DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

11/2010

Vicerrectorado Académico Decanato de Investigación y Postgrado

Número 11

ISSN: 1317-9306

Enero - Diciembre 2010 Depósito Legal: p.p 200202TA1209



Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías Editada por el Vicerrectorado Académico Decanato de Investigación y Postgrado Universidad Católica del Táchira

Editor-Director
Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTÍZ (Universidad Carlos III de Madrid); Isabel RAMOS HERRANZ (Universidad Carlos III de Madrid); Leopoldo BRANDT GRATEROL (Universidad Católica Andrés Bello); Antonio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); José Ovidio SALGUEIRO (Universidad Católica Andrés Bello); Miguel ARRIETA ZINGUER (Universidad Católica del Táchira); Fernando MARTÍN COBISA (Ministerio de Ciencia y Tecnología de España); Fernando MARESCA (Universidad de Buenos Aires); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); María PÉREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑÉ (Universidad Complutense de Madrid). José Luis BARZALLO (Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador).

<u>Diseño Gráfico</u> Nina Gabriela Vásquez

Montaje Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306 Periodicidad: Anual

Publicación registrada en el *Catálogo Latindex* www.latindex.org

Revista Derecho y Tecnología

Número 11 Edición 2010

Dirección:	Teléfonos:	
Carrera 14 con calle 14	(58) (0276) 344.75.72 -90.83	
Apartado 366	Fax:	1
San Cristóbal	(058) (0276) 344.61.83	1
Estado Táchira	E-mail:	
Venezuela	derechoytecnologia@ucat.edu.ve	1
	mrico@ucat.edu.ve	

Distribución:
Universidad Católica
del Táchira
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Universidad Católica del Táchira



Revista Derecho y Tecnología Vicerrectorado Académico Decanato de Investigación y Postgrado

11/2010

ÍNDICE

Editorial		7
Artículos		
	AZZO: Aspectos de la contratación pública electrónica MÉNEZ y Fernando BARRIO: Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo.	11
Teresa RODRÍGU	Los casos de Alemania, España e Italia	33
_	de la intermediación en la Red	69 97
Bárbara de la VE	GA JUSTRIBÓ: Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores	107
Ivonne PONCE H	HEINSOHN: Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno	131
María JELEZTCH	HEVA y Luisa RODRÍGUEZ GRILLO: Los contratos electrónicos	159
Contribucio	ones Especiales	
Apolonia MARTÍ	NEZ NADAL, Jordi HERRERA-JOANCOMARTÍ y Cristina PÉREZ-SOLÁ: Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España	191

Comentarios Especializados

Wilson Rafael RÍOS RUIZ: Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a sus autores. Su situación actual	219
Legislación	
Venezuela	
Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones el Impuesto sobre la Renta	247
Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto al Valor Agregado	251
España Ley 16/2009 de Servicios de Pago Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de	255
derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas	305
Unión Europea Directiva 2009/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador	341
Jurisprudencia	
Mariliana RICO CARRILLO: Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas	
en soportes documentales electrónicosSentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia	353
venezolano de 12 de agosto de 2009	359
Índice acumulado	375

EDITORIAL

Una vez más nos complace presentar un nuevo número de nuestra revista *Derecho y Tecnología*. En esta edición ponemos a disposición de nuestros lectores la sección titulada "Comentarios especializados", orientada a publicar las opiniones de reconocidos especialistas relacionadas con proyectos de especial importancia en el ámbito tecnológico y sus implicaciones jurídicas. Esta sección se inaugura con la participación de Wilson Rafael Ríos, abogado especialista en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías y Profesor de Derecho de la Universidad de los Andes de Colombia, quien nos expone sus comentarios acerca del Proyecto de Bibliotecas Digitales y Virtuales de Google.

Consideramos propicia la oportunidad para agradecer nuevamente a nuestros lectores y principalmente a nuestros colaboradores por sus valiosas aportaciones. Los niveles de difusión de la revista, junto con la calidad de los artículos y el material incluido en las distintas secciones, han permitido la inclusión de *Derecho y Tecnología* en las bases de datos de Latindex, índice de reconocido prestigio académico e internacional de la Universidad Autónoma de México, que establece los criterios de calidad que deben cumplir las revistas de investigación científica que se editan en los países de América Latina, España y Portugal.

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

Aspectos de la contratación pública electrónica

Carlos E. Delpiazzo*

11-31

SUMARIO: I. Introducción. Transformaciones actuales en la contratación del sector público. II. Convergencia jurídica. 1. Organización Mundial del Comercio. 2. Unión Europea. 3. Mercosur. III. Supuestos de la contratación electrónica. 1. Variantes que plantea. 2. Respuestas que exige. IV. Concreción de la contratación electrónica. 1. En los procedimientos de contratación. 2. En la contratación en sí misma. V. Conclusión. Hacia la facilitación sin desmedro de las garantías.

Resumen

En el presente artículo se describen las transformaciones de la contratación pública determinadas por la *convergencia tecnológica* de la Informática y de las Telecomunicaciones y por la *convergencia jurídica* de los Derechos administrativos. El fenómeno de la convergencia jurídica en materia de contratación pública, se analiza desde la óptica de los acuerdos alcanzados en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común del Sur (Mercosur)

Palabras clave: Contratos públicos. Contratos electrónicos. Derecho Administrativo. Convergencia jurídica.

Recibido: 30/9/2009 • Aceptado: 15/1/2010

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, Director del Instituto de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010 ISSN: 1317-9306

Abstract

This research describes the changes in public contracts determined by the technological convergence or Informatics and Telecommunications, and the legal convergence of Administrative Laws. The legal convergence in public contracts is considered from the perspective of the agreements reached in the field of World Trade Organization (WTO), European Union (EU) and the Southern Common Market (Mercosur).

Key words: Public Contracts. Electronic Contracts. Administrative Law. Legal Convergence.

I. Introducción

Es una realidad indiscutible que asistimos a transformaciones actuales en la contratación del sector público¹ determinadas principalmente por la *convergencia tecnológica* de la Informática y de las Telecomunicaciones² por un lado, y por la *convergencia jurídica* de los Derechos administrativos³ por otro.

Dos aspectos de tales transformaciones que merecen especial atención son el tránsito de los contratos administrativos a los contratos públicos y la progresiva migración de la contratación convencional a la electrónica.

En cuanto al primero de dichos procesos de cambio, el pasaje de los contratos administrativos a los contratos públicos implica dar vuelta definitivamente a la página de la historia acerca de la vieja oposición de origen francés entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. Para soslayar dicha cuestión, sostuve siempre⁴, en concordancia con la más calificada

- 1 Carlos E. DELPIAZZO. "Estado actual de la contratación administrativa", en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2000), Nº 17, pág. 111 y sigtes.; "Caracteres e innovaciones en la contratación administrativa", en *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional* (Curitiba, 2003), Nº 13, pág. 97 y sigtes.; "El e-procurement o el nuevo rostro de la contratación administrativa", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 311 y sigtes.; y "Acerca de la contratación administrativa electrónica", en *Rev. Peruana de Derecho Administrativo Económico* (Lima, 2006), Nº 1, pág. 153 y sigtes.

 2 Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones", en XXIX
- 2 Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones", en XXIX Curso de Derecho Internacional (Organización de Estados Americanos, Washington, 2002), pág. 395 y sigtes.
- 3 Sabino CASSESE. "El problema de la convergencia de los Derechos administrativos", en *Rev. Actualidad en el Derecho Público* (Buenos Aires, 1996), Nº 5, pág. 3 y sigtes.
- 4 Carlos E. DELPIAZZO. *Manual de Contratación Administrativa* (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), tomo I, 3ª edic. actualizada, págs. 19 y 20; y *Contratación Administrativa* (U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004), págs. 13, 14 y 241.

doctrina uruguaya⁵, que era más apropiado hablar de contratos de la Administración o de contratación administrativa que de contratos administrativos ya que esta última designación trae reminiscencias de la teoría de la doble personalidad del Estado y no es útil ni desde el punto de vista conceptual ni del Derecho positivo cuando no existen problemas de jurisdicción.

La introducción de la categoría del contrato público tiene por objeto aportar mayor amplitud que la que ofrece la del contrato de la Administración, entendido éste como una forma de la actividad administrativa cuyas notas específicas respecto al género contractual derivan de la singularidad de la Administración y de la presencia del fin público que caracteriza su actuación.

Así, con firme apoyatura en el Derecho comunitario europeo antecedente⁶, la nueva ley española N° 30/2007 de 30 de octubre de 2007 establece en su art. 2° que son contratos del sector público "los contratos onerosos, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el art. 3°. Dicha norma remitida define el ámbito subjetivo de quienes "se considera que forman parte del sector público" (nums. 1 y 2) y precisa que se reputarán poderes adjudicadores los siguientes entes, organismos y entidades (num. 3):

- a) las Administraciones públicas;
- b) todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; y
- c) las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

De este modo, a través de la noción de "poderes adjudicadores" se introduce un concepto eminentemente funcional (y ya no orgánico) de quienes quedan alcanzados por la normativa respectiva, que refiere no sólo a la Administración sino a todo el sector público.

Por otra parte, la migración de la contratación convencional a la electrónica es una lógica consecuencia del desarrollo contemporáneo de la llamada

⁵ Enrique SAYAGUES LASO. *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 537; y Julio A. PRAT. *Derecho Administrativo* (Acali, Montevideo, 1978), tomo 3, volumen 2, pág. 209 y sigtes.

⁶ Martín M. RAZQUIN LIZARRAGA. Contratos públicos y Derecho comunitario (Aranzadi, Pamplona, 1996), pág. 243 y sigtes.

Administración electrónica⁷ consecuencial a la incorporación de nuevas tecnologías para el desenvolvimiento del obrar administrativo.

Cuando se reflexiona acerca de qué agrega el calificativo de "electrónica" a la contratación pública⁸, es fácil llegar a la conclusión de que simplemente se está ante una parcela (el "e-procurement") del más amplio campo del comercio electrónico (el "e-commerce"), que deja de desenvolverse sólo entre particulares —sean empresas entre sí ("Bussines to Bussines") o con sus clientes ("Bussines to Consumer")- para ingresar al campo de las relaciones alcanzadas por el Derecho público⁹.

Siendo así, no puede extrañar que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones estén introduciendo una cierta uniformización de posibilidades y medios de desarrollar actividades con finalidad negocial mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones sin que exista un contacto físico entre quien oferta un bien o servicio y quien lo demanda. Como las Administraciones públicas no se encuentran excluidas de la posibilidad de acceder a tales intercambios, es lógico inferir que cabe la *posibilidad fáctica* de que un ente público adquiera un determinado bien (en el país o en el exterior) de computador a computador, sea que lo haga directamente, sea que efectúe un llamado público a interesados, dependiendo de la normativa aplicable.

Superada la etapa de las redes cerradas, la realidad de hoy es la de la accesibilidad por cualquiera –también por las entidades del sector público- a la celebración de negocios electrónicos sin limitaciones en el ámbito globalizado de las redes abiertas¹⁰.

Para que la contratación pública realizada mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones tenga *viabilidad jurídica*, se requiere una adecuación del marco normativo a fin de facilitar y dar seguridad a los intercambios, de modo similar a lo que acontece en la vida negocial privada¹¹.

- 7 Carlos E. DELPIAZZO. "Telecomunicaciones y Administración", en Fernando GALINDO (Coordinador). "Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos" (Thomson Civitas, Madrid, 2006), pág. 449 y sigtes.; "Transformaciones de la Administración frente a las telecomunicaciones", en Jorge FERNANDEZ RUIZ y Javier SANTIAGO SANCHEZ (Coordinadores). "Régimen jurídico de la radio, televisión y telecomunicaciones en general" (UNAM, México, 2007), pág. 113 y sigtes.; y "Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la Administración prestacional a la Administración electrónica", en *Anuario da Facultade de Dereito* da Universidade da Coruña (A Coruña, 2007), Nº 11.
- 8 Carlos E. DELPIAZZO. "El e-procurement o el nuevo rostro de la contratación administrativa" cit., pág. 311 y sigtes.
- 9 Carlos E. DELPIAZZÓ. "Derecho y nuevas tecnologías de la información en los umbrales del siglo XXI", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2005), tomo V, págs. 192 y 193.
- 10 Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. Lecciones de Derecho Telemático (F.C.U., Montevideo, 2004), pág. 53 y sigtes.
- 11 Carlos E. DELPIAZZO. "Adecuación del Derecho uruguayo a los requerimientos del comercio electrónico", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2002), tomo II, pág. 83 y sigtes.; "Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica, en *Rev. Informática*

En tal escenario, procede relevar los esfuerzos de convergencia jurídica más importantes en la materia para examinar luego los supuestos y concreción de la contratación electrónica.

II. Convergencia jurídica

Para poner de manifiesto el fenómeno de la convergencia jurídica en materia de contratación pública, se hará referencia a los acuerdos alcanzados en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común del Sur (Mercosur).

1. Organización Mundial del Comercio

A partir de la constatación de que la contratación pública es un importante capítulo del comercio internacional, al finalizar la Ronda Uruguay del GATT, uno de los tratados plurilaterales alcanzados en Marrakech fue el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de 15 de abril de 1994¹².

De acuerdo a su art. 1°, "El presente Acuerdo es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I". Dicho Apéndice se divide en cinco Anexos correspondientes a cada Estado parte:

- a) en el Anexo 1 figuran las entidades de los Gobiernos centrales;
- b) en el Anexo 2 figuran las entidades de los Gobiernos sub centrales;
- c) en el Anexo 3 figuran todas las demás entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones del Acuerdo;
- d) en el Anexo 4 constan, mediante enumeración positiva o negativa, los servicios abarcados en el Acuerdo; y
 - e) en el Anexo 5 constan los servicios de construcción abarcados.

Por lo tanto, más allá de la adecuación correspondiente a la realidad organizativa de cada Estado, es de ver la expansión del concepto de contratación pública, que desborda los límites tradicionales de la contratación administrativa.

En virtud del art. 3°, se prevé la regla del trato nacional y no discriminación, sin perjuicio del trato especial diferenciado para los países en desarrollo (art. 5°).

y Derecho (Buenos Aires, 2001), volumen 7, pág. 113 y sigtes.; y "Oportunidades y obstáculos del e-commerce", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2002), tomo II, pág. 221 y sigtes.

Vigente desde el 1º de enero de 1996 (art. 24, num. 1).

El Acuerdo contiene luego normas sobre procedimientos de selección (art. 6° y sigtes.), poniendo especial énfasis en la transparencia de los mismos (art. 17 y sigtes.) y garantías de impugnación (art. 20).

Entre las Disposiciones finales (art. 24), el num. 8 contempla la incorporación de tecnologías de la información, estableciendo que, con el fin de velar porque el Acuerdo no constituya un obstáculo innecesario al progreso técnico, las Partes celebrarán consultas periódicas acerca de las novedades que se hayan producido en la utilización de la tecnología de la información en la contratación pública y, en caso necesario, negociarán modificaciones al Acuerdo. Agrega que "Esas consultas tenderán especialmente a garantizar que la utilización de la tecnología de la información promueva el objetivo de que la contratación pública sea abierta, no discriminatoria y eficiente, mediante la utilización de procedimientos transparentes, que los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo estén claramente definidos y que sea posible identificar toda la información disponible en relación con un contrato concreto".

2. Unión Europea

A nivel europeo, corresponde hacer referencia a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004¹³, en virtud de la cual se procedió a la "refundición en un único texto" (según se consigna en su Considerando 1) de una serie de Directivas anteriores sobre contratación pública, incorporando también criterios sustentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario.

En orden a su alcance, dice en su art. 1º, num. 2, lit. a) que "Son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios". Agrega el num. 9 que "Son considerados poderes adjudicadores el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público", comprendiéndose dentro de la categoría de "organismos de Derecho público" todo aquel:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
 - b) dotado de personalidad jurídica; y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de

¹³ Vigente desde el 30 de abril de 2004, fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 83).

administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público

En lo que refiere a la recepción de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito de la contratación pública, la Directiva contempla dos acciones diferenciadas: el uso de los medios electrónicos como herramientas de apoyo a la contratación, y la implantación de procedimientos llevados a cabo por medios electrónicos¹⁴.

Por una parte, en cuanto a los *aspectos de soporte a los procedimientos de contratación*, se destaca la publicación por medios electrónicos de la información relativa a los contratos y la presentación, por vía electrónica, de las ofertas que realicen los distintos operadores.

Tal como se manifiesta en la parte expositiva de la Directiva, "conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información" (Considerando 35).

En ese sentido, el apartado 1 de art. 42 del Capítulo VI, titulado "Normas de publicidad y transparencia", prevé que "Todas las comunicaciones y todos los intercambios de información... podrán hacerse, a elección de los poderes adjudicadores, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a los apartados 4 y 5, por teléfono en los casos y condiciones contemplados en el apartado 6, o mediante una combinación de dichos medios".

De acuerdo al remitido apartado 4, se establece que "Los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general".

A su vez, el apartado 5 dispone que para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas y los dispositivos de recepción electrónica de las solicitudes de participación, se aplicarán las normas siguientes:

- a) la información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas;
- b) podrá exigirse que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una firma electrónica;
- c) los oferentes deberán presentar los documentos que no estén disponibles en forma electrónica, antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas; y

¹⁴ Teresa MEDINA. "La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa", en Fernando GALINDO (Coordinador). "Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos", *cit.*, pág. 535 y sigtes.

d) deberán cumplirse los requisitos contemplados en el Anexo X (que refiere a garantías técnicas mínimas).

Por otra parte, respecto a los *procedimientos electrónicos de contratación*, la Directiva regula dos, a los que denomina sistemas dinámicos de adquisición y subasta electrónica.

Para caracterizar a cada uno de ellos, cabe tener en cuenta la ya citada disposición del art. 1°, Definiciones, que incluye las siguientes:

- a) "un sistema dinámico de adquisición es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones" (num. 6); y
- b) "una subasta electrónica es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticas" (num. 7).

Asimismo, corresponde destacar que los arts. 33 y 54 regulan detalladamente la utilización y tramitación de ambos tipos de procedimientos electrónicos.

3. Mercosur

El Mercado Común del Sur fue fundado el 26 de marzo de 1991 como un ámbito de integración intergubernamental (sin supranacionalidad) mediante el tratado de Asunción suscrito por los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay¹⁵.

En virtud de la Decisión del Consejo del Mercado Común Nº 27/04 de 9 de diciembre de 2004, se aprobó el Protocolo de contrataciones públicas del Mercosur¹⁶.

Interesa destacar que su art. 1°, num. 2 destaca la importancia de los principios generales de Derecho en la materia¹⁷ al prever que "Los procesos de

¹⁵ Héctor GROS ESPIELL, Carlos E. DELPIAZZO y otros. El Derecho de la Integración del Mercosur (U.M., Montevideo, 1999), pág. 35 y sigtes.

¹⁶ No vigente en virtud de que, conforme al num. 4º de la Decisión del CMC, su efectiva aplicación "estará subordinada a la aprobación de su Reglamento... y a su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes", lo que no ha ocurrido.

¹⁷ Carlos E. DELPIAZZO. "Normas y principios de la contratación administrativa" (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 28 y sigtes.; "Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa", en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo XIII, pág. 65 y

contrataciones públicas de bienes, servicios y obras públicas deberán ser realizados de forma transparente, observando los principios básicos de legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, vinculación al instrumento de la convocatoria, concurrencia y los demás principios que concuerden con ellos". A ellos se agregan los de no discriminación (arts. 5° y 19, num. 1) y defensa de la competencia (art. 28).

En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 2º dispone que "El Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que las entidades de todos los niveles de gobierno federales y sub federales celebren para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas mediante cualquier método contractual", incluyendo en el Anexo I las entidades comprendidas en la norma (cuya amplitud desborda el ámbito exclusivo de las Administraciones públicas en sentido estricto de cada país).

En materia de utilización de nuevas tecnologías se advierte una perspectiva marcadamente instrumental manifestada en los siguientes aspectos principales:

- a) la imposición a cada Estado de procurar implementar un sistema electrónico unificado para la difusión de la información referida a las contrataciones públicas regionalmente (art. 10, num. 6);
- b) el estímulo al uso electrónico de medios electrónicos de divulgación para publicar los avisos de licitación y la información para participar en contrataciones públicas (art. 22, num. 4);
- c) la procura por cada Estado Parte de implementar un sistema electrónico único de información para la divulgación de los avisos de sus respectivas entidades (art. 22, num. 6);
 - d) la previsión de la licitación electrónica (art. 22, num. 8); y
- e) la procura por cada Estado Parte de poner a disposición del público a través de medios electrónicos la información relativa a los resultados de las licitaciones (art. 26, num. 4).

Significa que, aunque el grado de desarrollo del Protocolo mercosuriano es mucho menor que el de la Directiva europea vigente, su normativa participa de similar visión instrumental en cuanto a la viabilidad de la contratación pública electrónica.

III. Supuestos de la contratación electrónica

La contratación electrónica en general plantea una serie de peculiaridades que la diferencian de la contratación convencional e impone un conjunto de requerimientos para ser jurídicamente viable.

sigtes.; y "Los principios generales en la contratación pública", en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO ISERN (Directores). *La contratación pública* (Hammurabi, Buenos Aires, 2007), tomo 1, pág. 543 y sigtes.

1. Variantes que plantea

El actual contexto de la contratación electrónica presenta una serie de características que no pueden dejar de ser consideradas, con independencia de que ella refiera al sector público o al sector privado.

Según se ha destacado con acierto, pueden señalarse los siguientes caracteres o rasgos que la singularizan¹⁸:

- a) el *medio de realización del contrato es electrónico o digital* ya que se lleva a cabo a través de un computador conectado a la red de redes;
- b) la contratación se realiza en el denominado ciberespacio, definido como "el lugar sin lugar" o sea, en un *espacio deslocalizado*, de modo que *a priori* no se pueden identificar con inequívoca seguridad las vinculaciones territoriales de los distintos elementos de la relación jurídica (ubicación de las partes, lugar de celebración o de ejecución de las obligaciones, etc.);
- c) implica la *desmaterialización* –que antes llamé "despapelización"²⁰-y, por ende, el requerimiento de nuevos mecanismos de prueba que den seguridad y soporte a las operaciones;
- d) el *ámbito* en que actúan las partes (Internet) es una red abierta con participantes heterogéneos (consumidores, empresas, Administraciones) sometidos a regímenes jurídicos diferenciados;
- e) el intercambio desborda los territorios soberanos ya que no pasa por controles fronterizos geográficos;
- f) la *interconexión* permite relaciones directas que posibilitan la eliminación de los intermediarios tradicionales, aunque aparecen otros necesarios, tales como proveedores de acceso y prestadores de servicios de certificación²¹; y
- 18 Dámaso Javier VICENTE BLANCO. "Administración electrónica y regulación estatal: problemas de Derecho internacional privado contractual en materia de contratos electrónicos de consumo", en Fernando GALINDO (Coordinador). "Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos" *cit.*, págs. 562 y 563.
- 19 Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho de la Informática y las Telecomunicaciones", en XXIX Curso de Derecho Internacional cit., pág. 421; y "El Derecho ante las telecomunicaciones, la informática e Internet", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 62.
- 20 Carlos E. DELPIAZZO. "Regulación del procedimiento administrativo electrónico", en Procedimiento Administrativo Electrónico (O.N.S.C., Montevideo, 1998), pág. 151 y sigtes.; "Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del Decreto Nº 65/998 sobre procedimiento administrativo electrónico", en *Rev. Derecho de la Alta Tecnología* (Buenos Aires, 1998), Año X, Nº 116, pág. 24 y sigtes.; e "Informatización del procedimiento administrativo común", en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 776 y sigtes.
- 21 Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. "Lecciones de Derecho Telemático", cit., pág. 79 y sigtes.

- g) aparecen nuevos riesgos²²; y
- h) las transacciones se realizan con mayor *rapidez*.

Tal conjunto de caracteres muestra que no es imprescindible un régimen jurídico propio y nuevo para los contratos electrónicos, pero sí una adaptación de las reglas clásicas a las nuevas exigencias impuestas por las modernas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2. Respuestas que exige

La contratación en general y la pública en particular cuando se realiza mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones —tanto en su formación como en su ejecución (cuando ésta sea posible a través de ellas)- requiere una adecuación del marco normativo, tanto por razones de facilitación como de seguridad jurídica.

Según se ha destacado, una vez aceptada la validez jurídica de los documentos electrónicos y el reconocimiento de la firma electrónica con valor igual entre la Administración pública y los privados, la convergencia permite poner en marcha esta nueva forma de vinculación, propia del llamado Gobierno electrónico²³.

En efecto, documentación electrónica y firma electrónica son los dos pilares fundamentales que sustentan los procedimientos y actos administrativos electrónicos y, consiguientemente, la tramitación en expediente electrónico que permite el relacionamiento del administrado con la Administración los 365 días del año sin limitación de horario de atención al público, o sea, las 24 horas de cada día de la semana.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que los Derechos positivos nacionales cada vez tienen menos relevancia en lo que refiere a las transacciones que se realizan en el ciberespacio (que no tiene fronteras territoriales ni reconoce soberanías), corresponde destacar la creciente relevancia de las regulaciones convergentes generadas desde las instancias internacionales y regionales.

Adicionalmente, es preciso enfatizar en la importancia de los principios generales de Derecho²⁴ como reglas jurídicas aplicables a la solución de los nuevos problemas que plantea la contratación electrónica, también cuando una de las partes en ella es una entidad estatal.

²² Carlos E. DELPIAZZO. "Oportunidades y obstáculos del e-commerce", cit., pág. 221 y sigtes.

²³ Antonio MARTINO. "E-government: la convergencia es su motor, la privacy su límite", en *Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa* (Buenos Aires, 2001), pág. 508.

²⁴ Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 12 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. "Lecciones de Derecho Telemático", *cit.* pág. 73 y sigtes.

En tal sentido, cabe hacer caudal de los principios generales que sustentan el comercio electrónico por un lado y de aquellos que refieren a la contratación pública por otro.

En materia de comercio electrónico, tanto entre particulares como con organismos públicos, se han señalado como reglas universales de carácter principal las siguientes: equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras; inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos; exigencia de buena fe; finalmente, reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto²⁵.

En primer término, el *principio de la equivalencia funcional* ha sido formulado diciendo que "la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado"²⁶. Este principio ha encontrado expresión concreta en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas gestadas en el ámbito de la CNUDMI. Asimismo, ha sido reconocido implícitamente en múltiples legislaciones nacionales.

En segundo término, conforme al *principio de la neutralidad tecnológica*, se pretende que las normas que se dicten en relación al ciberespacio abarquen no sólo la tecnología existente en el momento que se formulan sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación²⁷.

En tercer término, el *principio de la inalteración del Derecho preexistente* parte del reconocimiento de que la telemática no es sino un nuevo soporte y ámbito de encuentro de voluntades pero no un nuevo Derecho regulador de su significación jurídica.

En cuarto término, el *principio de buena fe*, de honda raigambre en los sistemas jurídicos occidentales, connota la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva –particularmente en las relaciones de la Administración con los administrados²⁸— y que es especialmente relevante en el mundo de las relaciones a distancia en Internet. Según se ha

²⁵ Rafael ILLESCAS ORTIZ. Derecho de la contratación electrónica (Civitas, Madrid, 2001), pág. 37.

²⁶ Rafael ILLESCAS ORTIZ. "Derecho de la contratación electrónica", cit., pág. 41.

²⁷ Mariliana RICO CARRILLO. Comercio electrónico, Internet y Derecho (Legis, Bogotá, 2005), 2ª edición, pág. 69 y sigtes.

²⁸ Jesús GONZALEZ PEREZ. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo (Civitas, Madrid, 1999), pág. 36 y sigtes., y especialmente pág. 44 y sigtes.

destacado con acierto, el principio de buena fe representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico²⁹ y, concretamente, el valor de la confianza en la conducta de los actores en el ciberespacio.

En quinto término, el *principio de libertad* es una manifestación más de la inalterabilidad del Derecho preexistente, especialmente en materia contractual, tal como lo reconoce, por ejemplo, el art. 1.1 de los Principios de UNIDROIT para los contratos de comercio internacional, según el cual "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido"³⁰.

A su vez, en materia de contratación pública, suelen destacarse como principios generales de Derecho más relevantes los siguientes: flexibilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario, publicidad, igualdad y concurrencia³¹, los cuales "servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes"³².

De entre ellos, interesa destacar por su especial relevancia en orden a la contratación electrónica los principios de flexibilidad, ausencia de ritualismo y materialidad, a los que debe agregarse el principio de transparencia contenido en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en las legislaciones nacionales que la desarrollan.

En primer término, por lo que refiere al *principio de flexibilidad*, el mismo aboga contra la rigidez de los mecanismos y expedientes convencionales de contratación.

En segundo término, el *principio de ausencia de ritualismo* postula la viabilidad del empleo de nuevas tecnologías en la medida que juzga a la actividad administrativa –también la contractual– en función de la sustancia y no de las meras formas.

En tercer término, el *principio de materialidad* conduce a igual conclusión ya que apunta a la significatividad, a lo relevante o trascendente por oposición a lo que no importa tanto, como es el caso de las formalidades superables.

En cuarto término, el *principio de transparencia* coadyuva al conocimiento pleno del obrar público a través de la diafanidad del quehacer estatal, facilitado por las nuevas tecnologías de la información. Al respecto, he señalado antes de

²⁹ Mariano R. BRITO. "Principios del procedimiento administrativo común", en A.A.V.V. - "Procedimiento Administrativo" (UCUDAL, Montevideo, 1991), págs. 14 y 15; y Héctor FRUGONE SCHIAVONE. "Principios del procedimiento administrativo", en A.A.V.V. - "El nuevo procedimiento administrativo" (PRONADE, Montevideo, 1991), pág. 35.

³⁰ Ver: UNIDROIT. "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" (Roma, 1995)

³¹ Carlos E. DELPIAZZO. "Normas y principios de la contratación administrativa" *cit.*, pág. 27 y sigtes.; "Manual de Contratación Administrativa" *cit.*, tomo I, 3ª edic. actualizada, pág. 40 y sigtes.; y "Contratación Administrativa" *cit.*, pág. 19 y sigtes.

³² Carlos E. DELPIAZZO. Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (F.C.U., Montevideo, 2008), 6ª edición, pág. 85.

ahora con específica referencia a la contratación administrativa que "la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver, simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal"³³, en este caso a través de Internet.

IV. Concreción de la contratación electrónica

Teniendo en cuenta los supuestos indicados, corresponde referirse a cómo se concreta la contratación electrónica del sector público, tanto en lo procesal como en lo sustantivo. Para ello, se partirá de algunas consideraciones generales de base para referirse luego a su recepción normativa en los Derechos español y uruguayo, como exponentes respectivamente de las realidades convergentes de la Unión Europea y el Mercosur.

1. En los procedimientos de contratación

Con carácter general, reconocidas la validez y eficacia del documento electrónico y de la firma electrónica, no sólo el posible que el procedimiento administrativo común y muchos procedimientos administrativos especiales –como los de selección de contratistas³⁴– se desarrollen íntegramente mediante *expediente electrónico* sino que se facilita enormemente la actuación de los interesados, no acotados por horarios y distancias para realizar sus presentaciones y gestiones.

Además, la interactuación electrónica entre las Administraciones y los administrados no sólo posibilita a éstos acceder a multiplicidad de informaciones sino que también permite a la Administración la realización de consultas públicas sin asistencia física simultánea de los convocados y demás interesados en participar, dando un nuevo rostro a viejos procedimientos como el de la audiencia pública.

Como lógica consecuencia de la automatización de la actividad administrativa, se posibilita la realización de *nuevos procedimientos*, tales como la subasta electrónica u otros.

Adicionalmente, se hace posible la *automatización los actos administrativos* ya que, como bien se ha dicho, la voluntad humana puede ser sustituida por el computador siempre que el acto sea la consecuencia de ciertos supuestos

³³ Carlos E. DELPIAZZO. "Transparencia en la contratación administrativa", en "Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni" (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 129 y sigtes.; y "Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa", en *Rev. Trimestral de Direito Público* (Sao Paulo, 2007), Nº 46, pág. 5 y sigtes.

³⁴ Carlos E. DELPIAZZO. "La licitación electrónica", en Rev. *Derecho y Tecnología Informática* (Bogotá, 1995), Nº 6, pág. 49 y sigtes.

objetivamente constatables y cuando esté excluida toda posibilidad de valoración³⁵.

Sobre el particular, va he tenido oportunidad de sostener reiteradamente³⁶ la viabilidad jurídica de automatizar todas aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad de la Administración productoras de efectos jurídicos (actos administrativos) correspondientes a actividades integralmente regladas o aún discrecionales (como es el caso de la adjudicación), en este último caso mediante la implementación de sistemas expertos capaces de emular la conducta de un experto humano dentro de un dominio limitado³⁷ a partir del llamado "razonamiento cibernético" que, no obstante sus radicales diferencias con el razonamiento jurídico, constituye una herramienta útil para la adopción de decisiones38.

En el Derecho español, la ley de contratos del sector público Nº 30/2007 no refiere expresamente al expediente de contratación tramitado electrónicamente (arts. 93 a 97) pero acude a Internet para dar a conocer el perfil de la Administración contratante (art. 42) y para realizar los anuncios de contratación (art. 125) y dar publicidad a las adjudicaciones (art. 138).

Al respecto, especial mención merece el art. 309, a cuyo tenor la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado "pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos" (num. 1). Agrega que "La plataforma deberá contar con un dispositivo que permita acreditar

35 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO. "Invalidez de los actos administrativos"

⁽Universidad, Montevideo, 1984), pág. 21. 36 Carlos E. DELPIAZZO. "Acto administrativo automático", en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 943 y sigtes.; "El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático", en A.A.V.V. - "Recopilación de conferencias y exposiciones" (UTE, Montevideo, 1999), pág. 46 y sigtes.; "Acto administrativo y reglamento en el Derecho uruguayo", en Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento (R.A.P., Buenos Aires, 2002), pág. 574 y sigtes.; y "Notas para una caracterización actual del acto administrativo", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 2002), tomo IX, pág. 25 y sigtes.

³⁷ Antonio A. MARTINO. "Sistemas expertos legales", en Rev. Informática y Derecho (Buenos Aires, 1987), volumen 1, pág. 136 y sigtes.; y Antonio Enrique PEREZ LUÑO. "Sistemas expertos jurídicos: premisas para un balance", en Rev. Informática y Derecho (Buenos Aires, 1996), volumen 5, pág. 97 y sigtes.

38 Enrique SANCHEZ JIMENEZ. "El razonamiento cibernético como sistema de ayuda a

la decisión jurídica", en Informática y Derecho (Mérida, 1996), Nº 12-15, pág. 1671 y sigtes.; Ricardo A. GUIBOURG. "Informática jurídica decisoria" (Astrea, Buenos Aires, 1993), pág. 215 y sigtes.; y María Fernanda GUERRERO. "Los sistemas jurídicos expertos: la inteligencia artificial aplicada al Derecho", en III Encuentro sobre la Informática en las Facultades de Derecho (Madrid, 1989), pág. 193 y sigtes.

fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma" (num. 2) y que "El acceso de los interesados a la plataforma de contratación se efectuará a través de un portal único" (num. 4).

Por otra parte, la ley regula en los siguientes términos la *subasta electrónica* (art. 132):

- a) se define como "un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos" (num. 1);
- b) "la invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica", indicando igualmente "la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten" (num. 6);
- c) "la subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas" (num. 8);
- d) "a lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento", anunciando "el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgase su identidad" (num. 9); y
- e) el cierre de la subasta se fijará por referencia a uno o varios de los siguientes criterios: el señalamiento de una hora y fecha concretas, la falta de presentación de nuevos precios o valores, o la finalización del número de fases establecido en la invitación a participar de la subasta (num. 10).

En el Derecho uruguayo, no sólo se reconoce plena validez al documento³⁹ y a la firma electrónica⁴⁰, sino que se ha avanzado en la regulación del *expediente electrónico*⁴¹.

39 Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho Informático Uruguayo" (Idea, Montevideo, 1995), pág. 45 y sigtes.; "El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay", en XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 734 y sigtes.; "El documento electrónico frente a la integración", en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, 1998), pág. 333 y sigtes.; y "Documentación electrónica de los negocios en Internet", en VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (México, 2000), pág. 462 y sigtes.

40 Carlos E. DELPIAZZO. "Autenticación de las operaciones en Internet", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2001), tomo I, pág. 253 y sigtes.; "Validez y eficacia de la firma electrónica", en *Tribuna del Abogado* (Montevideo, 2000), Nº 117, págs. 16 y 17; "De la firma manuscrita a la firma electrónica: un caso de impacto de la Tecnología sobre el Derecho", en *Rev. de Antiguos Alumnos del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo* (Montevideo,

Ya en el año 1993 se concluía en nuestro país en la viabilidad de automatizar los procedimientos de contratación administrativa en base a los siguientes supuestos⁴²:

- a) es posible la utilización de medios electrónicos en sustitución del expediente tradicional;
- b) cuando una resolución adoptada en un expediente electrónico sea objeto de recursos administrativos, deberán imprimirse los antecedentes y tramitarlos en forma tradicional;
- c) en caso de solicitud de vista, la impresión no es preceptiva pudiendo usarse otros medios idóneos; y
- d) en cuanto a la prueba judicial, se presentará a los Juzgados la impresión de lo archivado en la memoria de la computadora debidamente autenticado.

Estudiado el tema por el Tribunal de Cuentas, éste se pronunció fundadamente con fecha 20 de julio de 1994 "sin objeciones al procedimiento propuesto"⁴³. El desarrollo posterior de tal tipo de aplicaciones ha conducido a la generalización del expediente electrónico en los procedimientos de contratación.

Por otra parte, diversas normas han contemplado la difusión de los llamados, pliegos de condiciones y contrataciones directas en el sitio web "www.comprasestatales.gub.uy".

Además, por virtud del art. 163 de la ley Nº 17.556 de 18 de setiembre de 2002, se dispuso que todos los organismos públicos estatales "deberán dar a publicidad el acto de adjudicación de las licitaciones públicas y abreviadas, las contrataciones en régimen de excepción –básicamente, las directas– las ampliaciones de las mismas y los actos de reiteración del gasto por observación del Tribunal de Cuentas" (inc. 1°). Añadió la norma que "Dichos organismos tendrán la obligación de enviar al medio electrónico que determine el Poder

2001), Año 4, Nº 1, pág. 76 y sigtes.; "De la caligrafía a la criptografía", en Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación operativa (Buenos Aires, 2001), pág. 209 y sigtes.; y "Relevancia jurídica de la encriptación y la firma electrónica en el comercio actual", en VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (México, 2000), pág. 130 y sigtes.

- 41 Carlos E. DELPIAZZO. "El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Montevideo, 1992), tomo VIII, Nº 48, pág. 420 y sigtes.; "Informatización de la actividad administrativa. Hacia el expediente electrónico en Uruguay", en *Rev. Actualidad en el Derecho Público* (Buenos Aires, 1997), Nº 6, pág. 3 y sigtes.; "Regulación del procedimiento administrativo electrónico" *cit.*, pág. 151 y sigtes.; "Nuevo horizonte para la automatización administrativa en Uruguay. A propósito de la aprobación del Decreto Nº 65/998 sobre procedimiento administrativo electrónico" *cit.*, pág. 24 y sigtes.; e "Informatización del procedimiento administrativo común" *cit.*, pág. 776 y sigtes.
- 42 Maricarmen PASCALE. "Evolución en la sustitución del expediente tradicional por el expediente electrónico en la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2003), tomo III, pág. 553 y sigtes.
 - 43 Carlos E. DELPIAZZO. "Derecho Informático Uruguayo", cit., págs. 211 y 212.

Ejecutivo, la mencionada información en la forma y condiciones que establezca la reglamentación, sin que ello genere costo adicional alguno para el organismo obligado" (inc. 2°).

Dicha disposición fue reglamentada por el Decreto Nº 191/007 de 28 de mayo de 2007, a cuyo tenor "Todos los organismos públicos referidos en el art. 2º del TOCAF deberán dar publicidad al acto de adjudicación de las licitaciones públicas y abreviadas, las contrataciones en régimen de excepción, las ampliaciones de las mismas y los actos de reiteración del gasto por observación del Tribunal de Cuentas. Dichos organismos enviarán al sitio web "www.comprasestatales.gub.uy" la referida información y contarán para ello con un plazo de 10 días hábiles luego de producido el acto que se informa".

2 En la contratación en sí misma

Con carácter general, dos aspectos convocan especialmente la atención respecto a los contratos electrónicos: su celebración y su ejecución a través de la red

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos a través de medios electrónicos, la misma depende de la índole del acuerdo de que se trate, habida cuenta de que oferta y aceptación tendrán lugar electrónicamente⁴⁴.

En principio, sólo pueden celebrarse electrónicamente los contratos consensuales, es decir, los que se perfeccionan por el consentimiento de las partes ya que los contratos solemnes requieren formalidades específicas para su nacimiento mientras que los reales precisan la entrega de la cosa objeto del contrato⁴⁵.

Además, para determinar el momento y lugar de la celebración del contrato, suele distinguirse según las voluntades negociales se intercambien entre presentes o entre ausentes. Cuando se habla de contratos concluidos entre ausentes o presentes, se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de conocerse o recibirse la respuesta, de modo que las partes están ausentes cuando el proponente y el destinatario de la oferta se encuentran en distinto lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal), mientras que están presentes cuando se hallan en el mismo lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal)⁴⁶.

Si bien el intercambio electrónico ha determinado que puedan existir contratos entre ausentes con consentimiento formado de modo instantáneo (como si fuera

⁴⁴ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. "Lecciones de Derecho Telemático" *cit.*, pág. 119 y sigtes.

⁴⁵ Mariliana RICO CARRILLO. Comercio electrónico, Internet y Derecho, cit., pág. 123.

⁴⁶ Gabriel FERNANDEZ. "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento", en *Rev. de la Asociación de Escribanos del Uruguay* (Montevideo, 1995), tomo 81, Nº 1-6, pág. 53 y sigtes.

entre presentes), en los casos en que al acuerdo de partes se llega progresivamente, el Derecho comparado exhibe cuatro sistemas para precisar el momento de nacimiento del contrato⁴⁷:

- a) el sistema de la aceptación, de acuerdo al cual el consentimiento se concluye con la sola exteriorización de la voluntad de aceptación;
- b) el sistema de la expedición, conforme al cual se exige, para completar el acuerdo de voluntades, la aceptación exteriorizada y la emisión formal de la misma;
- c) el sistema de la recepción, según el cual se requiere que la aceptación llegue al proponente;
- d) el sistema del conocimiento, para el cual se necesita no sólo que el destinatario recepcione la aceptación sino que, además, tome conocimiento efectivo de ella.

En el caso de los contratos públicos, se agrega como cuestión adicional la de determinar la naturaleza jurídica y efectos de la decisión del poder adjudicador interviniente, según se expondrá más adelante.

Por otra parte, *en cuanto a la ejecución* de los contratos electrónicos, es habitual distinguir entre los directos y los indirectos según la transacción refiera a bienes intangibles (susceptibles de ser entregados a través de la red) o a bienes tangibles (de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no puede tener lugar en línea)⁴⁸.

Paralelamente, un capítulo importante en materia de ejecución contractual electrónica es el relativo a los medios de pago a través de la red⁴⁹ ya que el uso de los medios tradicionales —que implican la entrega física de dinero u otros instrumentos de pago— resulta inapropiado cuando la formación del contrato y la ejecución del resto de las prestaciones relevantes tiene lugar por vía electrónica.

En el Derecho español, si bien la ley de contratos del sector público Nº 30/2007 no contempla expresamente la celebración y ejecución de los contratos públicos mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, es preciso tener en cuenta que otras disposiciones precedentes habilitan avanzar en tal sentido⁵⁰.

⁴⁷ Elías MANTERO. "Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio", en *Rev. de Derecho* de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, Nº 4, pág. 129.

⁴⁸ Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO. *Derecho Privado de Internet* (Civitas, Madrid, 2001), 2ª edición, págs. 321 y 388 y sigtes.

⁴⁹ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA. "Lecciones de Derecho Telemático", cit., pág. 141 y sigtes.

⁵⁰ Miguel Angel DAVARA RODRIGUEZ. *Manual de Derecho Informático* (Thomson Aranzadi, Navarra, 2004), 6ª edición, pág. 227 y sigtes.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos electrónicos, la vigencia del principio de libertad de forma posibilita que la mayor parte de los contratos puedan cerrarse cuando se produzca el acuerdo de voluntades⁵¹.

Por otra parte, *en cuanto a la ejecución*, cabe hacer referencia al art. 192 de la citada ley, a cuyo tenor "Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el art. 19.2 y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares". Conforme a dicha norma remitida, "Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado".

Además, debe tenerse en cuenta que en los contratos públicos, la ejecución está requerida muchas veces –como es el caso de las obras– de prestaciones materiales no susceptibles de ser concretadas digitalmente.

En el Derecho uruguayo, la doctrina clásica ha estado dividida *en cuanto al perfeccionamiento* de los contratos resultantes de procedimientos competitivos — especialmente la licitación pública— promovidos por la Administración y dicha diferencia de posturas conceptuales es trasladable al ámbito de la contratación electrónica.

Así, desde una posición, se ha enseñado que si no se exige la firma del contrato u otra formalidad, el vínculo contractual queda perfeccionado luego de la adjudicación en el entendido de que la misma implica la aceptación de una propuesta y, por ende, la conjunción de propuesta más aceptación determinan el perfeccionamiento del contrato, de lo cual el interesado toma conocimiento mediante la notificación⁵².

A su vez, desde otra posición se ha separado conceptualmente la adjudicación del contrato, entendiendo que la licitación pública es un procedimiento administrativo previo y distinto a la contratación, por lo que la adjudicación debe reputarse un acto administrativo precontractual, con el que se cierra la fase esencial de la licitación (designando al candidato seleccionado para contratar) y comienza la fase integrativa o de perfeccionamiento del contrato (en la que se manifestará el consentimiento no contenido en la previa adjudicación)⁵³.

En cuanto a la ejecución, cabe señalar que por Resolución del Poder Ejecutivo Nº 1.177/999 de 15 de diciembre de 1999, se aprobó un sistema de pago por transferencia electrónica a proveedores del Estado. En virtud de dicha disposición, se adecuó al ámbito específico de la relación entre las

⁵¹ Angela GUISADO MORENO. Formación y perfección del contrato en Internet (Marcial Pons, Madrid, 2004), pág. 173 y sigtes.

⁵² Enrique SAYAGUES LASO. "Tratado de Derecho Administrativo" cit., tomo I, pág. 555 y sigtes.

⁵³ Juan José CARBAJAL VICTORICA. Consulta publicada en la *Rev. de Derecho Público y Privado* (Montevideo, 1958), tomo 41, pág. 282 y sigtes.

Administraciones públicas y sus cocontratantes la normativa y experiencia preexistente en materia de transferencias electrónicas de fondos⁵⁴.

V. Conclusión

A modo de conclusión de cuanto viene de decirse, cabe expresar que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones no sólo están transformando la Administración sino también los modos de relacionarse ésta con terceros, particularmente en el campo contractual.

Frente a esta nueva realidad, corresponde al Derecho encauzarla a través de un doble rol: de facilitación y de garantía⁵⁵.

En cuanto a la facilitación, más allá de la obligación de la Administración de poner a disposición de los administrados –estén donde estén– los medios técnicos necesarios para el acceso (a fin de no ensanchar la brecha tecnológica), dichas nuevas tecnologías posibilitan la transparencia del obrar público, la difusión de la información administrativa y, en definitiva, un mayor acercamiento a la sociedad.

Respecto al papel de garantía, el incremento de las actuaciones a distancia, mediante el empleo de medios informáticos y telemáticos, no puede serlo con desmedro de los principios que sustentan el Estado de Derecho.

Es que el cambio cualitativo que significa el uso de las nuevas tecnologías no debe hacer perder de vista la esencial servicialidad de la Administración, de la que deriva su naturaleza instrumental o vicarial para el logro del bien común, su ser para otros, a fin de que los componentes del cuerpo social –todos—puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

De ahí que el camino a seguir transite hacia la facilitación sin desmedro de las garantías.

⁵⁴ Carlos E. DELPIAZZO. "Regulación jurídica de las transferencias electrónicas de fondos", en *Rev. de la Facultad de Derecho* (Montevideo, 1992), Nº 2, pág. 11 y sigtes.; "Transferencias electrónicas de fondos. Los medios de prueba", en *Rev. Tributaria* (Montevideo, 1989), tomo XVI, Nº 90, pág. 216 y sigtes., y en *Rev. FELABAN* (Bogotá, 1989), Nº 74, pág. 73 y sigtes.; y "Derecho Informático Bancario" (IEEM, Montevideo, 1990), pág. 27 y sigtes.

⁵⁵ Carlos E. DELPIAZZO. "¿Hacia dónde va el Derecho de Internet?", en *Anuario Derecho Informático* (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 247 y sigtes.

Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo. Los casos de Alemania, España e Italia

> David López Jiménez* Fernando Barrio**

SUMARIO: I. Introducción. II. El fenómeno de la autodisciplina como estrategia comunitaria reguladora de las materias de elevada complejidad técnica: el caso del comercio electrónico. III. Documentos comunitarios e institucionales que, directa e indirectamente, fomentan la instauración de los códigos de conducta en la materia que abordamos. IV. Análisis de las diversas iniciativas europeas. 1. El código de conducta *Euro-Label*. 2. Breves consideraciones en torno al escenario individualizado según ciertos países. A) Alemania. B) España. C) Italia. 3. Cuadro sinóptico de los códigos de conducta y sellos de confianza existentes en los Estados analizados. V. Valoración crítica sobre el actual escenario tanto de códigos de conducta como de sellos de calidad en el espacio comunitario.

Resumen

El comercio electrónico –sobre todo el que tiene carácter transnacional– es una actividad comercial con notables perspectivas de futuro, aunque, por la elevada desconfianza que existe, no termina de consolidarse. Para hacer frente a tal *handicap* la Unión Europea trata de fomentar, mediante diversos documentos, la autorregulación del sector, lo que se traduce en códigos de conducta, destacando, en este sentido, los casos de Alemania, España e Italia que serán analizados en el presente trabajo.

Palabras clave: Códigos de conducta. Comercio electrónico transnacional. Confianza. Europa.

Recibido: 21/5/2010 • Aceptado: 15/6/2010

* Becario de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia (España), dlopez3@us.es; dlopezjimenez@gmail.com.

** Senior Lecturer in Business Law London Metropolitan University (Reino Unido), f.barrio@londonmet.ac.uk.

ISSN: 1317-9306

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010

Abstract

Electronic commerce, specially transnational one, is a commercial activity that enjoys a bright future, although due to lack of trust does not complete its consolidation. To face that impediment several EU proposals try to encourage self-regulation of the activity in question. Self-regulation translates into sectors' codes of conduct, from which the cases of Germany, Spain and Italy are analyzed in this paper.

Keywords: Codes of conduct. Transnational Electronic Commerce. Trust. Europe.

I. Introducción

La autorregulación constituye, en atención a sus bondades, un mecanismo regulador ciertamente exitoso de diferentes ámbitos de la actividad económica. Así lo reconocen distintas instituciones comunitarias e internacionales en numerosos textos en los que, de manera expresa la invocan, a fin de fomentar el recurso a la misma, pues, como a continuación veremos, representa la mejor opción para disciplinar ciertos escenarios dominados por determinadas particularidades cuales, entre otras, son la elevada complejidad técnica, la rápida obsolescencia, el carácter transnacional de la materia, etc. Estos últimos extremos, como otros adicionales, están presentes en materia de comercio electrónico que demanda, como mejor opción reguladora, la aprobación de instrumentos derivados del fenómeno de la autorregulación, siendo uno de los paradigmas de la misma los denominados códigos de conducta, en cuya elaboración intervienen los distintos agentes que sobre el particular interactúan.

Las entidades comunitarias e internacionales que han tenido oportunidad de ocuparse de la reglamentación de materias, directa o indirectamente, conexas con nuestro objeto de estudio han tratado, de muy diferentes formas, de incentivar la autorregulación. Uno de los instrumentos más visibles del ejercicio de la técnica reguladora que comentamos son, como hemos anticipado, los códigos de conducta que, dicho sea de paso, son ensalzados en múltiples normas comunitarias e internacionales.

La finalidad que se persigue con la aprobación de los códigos de conducta en el ámbito del comercio electrónico es múltiple, siendo la más visible lograr la plena confianza del consumidor y/o usuario en las transacciones comerciales electrónicas nacionales y transnacionales. Esta última –la confianza–, como es sabido, resulta relativamente difícil de alcanzar pero muy fácil de perder. En cualquier caso, el pleno respeto por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información, al articulado contenido en el código de conducta contribuye al pleno mantenimiento de la misma.

Ahora bien, lo que no resulta admisible es la enorme multiplicidad de códigos de conducta y sellos de calidad que a nivel comunitario, existe, ya que con tal

actitud se causan efectos ciertamente desfavorables, y, en todo caso, opuestos a los inicialmente buscados, pues se genera en el consumidor y/o usuario, por desconocimiento de lo que representan, una sensación de notable desconfianza. Tal extremo, como veremos, resulta especialmente manifiesto en tres países europeos frente a todos los demás, cuales son Alemania, España e Italia.

Examinaremos los diferentes documentos comunitarios que fomentan el fenómeno de la autodisciplina en general para, posteriormente, dar paso a los que persiguen impulsar uno de los instrumentos más paradigmáticos de la autorregulación cuales son los códigos de conducta.

En el elenco de sistemas de autorregulación comunitarios que existen en materia de comercio electrónico hay uno que merece una especial atención. Nos referimos al código de conducta europeo que, como posteriormente veremos, cuenta con presencia en diferentes países comunitarios, si bien, por diversos aspectos, no sólo no se ha consolidado, sino que representa una opción más, sin destacar en aspecto alguno, de la gran oferta de códigos de conducta que existen en el mercado comunitario y, con ello, en el plano internacional. Por criticable y paradójico que pueda resultar, el código de conducta *Euro-Label*, está muy desfasado en un gran número de las cuestiones que reglamenta.

Posteriormente haremos alusión, de manera somera, a los códigos de conducta en función a los diversos países europeos que antes hemos mencionado: Alemania, España e Italia. Se trata de los tres países comunitarios en los que, con notable diferencia frente a los demás, más se ha puesto en práctica la figura que sometemos a examen. Tomando como modelo los espacios territoriales apuntados, podremos tomar conciencia de la extraordinaria multiplicidad y diversidad que de tales herramientas existen.

Para poner fin a la sorprendente hiperinflación y notable heterogeneidad de códigos de conducta y sellos de calidad que existen en el ámbito del comercio electrónico en los tres países descritos, deberían, a nuestro juicio, tomarse medidas. La alternativa que parece la más coherente con la realidad es la armonización de contenidos mínimos de los códigos de conducta existentes. En relación a esta última cuestión cabe señalar que no sólo existe una importante variedad de sistemas de autodisciplina—ya sea en forma de códigos de conducta con los correspondientes sellos de calidad ya sea en forma de distintivos de confianza que no cuentan con el respaldo de código ético alguno— sino que son muy heterogéneos entre sí. Si, desde la Unión Europea se arbitraran las medidas necesarias que hicieran posible la unificación de contenidos mínimos de todos los sistemas de autorregulación que existen—sobre todo en los tres Estados mencionados y en menor medida en los demás— se daría un paso realmente significativo por lo que a la autorregulación del comercio electrónico se refiere.

II. El fenómeno de la autodisciplina como estrategia comunitaria reguladora de las materias de elevada complejidad técnica: el caso del comercio electrónico

El Derecho comunitario establece un marco ciertamente propicio para la vertebración de la autorregulación. En el mismo sentido, el Derecho interno, en la mayoría de las ocasiones, determina la necesidad de recurrir a esta última, precisamente, siguiendo las directrices que el legislador comunitario haya señalado al respecto. Un ámbito en el que tal manifestación es, por completo, aplicable viene determinado por el comercio electrónico.

Aunque la autorregulación en los países industrializados no es un fenómeno reciente se observa, en los últimos años, una importante y creciente expansión promovida tanto por la propia Unión Europea como por diferentes organismos internacionales.

Antes de analizar el fomento que de tal fenómeno se opera a escala europea, procede definir el mismo. La autorregulación es la acción y el efecto de autorregularse, siendo éste último vocablo el hecho de regularse por sí mismo. Dicho de otra forma, tal opción pasa por la ordenación de una determinada materia —en nuestro caso el comercio electrónico— por parte de los agentes que interactúan en la misma. La heterorregulación supone la disciplina del comercio electrónico por parte de un colectivo diverso al que se interrelaciona en el mismo. Generalmente, tal forma de ordenación se acomete por parte del legislador, que, como es sabido, puede tener un ámbito de acción diverso limitado, en origen, por el sector territorial al que representa. La corregulación supone la combinación de los dos sistemas anteriormente enunciados, de manera que el resultado será un método regulador en el que participarán representantes de los sistemas de autorregulación y heterorregulación.

Las ventajas del sistema de autorregulación, entre otras, son: voluntariedad, lo que facilita considerablemente su aplicación práctica y su cumplimiento sin necesidad de intervención e imposición de los poderes públicos; flexibilidad; especialización; favorecer el desarrollo de estándares que garantizan elevados niveles de corrección; transparencia; prevención de infracciones en el ámbito reglamentado, sobre todo si se dispone de mecanismos de valoración previa (por ejemplo, en nuestro caso, de la publicidad interactiva antes de su emisión o difusión¹); bajo coste en diferentes ámbitos, cual, por ejemplo, en los

1 Cabe destacar, en este sentido, interesantes mecanismos como el *Copy Advice*. Éste, previo a la emisión de anuncios, se presta en distintos sistemas de autorregulación publicitaria de Europa, desde hace algún tiempo, con gran aceptación entre anunciantes, agencias de publicidad y medios. A través de la consulta previa, de carácter voluntario, confidencial y normalmente no vinculante, los anunciantes, agencias y medios tienen a su alcance un instrumento útil por el que pueden reducir el riesgo de vulnerar las normas legales y éticas que ordenan la actividad publicitaria. Estos servicios de asesoramiento, con cierta habitualidad, son realizados por gabinetes técnicos independientes de los jurados que resuelven las controversias. En ciertos lugares del mundo,

procedimientos por infracciones; el hecho de cubrir eventuales lagunas de carácter legal; y fácil acceso. Por último, aunque no por ello menos relevante, es preciso tener en cuenta las ventajas de ahorro de tiempo y de recursos jurídicos y económicos para los poderes públicos que puede conllevar la potenciación de estas técnicas de autorregulación en los diferentes modelos de protección al consumidor. Y ello porque, además de este plus de protección en que se traducen todas estas técnicas para el consumidor, puede ayudar a liberar al propio sistema jurídico-público de los costes de la regulación. En definitiva, la presencia de tales prerrogativas hace del mismo un sistema verdaderamente eficaz y aconsejable en el ámbito del comercio electrónico².

La autorregulación llevaría implícita dos elementos. Por un lado, una creación normativa y, por otro, una capacidad volitiva interna —de cada uno de sus miembros— dirigida a cumplir esas normas. Debemos poner de relieve que en ningún caso el término autorregulación implicaría una capacidad impositiva por parte de un miembro para que otro cumpla esas normas³. Dicho de otra forma, sin previa y necesaria voluntariedad, jamás supondría una ineludible capacidad sancionadora, pues nos encontramos ante una adhesión consensuada, donde la responsabilidad está, en cualquier caso, establecida en origen ante supuestos tasados de incumplimiento, siendo, para su exigencia, preciso, por parte del sujeto infractor, un acto de voluntariedad previa y, en todo caso, necesario.

Para el Derecho comunitario la autorregulación se configura como una institución con rasgos propios vinculada, en todo caso, a la satisfacción de intereses públicos. En concreto, mediante la autorregulación se pretende dar

como Alemania, no están admitidos por considerarse una especie de "censura previa". En relación al mismo, debemos señalar, entre otros, los estudios de GÓMEZ CASTALLO, J. D. (2001) "La asociación de autocontrol de la publicidad y la aplicación del principio de veracidad por su Jurado", Estudios de Consumo, núm. 57, pp. 133-146; PATIÑO ALVES, B. (2007) La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español, Bosch, Barcelona, pp. 223-228.

- 2 SIRINELLI, P. (1998) "L'adequation entre le village virtual et la creation remise en cause du role de l'Etat?". En BOELE-WOELKI, K. y KESEDJIAN, C. (Eds.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel Tribunal Decide? Quel Droit S'applique?*, Kluwer Law Internacional, La Haya, pp. 1-22; EDELSTEIN, J. S. (2003) "Self-Regulation on Advertising: An Alternative to Litigation and Government Action", *IDEA: The Journal of Law and Technology*, Vol. 43, núm. 3, pp. 509-543; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. (2006) *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada.
- 3 Este aspecto ha resultado criticado por un sector de la doctrina –UREÑA SALCEDO, J. A. (2001) "Internet y la protección de datos", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, pp. 121-152; DE CARRERAS SERRA, L. (2003) *Derecho español de la Información*, Universidad Oberta de Cataluña, Barcelona; LLANEZA GONZÁLEZ, P. (2003) *Aplicación práctica de la LSSI-CE*, Bosch, Barcelona-. Según tal corriente, la autodisciplina resulta una fórmula de ordenación inadecuada, pues, entre otros aspectos, carece del carácter vinculante *erga omnes* predicable de las normas legales y, además, no se aplica a todos los sujetos por igual. Asimismo, las sanciones establecidas en los códigos de conducta para los agentes adheridos presentan un carácter limitado.

respuesta a la protección de consumidores y/o usuarios frente a los riesgos a los que el uso de las nuevas tecnologías da lugar. Sin embargo, no en todas las normas que suponen la introducción de esta estrategia se utiliza el término autorregulación. Debe ponerse de relieve que, a nuestro entender, la utilización del término "autorregulación" no está todavía completamente consolidada en materia de comercio electrónico y, con ello, las cuestiones susceptibles de ser encuadradas en el mismo —contratación electrónica, publicidad interactiva, protección de menores y discapacitados, entre otras—. Probablemente, el devenir de los acontecimientos futuros termine instaurando, por sus notables ventajas, semejante fórmula ordenadora de la Red, en general, y, en particular, del comercio electrónico.

Habitualmente, la Unión Europea emplea el término "autorregulación" cuando pretende introducir medidas de fomento del fenómeno que nos ocupa. Se refiere, en tales supuestos, a manifestaciones de la autorregulación regulada, caracterizada en cualquier caso, por una débil incidencia de la regulación pública. Nótese que, cuando la ordenación pública de la autorregulación tiene una presencia más destacada en los documentos de la Unión Europea, se utiliza la expresión "corregulación" para aludir, precisamente, a esta nueva estrategia reguladora de los poderes públicos.

El respaldo a la autorregulación en Europa encuentra uno de sus primeros antecedentes en la Resolución del Consejo de Europa, de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores. En esta última se recomienda a los Estados la creación de organismos de autodisciplina publicitaria y la cooperación de éstos con los organismos públicos y las asociaciones de consumidores. A partir de entonces, son numerosas las disposiciones en las que se reconoce la legitimidad de los sistemas de autorregulación y, más específicamente, el establecimiento de códigos de conducta y de órganos y procedimientos para el control de su cumplimiento. En la tabla siguiente hacemos constar los diversos sistemas de autodisciplina que, tanto a nivel europeo como en otros países se han creado, en el espacio publicitario que forman parte de la *European Advertising Standards Alliance* (EASA). A tal efecto, hemos hecho constar el nombre del organismo de autocontrol—respetando la denominación originaria—, la dirección electrónica y si dispone o no de mecanismos de valoración previa o *copy advice*.

País	Organismo de Autocontrol	URL	Copy Advice
Alemania	Deutscher Werberat (DW)	www.werberat.de	No
Austria	Österreichischer Werberat (ÖWR)	www.werberat.at	Sí
Bélgica	Jury Voor Ethische Praktijken inzake Reclame (JEP) Jury d'Ethique Publicitaire	www.jepbelgium.be	Sí
Dinamarca	Reklame Forum (RF)	www.annoncoer.dk	Sí
Eslovaquia	Rada Pre Reklamu (RPR)	www.rpr.sk	Sí
Eslovenia	Slovenska oglasevalska zbornica (SOZ)	www.soz.sj	Sí
España	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)	www.autocontrol.es	Sí
Finlandia	Mainonnan eetinen neuvosto (MEN)	www.mainonnan eetinenneovosto.fi	Sí
Francia	Autorité de régulation professionnelle de la publicité	www.arpp-pub.org	Sí
Grecia	Συμβούλιο Ελέγχου Επικοινωνία	www.see.gr	Sí
Holanda	Stichting Reclame Code (SRC)	www.reclamecode.nl	No
Hungría	Önszabályozó Reklám Testület (ORT)	www.ort.hu	Sí
Irlanda	The Advertising Standard Authority for Ireland (ASAI)	www.asai.ie	Sí
Italia	Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP)	wwwiap.it	Sí
Lituania	Leituvos Reklamos Biuras (LRB)	www.lrb.lt	Sí

Polonia	Zwiazek Stowarzysen Rada Reklamy (Rada Reklamy)	www.radareklamy.org	Sí
Portugal	Instituto Civil da Autodisciplina Publicidade (ICAP)	www.icap.pt	Sí
Reino Unido	Advertising Standard Authority	www.asa.org.uk	No
República Checa	Rada pro reklamu (RPR)	www.rpr.cz	Sí
Rumanía	onsilliul Roman pentru Publicitate/Romanian Advertising Council (RAC)	Cwww.rac.ro	No
Suecia	Reklamombudsmannen (Ro)	www.reklamombudsmannen.org	No
Suiza	S c h w e i z e r i s c h e Lauterkeitskommission (SLK)/ Commission Suisse pour la loyauté (CSL)	www.faire-werbung.ch	No
Turquía	Reklam Ozdenetim Kurulu (ROK)	www.rok.org.tr	No

Así, retomando nuestro tema central de estudio, cabe determinar que el considerando 13 de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, de 30 de marzo de 1998⁴, manifiesta que "es importante impulsar a las empresas a que establezcan un marco nacional de autorregulación mediante la cooperación entre sí y con las restantes partes interesadas". En la misma se destaca, en particular, la utilidad de los sistemas de autorregulación –caracterizados por su flexibilidad y rápida capacidad de reacción en un contexto de vertiginosos avances tecnológicos y en un mercado cada vez más global—, al manifestar que "la autorregulación puede ofrecer a las empresas los medios para adaptarse rápidamente a la aceleración del progreso técnico y la mundialización de los mercados". Asimismo, se resaltan las ventajas de estos sistemas para aportar, de forma rápida, soluciones en el ámbito de la protección de los menores y la dignidad humana. En consecuencia, el Consejo

4 DO L 115 de 17.4.1998.

de la Unión Europea hace un llamamiento a la Comisión a contribuir con los medios necesarios para facilitar el desarrollo de la autorregulación a nivel comunitario.

La Comunicación de la Comisión Europea, de 9 de marzo de 1999, sobre los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia⁵, de nuevo pone de manifiesto la utilidad de los sistemas de autorregulación para contribuir a lograr un equilibrio entre los intereses del mercado y la industria y los intereses públicos y de los consumidores. A este respecto, señala que "muchas respuestas coinciden en que la autorregulación podría desempeñar un papel importante a la hora de conseguir un equilibrio entre el establecimiento de unos mercados y la protección del interés público. Las medidas de autorregulación podrían efectuar una aportación importante a la consecución de los objetivos de interés público. Se considera que garantizar los objetivos de interés público y facilitar el desarrollo de unos mercados abiertos y competitivos no constituyen fines contradictorios. Regular, de manera diferente, la infraestructura y los contenidos constituyen una manera de conseguir el equilibrio deseado. La autorregulación podría contribuir, también, a la consecución de este equilibrio, en particular en los mercados en que se ha consolidado ya la competencia pero también en lo referente a determinados objetivos de interés público, en el sector de contenidos".

Las Conclusiones del Consejo, de 27 de septiembre de 1999, sobre el papel de la autorregulación en vista del desarrollo de nuevos servicios de medios de comunicación⁶ profundizan en esta idea, planteando esquemas de colaboración entre la autorregulación y los poderes públicos reguladores, al determinar que "la autorregulación podría resultar de utilidad para complementar la normativa y contribuir a la consecución del equilibrio correcto entre la facilitación del desarrollo de mercados abiertos y competitivos y el logro de objetivos de interés público".

El Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), por su parte, sugiere, en la Recomendación relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, de 9 de diciembre de 19997, que los Estados revisen, modifiquen y promuevan "prácticas autorregulatorias" para "hacerlas compatibles y aplicables al comercio electrónico". Igualmente, se destaca la importancia de la participación de "representantes de los consumidores en el desarrollo de mecanismos autorregulatorios efectivos que contengan reglas específicas y sustantivas aplicables a los mecanismos de atención de quejas y resolución de disputas".

- 5 COM (1999) 538.
- 6 DO L 283 de 6.10.1999.
- 7 Tal documento puede consultarse, en castellano, en el sitio *Web* siguiente de la OCDE: http://www.oecd.org/dataoecd/18/27/34023784.pdf.

El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, de 25 de julio de 20018, alude a la autorregulación y a la corregulación como nuevas estrategias reguladoras de los poderes públicos. Mediante tales técnicas se pretende mejorar la participación y la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos garantizando, simultáneamente, la eficacia y coherencia de la legislación. Se destaca, en suma, la necesidad de desarrollar un marco de corregulación. La corregulación combina medidas legislativas y reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los propios agentes interesados sobre la base de su experiencia práctica. El resultado es una mayor identificación con las políticas en cuestión mediante la implicación de quienes resultan más afectados por la aplicación de las normas en su preparación y ejecución efectiva. El documento que examinamos añade que "la corregulación implica la inserción en la legislación de un marco de objetivos generales, derechos fundamentales, mecanismos de aplicación y recurso y condiciones de control de su cumplimiento".

En el Libro Blanco de la Gobernanza Europea se pone de manifiesto, asimismo, la necesaria reforma del modo de gobernar Europa. Entre los cambios propuestos se plantea una mejora de la política y producción normativa llevada a cabo por la Unión Europea. Para alcanzar tales objetivos se proponen, entre otras alternativas, implicar activamente a la sociedad civil en esa gobernanza. Por tanto, se apuesta por el diálogo con organizaciones sindicales, patronales, no gubernamentales, asociaciones profesionales, de consumidores, etc., no sólo para adoptar normas basadas en códigos de conducta sino, además, para que sean sujetos de un sistema de corregulación. Este sistema, de este modo, combinaría medidas legislativas o reglamentarias y otras actuaciones adoptadas por los agentes más interesados y conocedores del sector sobre la base de la experiencia práctica.

Para el Libro Verde de la Comisión sobre protección de los consumidores en la Unión Europea, de 2 de octubre de 2001⁹, una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de una reglamentación o de la corregulación.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2001, sobre el impacto de la economía electrónica en las empresas europeas: análisis económico e implicaciones políticas¹º determina que "la legislación no puede resolver todos los problemas. La autorregulación puede desempeñar un papel importante para instaurar la confianza de quienes participan en operaciones electrónicas. La administración pública debería esforzarse por aumentar la credibilidad de la autorregulación y garantizar el

- 8 COM (2001) 428.
- 9 COM (2001) 531.
- 10 COM (2001) 711.

respeto de los códigos de conducta, haciéndolos accesibles y, en su caso, previendo soluciones jurídicas".

El Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Simplificación" de 2002¹¹ determina que "la corregulación combina elementos propios de la legislación, en particular su carácter fiable y vinculante, con el régimen más flexible de la autorregulación. Implica dar un paso adelante respecto de la autorregulación en el marco de la gobernanza".

El examen del tratamiento de la autorregulación por la Unión Europea merece que nos detengamos en el análisis del Report Self-Regulation in the EU Advertising Sector: A report of some discusión among interested parties, elaborado en el marco de la Round Table on Advertising, hecho público en julio de 2006 por la Directorate General for Health and Consumer Affairs -Dirección General de Sanidad y Protección del Consumidor- DG SANCO. Aunque este documento no tiene valor normativo, reviste singular importancia por cuanto en el mismo se recogen las positivas conclusiones de un detallado examen de los organismos nacionales de autorregulación en Europa. Así, se señala que "la autorregulación y la corregulación ofrecen soluciones sustitutivas reales a los enfoques legislativos clásicos en el sector de los medios" y que la autorregulación es una opción que siempre debe ser tenida en cuenta cuando se intenta conseguir una respuesta menos costosa, más efectiva, más proporcionada y suficientemente legitimada a las intervenciones públicas a nivel comunitario e, incluso, se añade que este documento no es un debate sobre autorregulación o legislación restrictiva –discusión que se sobreentiende superada- sino un debate acerca de cómo deben interactuar legislación y autorregulación en la moderna Europa. Y, a este respecto, señala que sólo se puede maximizar el potencial de la autorregulación en un marco legislativo claro que otorgue a los sistemas de autorregulación suficiente ámbito de actuación.

La Directiva 2007/65/CE de servicios de comunicación audiovisual¹² señala que "la autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí. Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de la legislación y los mecanismos judiciales o administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de la presente Directiva. No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la presente Directiva, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional. La corregulación, en su mínima expresión, sirve de "vínculo jurídico" entre la autorregulación y el poder legislativo nacional, con arreglo a

¹¹ DO C 241 de 7.10. 2002.

¹² DO L 332 de 18.12.2007.

las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención por parte del Estado en el caso de que no se realicen sus objetivos. Sin perjuicio de las obligaciones formales de los Estados miembros en lo relativo a la incorporación a la legislación nacional, la presente Directiva fomenta la utilización de la corregulación y la autorregulación. Esto no obliga a los Estados miembros a crear regímenes de corregulación o autorregulación ni afecta a las iniciativas de corregulación o autorregulación existentes ya implantadas en los Estados miembros y que funcionan de forma efectiva o las pone en peligro".

Resulta destacable señalar que la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 31 de mayo de 2007, sobre estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013¹³, insta a la Comisión a que estudie en qué ámbitos los mecanismos de autorregulación y de corregulación pueden complementar las disposiciones legislativas vigentes. A este respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de febrero de 2008¹⁴, valora positivamente la misma, si bien determina que debería prestarse mayor atención a los ejemplos acertados de la Unión Europea en materia de autorregulación, corregulación y elaboración de los códigos de conducta. Aunque no lo diga expresamente, el Consejo Económico y Social Europeo, reclama, en materia de protección de consumidores, una actitud que aplique tales fórmulas de reglamentación, pues las mismas representan técnicas sumamente eficaces para lograr un mercado interior sano y próspero.

En la misma línea, las Conclusiones del Consejo, de 22 de mayo de 2008, sobre "Un planteamiento europeo de la alfabetización mediática en el entorno digital" sugiere a los Estados miembros que promuevan y faciliten el desarrollo y aplicación de códigos de conducta y de otras iniciativas de regulación conjunta y autorregulación con todas las partes interesadas a nivel nacional.

En cuanto a los motivos o causas que, de alguna manera, han impulsado que la Unión Europea fomente la autorregulación pueden reconducirse a tres grandes bloques:

1. En primer término, estimamos que la autorregulación es objeto de fomento para, precisamente, facilitar la armonización de las normas europeas a nivel comunitario. Cuando esas normas presentan una cierta complejidad que, en ciertos supuestos, podrá ser, además, de carácter técnico, las instituciones comunitarias parecen abstenerse de regular el fenómeno en cuestión animando a los agentes que operan en tal ámbito a que se autorregulen.

¹³ DO C 166 de 20.7.2007.

¹⁴ DO C 162 de 25.6.2008.

¹⁵ DO C 140 de 6.6.2008.

- 2. También contribuyen a que se promueva la autorregulación diferentes factores cuales, entre otros, son la mayor proximidad, consenso, flexibilidad y adaptabilidad de la autorregulación a las necesidades del sector regulado que contrastan con las limitaciones de la regulación en estos frentes. Esto es especialmente relevante en el campo de las nuevas tecnologías, aunque este mismo argumento se utiliza en el ámbito de protección de los consumidores y usuarios. Es realmente significativa, en este último sentido, la Resolución del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre la Política de los Consumidores en la Comunidad en el período 1999-2001¹⁶. En esta última se dispone que "en determinadas condiciones, la autorregulación de los operadores económicos puede ser un complemento adecuado o, en determinados casos, una alternativa a la legislación, en particular porque permiten reaccionar con mayor rapidez a los cambios del mercado".
- 3. En tercer y último lugar, la autorregulación se considera un complemento adecuado de la regulación y una alternativa a la desregulación.

Desde las instituciones de la Unión Europea se tiene conciencia de que la autorregulación sin los necesarios controles públicos puede llegar a producir desviaciones de los fines perseguidos con su potenciación. Por este motivo se determinan, con especial detalle, los objetivos que debe satisfacer la autorregulación, se introducen garantías para que tales fines se cumplan y se amenaza a los autorreguladores con la adopción de normas vinculantes si estos no se ciñen a las expectativas de la Unión Europea.

En esta línea, por ejemplo, la mencionada Resolución del Consejo, de 28 de julio de 1999, sobre la Política de Consumidores en la Comunidad¹⁷, recuerda a las organizaciones de consumidores y a los operadores económicos que los acuerdos de autorregulación que pueden adoptar "deben cumplir el objetivo de un alto nivel de protección de los consumidores, salvaguardar los derechos de los consumidores a la información y no ser restrictivos de la competencia". Añade, que "la aplicación y seguimiento adecuado de la autorregulación y de los acuerdos esenciales para su eficacia y que el fracaso de la autorregulación y los acuerdos voluntarios podrá hacer necesaria la adopción de normas vinculantes".

III. Documentos comunitarios e institucionales que, directa e indirectamente, fomentan la instauración de los códigos de conducta en la materia que abordamos

Consciente de las innumerables ventajas y eficacia que los códigos de conducta suponen en mercados emergentes, cual es el comercio electrónico, el

¹⁶ DO C 206 de 21.7.1999.

¹⁷ DO C 206 de 21.7.1999.

legislador europeo ha fomentado, a través de diversas vías, el recurso a tales instrumentos. Los documentos empleados, para la puesta en práctica de cuanto antecede, son muy variados. Así, en numerosas ocasiones, se ha recurrido a Directivas, Informes, Recomendaciones, Comunicaciones, Decisiones, etc. De igual modo, mencionaremos las sugerencias de organismos internacionales que, a través de diferentes fórmulas, persiguen la elaboración de códigos de conducta para las empresas que operan en Internet, en general, y, en particular, el comercio electrónico.

En este sentido, veremos las recomendaciones o deberes, según el caso, procedentes, entre otras, de la Unión Europea, la OCDE, la Fundación Bertlesman, que, precisamente, versan sobre el fomento de los códigos de conducta

Como hicimos a propósito de la autorregulación, antes de ocuparnos del impulso que se opera de la figura de los códigos de conducta, daremos una definición en relación con los mismos. Debemos precisar que están formados por un conjunto de reglas de carácter deontológico¹⁸ o de buena práctica profesional¹⁹ que se caracterizan porque poseen un alto nivel de seguridad jurídica, lo cual, a su vez, da lugar a su valoración como beneficiosos, desde el punto de vista de sus destinatarios, cuya confianza es nuclear para el éxito del comercio electrónico. Al estar regidos por la autonomía de la voluntad de las partes²⁰, la información empleada para su aprobación va a ser más amplia y completa y, además, su contenido tratará de proteger, con mayor equidad, los intereses de las partes afectadas²¹. Existe, por el contrario, un sector de la doctrina²² que considera que los códigos de conducta, por su origen empresarial, difícilmente pueden satisfacer los intereses de los consumidores.

Los códigos de conducta en materia de comercio electrónico²³ pueden ser definidos como documentos, de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una

- 18 VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, F. (1991) Ética y Deontología de la Información, Paraninfo, Madrid; SANTAELLA LÓPEZ, M. (2003) Derecho de la Publicidad, Civitas, Madrid.
- 19 DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004) "Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 94, pp. 87-116.
- 20 En este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta", *Repertorio de Tribunales Superiores de Justicia Audiencias Provinciales* (Thomson Aranzadi), núm. 20, pp. 11-24.
- 21 PÉINADO GRACIA, J. I. (1998) "Comparación y denigración publicitarias de la "imagen" de empresas indirectamente aludidas (Reflexiones con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997), *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 230, Octubre-Diciembre, pp. 1601-1651
- 22 ESPINOSA CALABUIG, R. (2001) La publicidad transfronteriza, Tirant lo Blanch, Valencia.
- 23 Sobre tal figura, en el plano teórico, centrado únicamente en el ámbito español, puede verse LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "La autorregulación del comercio electrónico: los códigos de conducta", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 69, pp. 147-172; LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009)

tercera parte independiente, en cuya redacción se han tenido en consideración los intereses de asociaciones de consumidores y usuarios, discapacitados²⁴ u otros colectivos afectados, que disciplinan materias relativas al procedimiento precontractual, contractual y postcontractual por lo que a la contratación electrónica respecta²⁵, sin perjuicio de otras cuestiones como la publicidad interactiva²⁶, la seguridad, la privacidad²⁷, la accesibilidad y la protección integral de los menores de edad²⁸ amén de otras conexas, cuya finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario²⁹.

Las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar, ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver. Nos referimos a los diferentes colectivos que en materia de comercio electrónico interactúan —consumidores y usuarios, empresarios, Administración pública y otros agentes potencialmente afectados—.

El recurso comunitario a los códigos de conducta es relativamente reciente en materia de comercio electrónico, si bien en otros ámbitos diversos existen alusiones a los mismos por parte del legislador europeo. Así, existen referencias a tales instrumentos en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa

"Los códigos de conducta como paradigma de buenas prácticas: el caso del comercio electrónico", *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 11, núm. 32, 2009, pp. 49-55.

- 24 La previa toma en consideración de diferentes colectivos para la redacción de los códigos de conducta no ha merecido la misma acogida por parte de la doctrina. Así, en opinión de ciertos autores GÓMEZ CASTALLO, J. D. (2001) "La asociación de autocontrol de la publicidad y la aplicación del principio de veracidad por su Jurado", *Estudios de Consumo*, núm. 57, pp. 133-146; RUIZ NÚNEZ, M. (2003) "Códigos de Conducta". En CREMADES GARCIA, J. y GONZÁLEZ MONTES, J. L, (Coords.), *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico), La Ley, Madrid, pp. 295-307-, ha de valorarse positivamente mientras que, por el contrario, a juicio de otros –VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2002) Comercio Electrónico, Firma electrónica y servidores, Dijusa, Madrid- tal postulado merece una valoración reprobable.*
- 25 Sobre tal materia, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. y MARTÍNEZ LÓPEZ, F. (2009) "La formación del contrato electrónico", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 105, pp. 3-58.
- 26 En relación a este extremo, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "Prácticas publicitarias electrónicas eventualmente vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial", *La Notaría*, núm. 59-60, pp. 73-97.
- 27 En este punto, puede consultarse el trabajo de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "La autodisciplina como herramienta de protección de la privacidad en materia de comercio electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 20, pp. 55-72.
- 28 Esta cuestión es objeto de análisis en LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "Los menores de edad en materia de contratación electrónica: el valor de la autorregulación", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales de la Universidad de Extremadura*, núm. 21, pp. 165-208.
- 29 Sobre el elenco de instrumentos jurídicos ideados a tal fin nos remitimos a LÓPEZ JIMÉNEZ, D. y SERRANO DE NICOLÁS, A. (2010) "El uso seguro y confiable del comercio electrónico: reflexiones sobre algunos de los novedosos instrumentos jurídicos disponibles", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 22.

a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³⁰ y en la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia³¹.

El primer Estado que llevó a cabo una propuesta sobre la deontología de contenidos en Internet fue Francia, en la reunión celebrada, en el seno de la OCDE, en octubre de 1996 en Seúl. La idea, sin embargo, no resultó bien acogida por el resto de Estados participantes. En las reuniones posteriores de la OCDE –Declaración ministerial de la OCDE en la reunión de Bonn sobre "las redes mundiales de información" celebrada los días 6 a 8 de julio de 1997 y Conclusiones del foro sobre la autorregulación de los contenidos de Internet celebrado bajo los auspicios de la OCDE en París el 25 de marzo de 1998– tal pensamiento cobró más fuerza.

En estas reuniones hubo consenso al considerar que los códigos de conducta -softlaw- eran complementarios a la regulación estatal de los contenidos -hardlaw-. Igualmente, existió acuerdo en otras materias, cuales, entre otras, son: la importancia de la formación y de la educación de los actores; la necesidad de colaboración entre los gobiernos, los usuarios y la industria en la lucha contra los contenidos ilícitos; y la toma de conciencia sobre la interdependencia de todos los países y la conveniencia de la cooperación internacional.

La Declaración conjunta de la Unión Europea con los Estados Unidos de América sobre comercio electrónico, de 5 de diciembre de 1997, establece, por su parte, la necesidad de "asegurar la protección eficaz del derecho a la intimidad con respecto al tratamiento automatizado de datos personales en redes de información globales" y, asimismo, destaca la importancia de la autorregulación como fruto de un acuerdo entre la industria y otros estamentos del sector privado. Por eso, allí se acordó apoyar activamente el desarrollo, preferentemente a nivel global, de códigos de conducta basados en la autorregulación y de tecnologías que permitan aumentar la confianza del consumidor en el comercio electrónico, involucrando a todos los actores del mercado, incluso aquellos que representan los intereses del consumidor.

El informe elaborado, en septiembre de 1999, por la Fundación Bertlesmann en la "Cumbre sobre los contenidos en Internet" celebrada en Munich, dio un gran paso adelante y dictó recomendaciones específicas para los gobiernos y la industria así como para las acciones conjuntas en materia de autorregulación.

La Unión Europea es la instancia supraestatal que más actuaciones ha realizado para fomentar el uso de los códigos de conducta, sobre todo en materia de comercio electrónico, con el fin de que sean los propios agentes que, de una u otra manera, interactúan en dicho ámbito los que regulen diversas cuestiones. Así, a título de ejemplo, se ha establecido la conveniencia de recurrir a la

³⁰ DO L 281de 23.11.1995.

³¹ DO L 144 de 4.6.1997.

autorregulación para luchar, de manera eficaz, contra los contenidos ilícitos y nocivos en Internet. Concretamente, la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la competitividad de la industria europea y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana³², contiene las directrices indicativas para la protección de los menores y de la dignidad humana en los medios audiovisuales. La Recomendación que comentamos resulta especialmente interesante por cuanto solicita a los prestadores de servicios de Internet que desarrollen códigos de conducta que faciliten la aplicación de la legislación actual.

Conviene traer a colación las determinaciones esgrimidas por la Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales³³, pues la misma, como texto pionero sobre el particular, dispone que "en relación con el establecimiento de códigos de conducta, se fomentará un sistema de «etiquetas acreditativas de sitios *Web* de calidad» que sean visibles para ayudar a los usuarios a identificar a los proveedores de servicios en Internet que operen de conformidad con dichos códigos de conducta".

En el Plan de Acción denominado "e-Europa", adoptado en el Consejo Europeo de junio de 2000³⁴, la Unión Europea subrayó la importancia de incrementar la confianza del consumidor en Internet –*E-confidence*– para, de este modo, facilitar el crecimiento del comercio electrónico con consumidores. En términos del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, de 8 de febrero de 2007³⁵, presentado por la Comisión Europea es imprescindible estimular la confianza de los consumidores en el mercado interior garantizándoles un alto nivel de protección en toda la Unión Europea.

En tales iniciativas, cual es la *E-confidence* —dentro del marco de la autorregulación—, participaron tanto consumidores como los propios industriales. La iniciativa enunciada se creó, precisamente, para elaborar códigos de conducta de alcance comunitario en el ámbito del comercio electrónico así como sistemas de control y de evaluación de esos códigos. En ese mismo marco, igualmente, se pretendía fomentar la promoción, por los medios de comunicación o por las partes interesadas —en este caso, consumidores e industriales—, de normas exigentes de buena práctica comercial.

Entre las acciones desarrolladas, desde entonces, por la Comisión Europea destaca la creación del *E-confidence group*, grupo de trabajo que, entre otras

³² DO L 270 de 7.10.1998.

³³ DO L 33 de 6.2.1999.

Para la consulta del texto, en versión completa, puede verse el siguiente enlace electrónico:
 http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/docs/2002/action_plan/actionplan_es.pdf.
 COM (2006) 744.

competencias, asumió la redacción y desarrollo de los principios generales que podrían ser aplicados en los códigos de conducta que fuesen elaborados por los organismos de autorregulación de los Estados miembros. El citado grupo de trabajo elaboró unos principios rectores para la elaboración de códigos de conducta relativos a la contratación, por parte de los consumidores y/o usuarios, de bienes y servicios a través de Internet recogidos en la denominada *Guiding principles for generis codes of practice for the sale of goods and services to consumers on the Internet.* La guía contiene diez principios rectores que debían ser seguidos al redactar códigos de conducta relativos a la venta de bienes y servicios a los consumidores a través de Internet. Todos ellos constituyen principios aplicables, con carácter general, a la contratación electrónica. Lamentablemente, tal documento no pasó de tal, en el sentido de que no se puso en ningún momento en práctica pasando a ser sus principios meramente testimoniales. En cualquier caso, entendemos que iniciativas como la presente, a pesar de que nunca se aplicase, han de ser valoradas de manera positiva.

Otro exponente de la misma idea enunciada puede encontrarse en la Recomendación de la OCDE sobre la protección jurídica de los consumidores en el contexto del comercio electrónico –Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for consumer protection in the context of electronic commerce³⁶—. Entre las finalidades perseguidas por la OCDE destaca, sobre todo, el auxilio a las organizaciones empresariales, a las asociaciones de consumidores y a los organismos de autorregulación proporcionándoles los principios de protección del consumidor que deberían ser observados a la hora de revisar o formular normas de autorregulación y, dentro de éstas, códigos de conducta en el ámbito del comercio electrónico. En definitiva, lo que se persigue con la presente Recomendación es dotar a los profesionales, proveedores y consumidores de una guía sobre las buenas prácticas que se deben adoptar por lo que al comercio electrónico respecta.

De igual modo, debe prestarse especial atención a las recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional, pues una de sus actividades fundamentales consiste en la elaboración y aprobación de códigos de conducta que, aunque no son directamente aplicables, sí ejercen una notable influencia sobre los códigos de conducta que aprueban los organismos nacionales de autorregulación.

El legislador comunitario ha sido y es consciente, a la hora de abordar la regulación de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico, de la importancia de los sistemas alternativos y complementarios a la regulación. Así lo determina la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior³⁷, cuyo considerando 32 dispone

³⁶ El texto completo puede verse en http://www.oecd.org/dataoecd/18/13/34023235.pdf.

³⁷ DO L 178 de 17.7.2000.

que "los códigos de conducta a nivel comunitario constituyen un instrumento privilegiado para determinar las normas deontológicas aplicables a la comunicación comercial".

El considerando 49 de la citada Directiva, por su parte, alienta, tanto a los Estados miembros como a la Comisión, a fomentar "la elaboración de códigos de conducta". Ello no irá en perjuicio, según dispone, del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos.

Es patente, por tanto, que la expresión máxima de la apuesta a favor de la elaboración de códigos de conducta puede encontrarse en el art. 16 de la mencionada Directiva comunitaria³⁸. Las referencias que, en el citado precepto, se operan con respecto a la autorregulación, en general, y, con ello, a los códigos de conducta, podrían ser objeto de crítica como consecuencia de la indefinición que existe en torno a los mismos. Sin embargo, han sido acogidas de manera muy favorable por el entorno europeo, valoración que compartimos, como pone de manifiesto el Informe de la Comisión, de 21 de noviembre de 2003, sobre la aplicación de la Directiva de Comercio Electrónico³⁹, que, a su vez, destaca la redacción de diferentes códigos sectoriales y sistemas de marcas de confianza⁴⁰ algunos, incluso, con alcance comunitario. Tal documento, entre otras manifestaciones de interés, constata que tras la profusión inicial de marcas y etiquetas de confianza creadas a raíz de la adopción de la Directiva, la actividad en este ámbito se ha ralentizado, si bien, aclara, puede ser debido a la crisis de la economía electrónica.

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁴¹ –que modifica

- 38 El mismo, en su literalidad, dispone que "los Estados miembros y la Comisión fomentarán: a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15; b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario; c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias; d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico; e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana. 2. Los Estados miembros y la Comisión fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus intereses, y que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1. Cuando resulte adecuado, a fin de tener en cuenta sus necesidades específicas, deberá consultarse a las asociaciones que representen a los discapacitados y a los malvidentes".
 - 39 COM (2003) 702.
- 40 Sobre este particular, MARTÍNEZ TORREJÓN, M. A. (2002) Libro Blanco sobre los Sistemas de Autorregulación, los Sellos y las Marcas de Confianza en Mercados Digitales y Códigos de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico, AENOR, Madrid.
 - 41 DO L 149 de 11.6.2005.

la Directiva 84/450/CEE del Consejo⁴², las Directivas 97/7/CE⁴³, 98/27/CE⁴⁴ y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁵ y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁶— persigue, en diferentes considerandos y preceptos, en consonancia con las Directivas que le han precedido, la promoción de los códigos de conducta. Aunque destaca el papel de los mismos en materia de prácticas comerciales desleales, las menciones relativas a la importante función que los códigos de conducta desempeñan resultan muy significativas, sin olvidar la labor que todos los actores sociales pueden jugar sobre el particular, ya que, como determina el considerando 20 *in fine*, con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior⁴⁷, también puede situarse en la línea de promoción de los códigos de conducta de alcance comunitario para, precisamente, fomentar la confianza del consumidor y/o usuario. Aunque las apreciaciones sobre los códigos de conducta no están referidas, con carácter específico, al comercio electrónico sino a ciertas profesiones reguladas efectúa ciertas valoraciones sobre tales instrumentos de autorregulación que, por completo, resultan aplicables a la figura que analizamos. Así, dispone el considerando 115 de la citada Directiva que "los códigos de conducta comunitarios pretenden fijar normas mínimas de comportamiento y complementan los requisitos legales de los Estados miembros. No obstan para que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, adopten medidas legislativas más estrictas".

En materia de Decisiones, procede, entre otras, referirse a la Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea⁴⁸ que, entre otros aspectos, destaca la loable labor que los códigos desempeñan en materia de filtrado de contenidos ilícitos, nocivos y no deseados.

Interesa tan solo apuntar que, en virtud de la Decisión 2005/752/CE, de la Comisión, de 24 de octubre, se ha establecido un grupo de expertos en materia de comercio electrónico⁴⁹, que, como la misma Decisión, dispone, será un foro útil para intercambiar, a nivel europeo, puntos de vista sobre la aplicación práctica

```
42 DO L 250 de 19.9.1984.
```

⁴³ DO L 144 de 4.6.1997.

⁴⁴ DO L 166 de 11.6.1998.

⁴⁵ DO L 271 de 9.10.2002.

⁴⁶ DO L 364 de 9.12.2004.

⁴⁷ DO L 376 de 27.12.2006.

⁴⁸ DO L 149 de 11.6.2005.

⁴⁹ DO L 282 de 26.10.2005.

de la Directiva de Comercio Electrónico en concreto, lo que a nuestros efectos resulta muy significativo, información sobre códigos de conducta elaborados a escala comunitaria por asociaciones de consumidores y profesionales.

En sede de Comunicaciones, cabe destacar, en consonancia con el documento anterior, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2001, sobre el impacto de la economía electrónica en las empresas europeas: análisis económico e implicaciones políticas⁵⁰, que determina la necesidad de fomentar el desarrollo de códigos de conducta en los sectores B2B y B2C, "en especial para garantizar el acceso a los cibermercados y su transparencia".

Asimismo, debemos referirnos a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 6 de noviembre de 2006, sobre evaluación final de la ejecución del plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales⁵¹, que, teniendo en cuenta las bondades que los códigos de conducta suponen, es ciertamente sensible con los mismos estimando muy oportuna y necesaria su promoción.

Por lo que se refiere a las Resoluciones comunitarias, cabe citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la confianza de los consumidores en un entorno digital⁵², que, entre otros aspectos, demanda la creación de un sello único europeo. La eficacia de la puesta en práctica de semejante medida supondría la tendencia hacia la armonización de los códigos de conducta, pues la existencia de numerosos sellos de confianza⁵³, basados en códigos de muy diverso contenido, genera el efecto contrario al que, en un principio, se persigue ya que, lamentablemente, generan desconfianza y, con ello, ineficacia.

Como bien recuerda, entre otros documentos comunitarios, el Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de septiembre de 2007, sobre la revisión del mercado único⁵⁴, tan sólo el 6% de los consumidores recurre al comercio electrónico transfronterizo de mercancías. También subraya la importancia de aumentar la confianza de los consumidores en las compras transfronterizas poniendo fin a la fragmentación del mercado único en el entorno digital. En este sentido, podemos manifestar que un instrumento idóneo para evitar la

- 50 COM (2001) 711.
- 51 COM (2006) 663.
- 52 DO C 146 de 12.6.2008.

⁵³ Sobre este extremo pueden consultarse, entre otros, los trabajos de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "Los distintivos electrónicos de confianza: el sello de calidad registral", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 153, pp. 35-46; LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "Los iconos electrónicos de confianza en el ámbito sanitario", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 110, 2009, pp. 3-22.

⁵⁴ DO C 187 de 24.7.2008.

desconfianza apuntada (pero, simultáneamente, otros objetivos cuales, entre otros, son un entorno económico más favorable para el comercio electrónico, mejorar la calidad de la legislación, reforzar los derechos de los consumidores y la situación de las pequeñas empresas en el mercado) son, precisamente, los códigos de conducta en materia de comercio electrónico de alcance comunitario. En apoyo de las afirmaciones efectuadas, la mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, señala que, para fortalecer la confianza de los consumidores en el entorno digital, debe alcanzarse la coordinación y el apoyo de códigos de conducta europeos que tengan en cuenta los modelos de mejores prácticas y los elementos más importantes de una autorregulación eficaz.

En sintonía con la anterior resolución, podemos manifestar que para que las previsiones de los códigos de conducta resulten eficaces deben ir acompañados de medidas específicas para afianzar su aplicación y utilidad, entre las que destacaría el establecimiento de un contenido mínimo de los códigos. Dicho de otra forma, la uniformidad de los códigos de conducta representa un elemento que podría incidir favorablemente en la consecución de elevados niveles de eficacia por lo que a los códigos de conducta respecta. De hecho, es un objetivo a alcanzar para que funcione la cooperación internacional.

La mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, solicitó a la Comisión que evaluase las experiencias realizadas, a nivel comunitario, con marcas de confianza ya existentes, en concreto aquellas que se utilizan en varios Estados miembros –como, por ejemplo, el Euro-Label– para que fueran aprovechadas en la preparación de la marca de confianza única de la Unión Europea para el comercio electrónico transfronterizo –incluida la verificación de si la difusión de la marca en los nuevos Estados miembros depende de la falta de recursos financieros para introducir dicha marca—. Como, a este respecto, pone precisamente de relieve la Comisión de Industria, Investigación y Energía para la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor, en su opinión formulada, el 20 de marzo de 2007, sobre la confianza del consumidor en el entorno digital, es, precisamente, en los nuevos Estados miembros donde faltan recursos económicos para introducir las marcas de confianza de alcance comunitario que comentamos. Asimismo, pone de manifiesto, con buen criterio, que los sellos de calidad resultan especialmente útiles para las PYMES, pues permiten crear confianza y compensar, de manera eficaz, la desventaja que supone una presencia publicitaria menor que la de las grandes plataformas en línea.

Aunque hemos visto que tanto diferentes instituciones europeas como organizaciones internacionales pretenden fomentar, en atención a las ventajas que ostentan, el recurso a los códigos de conducta debemos ser cautos y valorar las adversidades a superar.

En efecto, en ciertas ocasiones, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto las limitaciones que los códigos de conducta presentan a nivel comunitario,

debido, en gran medida, a que las organizaciones de cada país han de respetar sus propias peculiaridades jurídicas.

Un documento que ya hemos mencionado, cual es el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, de 2 de octubre de 2001⁵⁵, determina que la autorregulación, mediante códigos de buena conducta se ve muy restringida a escala de la Unión Europea. Si bien en algunos textos legislativos de la Unión Europea se hace referencia explícita a los códigos de conducta, éstos no han podido desarrollar todo su potencial en la Unión Europea por la diversidad de legislaciones nacionales y la incertidumbre sobre la situación de los compromisos adoptados en los códigos y su posible carácter ejecutorio.

Valoraciones como las expuestas han motivado diferentes reacciones. Así, organizaciones de carácter internacional como EASA – European Advertising Standards Alliance— que es el organismo europeo de autorregulación publicitaria, con contrastada relevancia en materia de publicidad transfronteriza, en su Respuesta al Libro Verde sobre Protección de los Consumidores, de 2 de octubre de 2001, determinó que es necesario trabajar para conseguir la convergencia de los distintos códigos de conducta existentes en los Estados miembros, dado que todo código debe respetar su legislación nacional, las principales diferencias entre ellos se derivan directamente de las discrepancias entre las correspondientes legislaciones nacionales, por lo que, dispone EASA, únicamente eliminando éstas desaparecerán aquéllas. Tal apreciación está cargada de razón como también, entendemos, lo está la consideración de que la posible eficacia de los códigos de conducta con vocación transnacional –ya sea comunitaria o internacional– depende de factores vinculados con las diferencias legislativas que entre los Estados existe, pero, además, juega un papel muy relevante las peculiaridades culturales propias de cada Estado.

En cualquier caso, la autorregulación del comercio electrónico y uno de sus instrumentos más paradigmáticos, los códigos de conducta, merecen una valoración muy positiva a nivel comunitario. En efecto, la autorregulación por parte de los agentes que interactúan en materia de comercio electrónico, contribuye a acercar posturas entre los colectivos –que dicho sea de paso, podrán pertenecer a diferentes naciones–, estableciendo vías de solución que podrán trascender las fronteras físicas de los Estados y ser muy útiles en materia de comercio electrónico. Aun así, no es suficiente pues únicamente la convergencia de los Derechos nacionales –que se alcanza a través de instrumentos legislativos comunitarios como las Directivas y los Reglamentos– o la determinación de puntos de encuentro, en las más diversas materias que pueden verse afectadas por la actividad del comercio electrónico –como, por ejemplo, es la propiedad intelectual e industrial, la contratación electrónica, la publicidad, la protección de menores–, podrá asegurar, de manera efectiva, la extensión de las distintas fórmulas de autorregulación al ámbito supranacional.

IV. Análisis de las diversas iniciativas europeas

Por lo que a los diversos códigos de conducta en materia de contratación electrónica respecta, cabe destacar, por un lado, el denominado *Euro-Label*⁵⁶ y, por otro, las iniciativas que existen en ciertos Estados comunitarios. En este último sentido, haremos alusión a la situación que sobre el particular se plantea en Alemania, España e Italia. Estamos ante territorios en los que el fenómeno de la autodisciplina en general y los códigos de conducta en particular, en el ámbito del comercio electrónico, parece haber hecho fortuna. En efecto, en los restantes países comunitarios no existe parangón alguno. Para tomar conciencia de cuanto analizaremos, hemos optado por realizar una tabla comparativa en la que enunciamos los sistemas de autodisciplina que en los distintos territorios existen.

1. El código de conducta Euro-Label

El código de conducta *Euro-Label*, que funciona desde agosto de 2002, fue redactado por la organización *Eurocommerce*, que agrupa a asociaciones de comerciantes internacionales, mayoristas y minoristas, siendo su objetivo regular el comercio electrónico. Se basa en la experiencia y el éxito de tres etiquetas electrónicas nacionales que son Austria *–Österreichisches e-Commerce Gütezzeichen*–, Francia *–Labelsite*– y Alemania *–Geprüffter Online Shop*–. Para fomentar que el consumidor confie en las transacciones electrónicas los tres países mencionados decidieron expandir sus actividades por toda Europa. Inicialmente, se unieron España e Italia prestando su apoyo financiero la Comisión Europea. Posteriormente, países como Polonia y Malta estimaron de interés entrar en el sistema de confianza que comentamos.

El sistema funciona mediante distintas secretarías u organismos de certificación nacionales que deciden el otorgamiento del sello de garantía a los solicitantes de dicho Estado, siempre que cumplan con el contenido del código de conducta.

En España, la entidad de certificación es la Confederación Española de Comercio –CEC– que aproximadamente representa a un 90% de las organizaciones de empresarios que operan en el mercado español. La CEC, fundada en 1983, está constituida por 47 federaciones provinciales de comercio, 14 federaciones autonómicas y 10 organizaciones sectoriales de ámbito nacional. A su vez, estas organizaciones integran a más de 700 asociaciones de comerciantes de toda España.

⁵⁶ Sin perjuicio de que, a continuación, esbozaremos ciertas pinceladas de este código de conducta, para un examen en profundidad del mismo puede verse LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "El sistema de autodisciplina europeo en materia de comercio electrónico: el código de conducta Euro-Label", ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 77, 2009, pp. 263-280.

Es interesante destacar que *Euro-Label* está, a nivel nacional, esponsorizado por la CEC, coordinado por *Eurocommerce*, contando con el apoyo de diferentes organizaciones europeas establecidas en los distintos países en los que *Euro-Label* actúa —Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Polonia y Malta—estando la gestión técnica a cargo de Carl Bro S.A.

El código de conducta europeo está respaldado por la Comisión Europea, asociaciones sectoriales de carácter empresarial y diferentes asociaciones europeas de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

Aunque la iniciativa del código de conducta *Euro-Label* resulta legítima, no ha surtido toda la eficacia que podría haber alcanzado. De hecho, con su aprobación, se desaprovechó la oportunidad de poner en práctica un código que se erigiera, sobre todo en el espacio comunitario, en referente frente a todos los demás. En este sentido, cabe poner de relieve que estamos ante un código manifiestamente obsoleto –pues desde 2004 no se modifica para actualizarlo a las reformas legales— y menos garantista que muchos de los códigos de conducta que a nivel de los diferentes Estados existen. Si tal apreciación la referimos al caso español, podremos afirmar que el citado código de conducta es menos tuitivo que los códigos de conducta españoles.

2. Breves consideraciones en torno al escenario individualizado según ciertos países

Seguidamente, analizaremos el escenario que en materia de autodisciplina del comercio electrónico, se suscita en tres países comunitarios paradigmáticos al respecto: Alemania, España e Italia. En todo caso, debemos adelantar que esbozaremos, de manera muy somera, el contexto imperante, estudiando a tal fin, únicamente los códigos de conducta más significativos.

A) Alemania

En Alemania coexisten exitosamente ciertos códigos de conducta en materia de comercio electrónico, a saber: *Trusted Shops, Bonicert, Internet Privacy Standards, Shoplupe, Din Tested Website, TUVdotCOM, TÜV Online Check, Safer Shopping, EHI Euro-Label y EHI bvh Label.* Seguidamente, por su importancia a efectos prácticos, frente a los demás nos referiremos someramente, por un lado, a *Trusted Shops* y, por otro, a *Din Tested Website.*

El sello de confianza alemán a cargo de *Trusted Shops* fue creado, en 2001 por la entidad aseguradora *Gerling Insurance Group*, que cuenta con socios de diferentes sectores entre los que destacan la firma de consultoría tecnológica *Impact Business & Technology Consulting*, la entidad de certificación *TÜV Secure It*, la entidad bancaria *Citibank* y la compañía de servicios financieros *Paybox.net*.

Para la obtención del logotipo de confianza de *Trusted Shops* deberán culminarse, con éxito, los siguientes pasos: 1) cumplimentación de determinada información acerca de la empresa que pretende adherirse; 2) elaboración, por parte de *Trusted Shops*, de un informe con instrucciones detalladas sobre los criterios de certificación y; 3) revisión, por parte de *Trusted Shops*, del sitio *Web* en cuestión.

El documento en el que se basa la concesión del distintivo de confianza presenta un contenido que no parece, de forma sensible, diferir de lo que sobre el particular determinan sus homólogos europeos. Así, incluye exigencias sobre: identificación del establecimiento de comercio electrónico; condiciones generales de la contratación con especial consideración de la información precontractual; restricción a ciertos contenidos con ánimo de proteger a los menores de edad; transparencia de precios y condiciones de pago; servicio de atención al cliente; condiciones de entrega; cancelación del contrato con atención de la devolución del producto y del importe; protección de datos personales; sistemas de seguridad establecidos para lograr la seguridad de la información; y, finalmente, determinadas especialidades en atención a la materia del contrato –turismo, alquileres, telefonía móvil, etc.—.

Procede insistir en el hecho de que el sello que examinamos presenta la interesante particularidad de, como hemos previamente apuntado, haber sido desarrollado por una entidad de seguros que, dada su condición empresarial, otorga a los consumidores y/o usuarios que inicien relaciones comerciales con las empresas adheridas un seguro que les protegerá frente a los eventuales errores en la entrega de los productos contratados y en posibles fraudes de la tarjeta bancaria empleada para realizar el pago.

El sello *DIN Tested Website* fue desarrollado por DIN CERTCO que es una entidad de certificación perteneciente al Instituto Alemán de Normalización.

El sistema de certificación consta de cuatro pasos: 1) cumplimiento de los formularios de solicitud; 2) selección de la empresa que realizará la evaluación de la solicitud; 3) realización de la evaluación de la solicitud y; 4) envío a DIN CERTCO del resultado de la evaluación efectuada y decisión sobre la concesión o denegación de la solicitud.

La especificación elaborada se estructura en siete apartados: 1) funcionalidad del establecimiento de comercio electrónico; 2) identidad de la empresa propiedad del sitio *Web*; 3) formas de contacto; 4) modalidades de envío; 5) pago; 6) privacidad y; 7) seguridad de la información.

El sistema de autodisciplina que analizamos se fundamenta en las normas ISO 12119 y BS 7799, origen de la norma ISO 17799, cuyo cumplimiento es auditado en virtud de un proceso diferenciado. Las empresas que obtengan el sello de confianza recibirán la oportuna licencia para el uso de dos marcas. Por un lado, el icono de la entidad de certificación y, por otro, el logotipo el de *tested website* ISO 12119.

B) España

El elenco de códigos de conducta creados en el Reino de España en materia de comercio electrónico es relativamente amplio. En este sentido, cabe citar, entre otros, Confianza Online⁵⁷, Agace, Optima *Web*, E-*Web*, E-Confía y AENOR. De los citados, únicamente nos referiremos muy brevemente a tres de ellos: Confianza Online, Agace y Optima *Web*.

El sistema de autorregulación de comercio electrónico de Confianza Online se apoya en cuatro elementos: 1) el código ético sobre comercio electrónico y publicidad interactiva; 2) un sistema bicéfalo de resolución extrajudicial de conflictos; 3) una secretaría, que asegurará la adecuada coordinación y eficacia en la tramitación de las reclamaciones que se reciban, impulsando y coordinando el procedimiento ante los dos órganos antes citados y; 4) un sello de confianza, que permitirá identificar a las empresas adheridas al código de conducta, que será gestionado por la secretaría del sistema. El código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva parece adoptar la estructura de una ley. Así lo atestigua el hecho de que, a diferencia de otros códigos de conducta que se ordenan como principios, cuente con un preámbulo, a modo de Exposición de Motivos, y varios títulos subdivididos en capítulos que, a su vez, se encuentran integrados por artículos. Asimismo, consta de una disposición adicional y una final.

El código desarrollado por Aptice, a través de su sección Auditoría y Garantía de Calidad para el Comercio Electrónico, es uno de los más completos en cuanto a las materias abordadas. Se elaboró en 2001, sufriendo la última modificación significativa en 2008, fecha en la que le fue otorgado el distintivo público de confianza en línea (regulado por el Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el Distintivo Público de Confianza en los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión⁵⁸). Nos encontramos ante un código al que pueden adherirse proveedores de diferentes sectores o ámbitos del comercio electrónico. El código de conducta Aptice se estructura en siete principios generales, a saber: 1) identificación de la entidad certificada; 2) garantías sobre las ofertas y su suministro; 3) seguridad e infraestructura informática; 4) protección de datos de carácter personal; 5) calidad de los contenidos; 6) resolución de conflictos y; 7) requisitos para la implantación del código de conducta.

⁵⁷ Para el análisis con más detalle del mencionado sistema pueden consultarse los estudios de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "La autodisciplina del comercio electrónico: la Agencia de Calidad de Internet como paradigma de referencia" (Parte I), *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 141, pp. 10-14; LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2009) "La autodisciplina del comercio electrónico: la Agencia de Calidad de Internet como paradigma de referencia" (Parte II), *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 142, pp. 9-14.

⁵⁸ BOE núm. 241 de 8.10.2005.

Optima Web se creó en octubre de 2005. Representa una iniciativa de Anetcom, que es la asociación sin ánimo de lucro para el fomento del comercio electrónico empresarial y de las Nuevas Tecnologías en la Comunidad Valenciana, en la que también colabora, de forma activa, la Asociación Nacional de Empresas de Internet. El código de conducta -denominado código de confianza y buenas prácticas en el comercio electrónico—, sobre el que el sello de calidad se fundamenta, goza, desde 2005, del reconocimiento del distintivo público de confianza en línea, si bien, desde la fecha de su creación, un número limitado de empresas ha optado por adherirse al mismo –extremo que, dicho sea de paso, también acontece en los demás códigos de buenas prácticas (salvo en el caso de Confianza Online y E-confia, que cuentan con un número relativamente amplio de prestadores de servicios adheridos)-. El código de confianza y buenas prácticas en el comercio electrónico presenta un preámbulo, un apartado dedicado a enunciar su objeto y ámbito de aplicación y siete títulos que se subdividen en diferentes secciones que, a su vez, se estructuran por artículos.

Resulta interesante poner de relieve que los códigos de conducta examinados coexisten con sellos de calidad que, en numerosas ocasiones, no cuentan con el respaldo de un verdadero código de conducta ni con un mecanismo extrajudicial de litigios⁵⁹.

C) Italia

Por lo que a la República Italiana se refiere, cabe advertir que en su ámbito territorial operan un total de 5 códigos de conducta en el ámbito de la contratación electrónica: *Fiducia*, *NetQuality*, *E-com-quality-mark*, *Q-Web* y *Euro-Label Italy*. Como previamente efectuamos, a continuación, únicamente nos referiremos a los sistemas de autodisciplina más consolidados en tal escenario territorial: *E-com-quality-mark* y *QWeb*.

Por su parte, el sello de confianza de carácter italiano *E-com-quality-mark* fue creado por el Instituto para el Desarrollo del Comercio Electrónico –ISEC– en mayo de 2000. Tal entidad italiana constituye una asociación sin ánimo de lucro fundada en 1999 ideada, entre otras intenciones, con la finalidad de mejorar la calidad de las actividades empresariales desarrolladas en Internet.

La emisión del certificado se realiza por ESIC previa estimación positiva por cualquiera de los auditores habilitados por dicha entidad. El sistema de

59 En este sentido, cabe destacar, entre otros, Alaro Avant -www.alaroavant.com-; Cecarm -www.cecarm.com-; Certified by INFOJUR -www.derechosdeautor.com.es/index1.html-; EiWeb -www.grupoei.com/eiweb-; Esal Consultores -http://www.esalconsultores.net/certificado.html-; Garadat -www.garadat.com/norma/certificacion.php-; Lanross -www.lanross.com-; Legitec -www.legitec.com-; Quality Data -www.qualitydata.es-; Santos & Rojas Abogados -www.abogadosantosrojas.com/certificados.php-; y Webtrust -www.webtrust.es-.

autorregulación que examinamos está realizado de conformidad con el estándar europeo EN 45011 de requerimientos generales para sistemas de certificación siendo, asimismo, relevante el hecho de que todos los miembros que forman parte del ESIC están acreditados por dicha norma.

El procedimiento establecido para la exhibición del sello de confianza consta de cinco fases plenamente diferenciables: 1) implantación de la especificación; 2) auditoría; 3) solución, en su caso, de los eventuales problemas detectados en la realización de la auditoría; 4) concesión de la marca; 5) y, por último, seguimiento.

El modelo de auditoría está basado en el contenido de la norma ISO 1001101-1 sobre reglas generales para la auditoría de los sistemas de calidad y la cualificación de los auditores es plenamente conforme con el procedimiento de ISEC que está basado en la norma ISO 10011-2.

El documento normativo en el que se fundamenta la concesión del distintivo de confianza creado por el sistema de autorregulación que examinamos se basa en ocho grandes apartados que son los siguientes: 1) determinación del vendedor; 2) identificación del producto ofertado; 3) transparencia; 4) capacidad técnica para realizar el servicio; 5) respeto a la protección de datos personales; 6) seguridad de las transacciones electrónicas; 7) seguridad de las instalaciones del sitio *Web* y; 8) ética y responsabilidades sociales.

Por último, advertir que el sello de calidad *E-com-quality-mark* representa una certificación cuya finalidad es la verificación de la actividad de comercio electrónico efectuada por un prestador de servicios de la Sociedad de la Información titular de un determinado sitio *Web*. Como todos los sistemas de autorregulación es una certificación de carácter plenamente voluntario regulada en virtud de un contrato celebrado al efecto entre, por un lado, un miembro de ESIC que realiza la auditoría y, por otro, la empresa que solicita la verificación de su sitio *Web* con la finalidad de exhibir el sello de calidad siendo, en cualquier caso, totalmente coincidentes las condiciones y los procedimientos precisos para su obtención con independencia del organismo de certificación.

El sistema de autorregulación también italiano *QWeb* constituye una creación de la entidad *Certificazione Italiana Sistema di Qualita –CISQ*– con la colaboración de *Certicommerce*. A modo de dato de interés procede advertir que la entidad *CISQ* es un grupo formado por once entidades italianas cuya actividad empresarial es, precisamente, la certificación.

El procedimiento para la certificación consta de cuatro fases diferenciables que son: 1) cumplimentación de los documentos de solicitud establecidos; 2) análisis del cumplimiento de los requisitos que posteriormente veremos y revisión de documentos a través de una vista preliminar de la que se derivará un informe previo; 3) verificación del cumplimiento total de los presupuestos establecidos; 4) decisión final sobre la concesión de la certificación.

Para que se posibilite la exhibición del sello de calidad, el prestador de servicios deberá acreditar que cumple con las exigencias fijadas en el documento en que

se fundamenta la estimación favorable cuyos apartados versan sobre diferentes cuestiones: 1) identificación del distribuidor; 2) suministro de determinada información en el sitio *Web* del empresario; 3) establecimiento de medidas que garanticen que los pedidos de los compradores son procesados según lo establecido en el sitio *Web*; 4) procesamiento de la información personal del consumidor y/o usuario; 5) seguridad; 6) responsabilidad social; 7) sugerencias, quejas y acciones de mejora.

Cuadro sinóptico de los códigos de conducta y sellos de confianza existentes en los Estados analizados

.

País	Nombre	Dominio	Logotipo	Empresas adheridas B2C	Mecanismo Extrajudicial de Resolución de conflictos	Revisión
	Trusted Shops	www.trustedshops.de	A COPS	2050	S	Anual
នាំ	Bonicert	www.bonicert.de	Ser source services	200	∞	Anual
insməlA	Internet Privacy Standards	www.datenschutz-nord.de	And Andrews	16	0N	Bianual
	Shoplupe	www.shoplupe.com		10	οN	Anual
	Din Tested Website	www.dincertco.de	NIO	No especificado	SS	Anual
	TUVdotCOM	www.tuv.com/de	Constitution of the state of th	No especificado	SS	Anual

Revisión	Anual	Anual	Anual	Trianual		Anual
Mecanismo Extrajudicial de Resolución de conflictos	ïS	<i>∞</i>	SS	SS	S	୪୪
Empresas adheridas B2C	No especificado	80	213	S	2	102
Logotipo		Andrew Control of the	THE STATE OF THE S	ARNOR AND		CONFIANZA
Dominio	www.sicher-einkaufen -im-internet.de	www.safer-shopping.de	www.shopinfo.net	www.aenor.es	www.agace.com	www.confianzaonline.es
Nombre	TÜV Online Check	Safer Shopping	EHI Euro-Label y EHI bvh Label	Aenor	Agace	Confianza Online
País		sinsməlA		1	Españs	

País	Nombre	Dominio	Logotipo	Empresas adheridas B2C	Mecanismo Extrajudicial de Resolución de conflictos	Revisión
	E-Confia	www.econfia.com	confia	19	SS	Semestral
gue	E-Web	www.ayudaconsumidores.info	CONFINCA	0	S	Trimestral
EsI	Optima Web	www.anetcom.es	Tunds)	19	S	Anual
	Euro-Label España	www.confespacomercio.com/	Label	1	S	Anual
si	Fiducia	www.progettoffducia.it	FIDUCA PADOCA PA	435	SS	Anual
lfall	Q-Web	www.qwebmark.it		62	No	Anual

País	Nombre	Dominio	Logotipo	Empresas adheridas B2C	Mecanismo Extrajudicial de Resolución de conflictos	Revisión
	NetQuality	www.isec.it	Neguality	12	No	Anual
RilaH	E-com-quality-mark	www.e-com-quality-mark.it		54	οN	Anual
	Euro-Label Italy	www.euro-label.org	encorna	4	SS	Anual

V. Valoración crítica sobre el actual escenario tanto de códigos de conducta como de sellos de calidad en el espacio comunitario

El exceso tanto de códigos de conducta como de sellos de confianza en materia de comercio electrónico que a nivel comunitario existen, puede llegar a resultar contraproducente, tanto para los consumidores —que desconcertados ante tal profusión, llegarán a dudar de su utilidad pudiendo, incluso, hasta desconfiar de los mismos— como para los mismos empresarios—que podrán caer en el descrédito o ser obligados, por el curso natural del mercado, a estar en varios, con el correspondiente gasto que ello podrá acarrear derivado de los requerimientos económicos necesarios para el mantenimiento de cada uno de ellos—.

En un mercado comunitario con un número excesivamente elevado tanto de códigos de conducta como de sellos de calidad se genera una hiperinflación de los sistemas de confianza dando lugar a que, por un lado, los instrumentos frutos de la autorregulación pierdan la eficacia para la que originariamente han sido concebidos, no discriminando adecuadamente a los prestadores de servicios adheridos. Y, por otro, terminen causando un efecto contrario para el que, en un principio, fueron diseñados, pues, en lugar de generar confianza, pueden llegar a ser, en el mejor de los casos, inútiles —ya que, ante tal cantidad de signos distintivos, el público no conocerá su utilidad— e, incluso, ser causantes, como decimos, de una cierta desconfianza —porque el destinatario puede creer que detrás de los mismos tan sólo se esconden apariencias de buenas prácticas, cuando la realidad podrá ser bien distinta—.

En cualquier caso, entendemos que la propia dinámica del mercado electrónico hará que se evolucione hacia la armonización europea. Tal objetivo no se alcanzará de manera inmediata sino que habrán de seguirse ciertos pasos. Así, creemos que en una primera fase se aprobarán códigos sustentados por organizaciones de gran representatividad que tengan por asociados a un número suficientemente de prestadores de servicios del sector de que se trate para, posteriormente, surgir códigos supranacionales propuestos por asociaciones en las que, a su vez, se integren las organizaciones nacionales. A nuestro juicio, nos encontramos ante un escenario en el que la actuación de los agentes sociales de carácter privado será determinante a fin de alcanzar, progresivamente, un ámbito territorial más amplio, pero, asimismo, será relevante la actuación que el sector público, encarnado tanto en los propios Estados nacionales como en las instituciones comunitarios, deberá poner en práctica, precisamente, para tratar de dirigir la autorregulación hacia la armonización europea.

Debemos, en cualquier caso, advertir que las políticas de armonización de la Unión Europea, sobre todo en materia de comercio electrónico, deben ser más consecuentes. Quizás lo más realista, al menos en el corto y medio plazo, sería poner los medios para conseguir una relativa uniformidad de los códigos de conducta que en el espacio europeo existen en materia de comercio electrónico.

Hemos de ser conscientes que la eficiencia de un sistema de alcance comunitario que supere las carencias del *Euro-Label* dependerá, en gran medida, de la iniciativa y de los esfuerzos que los sistemas de autorregulación nacionales inviertan en el proceso de creación de aquel sistema de autorregulación comunitario.

Cuanto hemos advertido resulta observable en Alemania, España e Italia. En efecto, en tales países europeos, existe una extraordinaria hiperinflación de códigos de buenas prácticas en el ámbito del comercio electrónico, lo cual, como venimos manifestando, resulta desconcertante tanto para los propios prestadores de servicios de la Sociedad de la Información que pueden tener intención en adherirse a los mismos como para los propios consumidores y/o usuarios que los visionen que, al fin y al cabo, son los destinatarios finales de tales estructuras de confianza. Por lo que a los primeros se refiere, pueden, a efectos prácticos, tener dudas de cuál es la opción más oportuna, para alcanzar la plena confianza del consumidor. Por lo que a este último se refiere, como hemos visto, los códigos de conducta y sellos de confianza son desconocidos para un importante porcentaje. Los esfuerzos que a tales efectos se realizan por parte de las entidades promotoras de los sistemas de autorregulación se ven completados, con buen criterio, por ciertas actuaciones acometidas tanto a escala nacional como comunitaria.

La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red*

Una reflexión sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red y una crítica a la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación

Teresa Rodríguez de las Heras Ballell**

SUMARIO: I. Los principios generales del Derecho de la contratación electrónica y las reglas de la responsabilidad. II. Los estratos de la intermediación en la Red y la responsabilidad de los intermediarios: una valoración crítica. II.1 Los estratos de la intermediación en la Red. II.2. La noción de intermediario. II.3. La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación: una valoración crítica. a. Aliviar la incertidumbre. b. Reglas de atribución, condiciones de exoneración o de exclusión de la responsabilidad o deberes de actuación. c. Nuevos espacios de incertidumbre: la aplicación de las condiciones para la exclusión de la responsabilidad. III. Conclusiones

Resumen

La progresiva sofisticación de la Red ha ido requiriendo nuevas formas de intermediación que distan de desempeñar una función sencillamente instrumental, pasiva y neutra como la que contempla la normativa al regular la responsabilidad de los

Recibido: 12/7/2010 • Aceptado: 5/8/2010

* Un trabajo más extenso sobre responsabilidad civil y actividades de intermediación en la Red ha sido presentado por la autora en el *I Congreso Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnologías y Nanotecnología,* organizado por la SEAIDA (Sección Española de la AIDA), 15-16 abril 2010, Fundación Mapfre, Madrid, y está en el momento de presentar este artículo todavía pendiente de publicación bajo el título "Intermediación en la Red y Responsabilidad Civil", en la Revista Española de Seguros, núm. 142, 2010.

** Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Grupo de Trabajo Internacional *Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguro* de la AIDA – Asociación Internacional de Derecho del Seguro.

ISSN: 1317-9306

prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información. Desde las reglas generales de la responsabilidad se entienden (y se resuelven) mejor los nuevos estratos de intermediación en la Red -accesibilidad, visibilidad y credibilidad -.

Palabras clave: Prestadores de servicios de la sociedad de información. Responsabilidad. Servicios de intermediación. Accesibilidad. Visibilidad. Credibilidad.

Abstract

As long as Internet is becoming more and more sophisticated, new forms of intermediating services and intermediaries are needed. Those new intermediaries do not provide merely technical, instrumental and passive services as those contemplated by legislation on information society services. Therefore, general liability rules are better suited to deal with liability matters concerning the new layers of intermediation in Internet: accessibility, visibility and credibility.

Key words: Internet Service Providers. Information Society Services. Liability. Accessibility. Visibility. Credibility.

I. Los principios generales del Derecho de la contratación electrónica y las reglas de la responsabilidad

A medida que las relaciones sociales y la actividad económica han ido migrando¹, en un proceso constante e imparable, al espacio digital, la cuestión de su regulación ha venido implicando una previa apreciación de la suficiencia y la adecuación de las reglas preexistentes al nuevo entorno. El verdadero reto que representa la sociedad de la información, la emergencia y consolidación de Internet, la penetración de las tecnologías de información y comunicación en las relaciones sociales y las actividades económicas es precisamente la duplicación del espacio. Junto al espacio analógico o natural emerge un nuevo espacio, el espacio digital, junto al mundo de los átomos, el mundo de los bits². Por eso, la apasionante tarea que corresponde llevar a cabo es la de, una vez que entendemos el fenómeno en el que nos encontramos inmersos, iniciar la aplicación de las reglas preexistentes y apreciar su adecuación y suficiencia en un espacio nuevo.

Este trabajo está, por tanto, dirigido a reflexionar sobre la suficiencia y la adecuación de las reglas generales de la responsabilidad en el nuevo entorno y, en particular, en relación con las calificadas como actividades o servicios de intermediación. Ello implica retomar el principio de inalteración del Derecho

¹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Antonio, "La migración digital", *TELOS. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 61, octubre-diciembre 2004, pp. 4-6.

² Empleando la ya famosa metáfora de NEGROPONTE, Nicholas, *El mundo digital. El futuro que ha llegado*, Barcelona: Ediciones B, 2000.

preexistente³ y repensar la extensión y la intensidad con que debe operar en el espacio digital, revisitar los principios fundamentales del derecho de la contratación electrónica⁴.

Una adecuada aplicación de este principio de no alteración del Derecho preexistente debidamente combinado con el principio de equivalencia funcional debe evitar dos efectos poco deseables. De un lado, que una aplicación excesivamente rigurosa e inflexible sugiera la necesidad de formular nuevas reglas ante lo que se interpretan como especialidades del nuevo entorno, derivando en una "exuberancia normativa" muy poco conveniente. De otro lado, que pretendiendo garantizar un mimético cumplimiento del principio de no alteración del Derecho preexistente la equivalencia funcional se convierta en un rígido molde que derive más bien en una mal interpretada simetría estructural, a la que ya nos hemos referido críticamente en otro lugar⁵. La técnica legislativa que se ha llamado de la equivalencia funcional llegaría así a condicionar las soluciones que en la práctica han ido adoptando los operadores, hasta el punto de llegar a ocasionar, como directriz política, una cierta rigidez en la evolución tecnológica, social y económico-empresarial. Si una aplicación inadecuada del principio de equivalencia funcional, forzada por una inspiración ciega y obsesiva del principio de inalteración del Derecho preexistente, no permite la realización de todas las posibilidades de los medios electrónicos con respecto a un único fin, se convertirá en un lastre.

La decisión de abordar el tema de la responsabilidad desde el replanteamiento de los principios fundamentales viene animada por la existencia de unas reglas específicas en la normativa nacional y comunitaria sobre la responsabilidad para los prestadores de servicios de intermediación que crea una primera impresión de desviación del principio de inalteración del Derecho preexistente que conviene comprobar y valorar con cierta cautela. Razones de oportunidad o de operatividad práctica de la actividad regulada pueden aconsejar el establecimiento de reglas distintas o sencillamente la concreción de las reglas comunes en supuestos concretos para estimular la seguridad en el tráfico, pero no implican necesariamente la conveniencia técnica de desviarse del régimen general.

- 3 Sobre los principios del Derecho de la contratación electrónica, es esencial la obra del profesor Rafael ILLESCAS ORTIZ, ya en su segunda edición, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid: Civitas, 2009.
- 4 ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Los principios de la contratación electrónica, revisitados", en MADRID PARRA, Agustín; GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Coords.), Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 21-38.
- 5 Con los profesores Marta GARCÍA MANDALONIZ y Manuel ALBA FERNÁNDEZ, en "Electronificación de documentos de transporte aéreo de mercancías: el proyecto *e-freight*", *Derecho de los Negocios*, núm. 184, enero 2006, pp. 23-32.

Conforme a tales consideraciones, en el presente trabajo, utilizando el tan evidente, por tipificado, ejemplo del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, se cuestiona precisamente la conveniencia de esta regulación, se valora su alcance con respecto al régimen general y se aportan algunas reflexiones críticas (*infra* II.3). Este análisis y sus principales conclusiones están determinados por una particular propuesta sobre las diversas manifestaciones de las actividades de intermediación que la evolución del entorno electrónico ha ido sedimentando en su particular datación geológica y que hemos denominado los "estratos de la intermediación en la Red" (en particular, *infra* II.1.) diseñada a partir una pragmática noción de intermediario (*infra* II.2.).

II. Los estratos de la intermediación en la Red y la responsabilidad de los intermediarios: una valoración crítica

El interés por reflexionar, a partir de los principios fundamentales del Derecho de la contratación electrónica, sobre la adecuación y la suficiencia de las reglas generales de la responsabilidad en relación con la actividad de intermediación en la Red se apoya en dos consideraciones.

De un lado, el hecho de que el legislador (nacional y regional) haya considerado procedente la formulación de reglas específicas referidas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Nos referimos fundamentalmente a los artículos 14 a 17⁶ de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de*

- 6 A pesar de su considerable extensión, transcribimos a continuación las cuatro disposiciones citadas para facilitar el seguimiento del análisis que de tales artículos se hace a lo largo del texto: *Artículo 14. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.*
 - "1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello".

Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.

"Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante, LSSI)⁷ que trasponen generosamente al ordenamiento jurídico español

- c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.
- d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:
- 1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.
- 2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o
- 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella".

Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

- "1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:
- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.
- 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador". Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.
 - "1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:
 - a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
 - b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos".
- 7 BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002. Conforme a la corrección de error en BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2002; y con las modificaciones introducidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

los artículos 12 a 15 de la *Directiva sobre comercio electrónico*⁸ que tienen sus antecedentes más directos en la previa regulación estadounidense sobre la materia⁹. Una regulación específica que puede crear inevitablemente la impresión de que, siendo insuficientes o inadecuadas las reglas preexistentes, era preciso y conveniente establecer un régimen propio para estos intermediarios. A una valoración crítica de esta regulación dedicamos los epígrafes siguientes.

De otro lado, el convencimiento de que las actividades de intermediación representan una de las piezas esenciales del funcionamiento de la Red, ya no sólo en su configuración más básica como operadores de la infraestructura tecnológica que soportan la arquitectura del entorno, sino como proveedores de otros servicios que aportan un importante valor añadido y que distan mucho de ser esas actividades instrumentales, neutras y pasivas que contempla la normativa referida. En lo que hemos decidido denominar *los estratos de la intermediación en la Red -accesibilidad, visibilidad y credibilidad-*, la intermediación técnica se refiere al primer estrato, el más básico y esencial, el que asegura la accesibilidad. Pero el desarrollo más complejo y prometedor en la Red se proyecta sobre los otros dos estratos que reclaman el ofrecimiento de servicios que refuerzan la visibilidad y la credibilidad.

- 8 Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), (DO L178, de 7 de julio de 2000, p. 1). Efectivamente, la Sección 4ª del Capítulo II de la Directiva sobre comercio electrónico emplea como rúbrica "Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios" y regula bajo este régimen de responsabilidad específico exclusivamente las actividades de transmisión de datos y provisión de acceso ("mere conduit", artículo 12), el almacenamiento automático y provisional de datos ("caching", artículo 13) y el alojamiento de datos ("hosting" artículo 14), es decir, actividades de pura intermediación. Esta distinción que pudiéramos deducir de la estructura del articulado, se hace patente de forma expresa en los Considerandos 42, 43 y 44 de la Directiva en los que se justifica el especial régimen de responsabilidad previsto para los prestadores descritos, en la naturaleza meramente técnica, automática y pasiva de su actividad de intermediación. En el mismo sentido se pronuncia el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva (DOCÉ C 169, de 16 de junio de 1999, p. 38), en el que insiste en limitar el régimen de irresponsabilidad, condicionado a las actividades de "intermediario" (apartado 2.2.4.) pues entiende que la responsabilidad debe recaer en primer término en los 'creadores" de la información (apartado 4.11.2). Sin embargo, la LSSICE no parece adoptar con tanta contundencia esta distinción entre las dos categorías de prestadores. Primero, porque bajo una rúbrica más genérica, "Régimen de responsabilidad", incluye un primer precepto (artículo 13.1) en el que establece una regla general de responsabilidad para todos los prestadores, y, segundo, porque en su artículo 17 incluye la regulación de un tipo de actividad que no aparece recogida en la Directiva, la provisión de enlaces a contenidos o de dispositivos de búsqueda, cuya condición de intermediación técnica pura es mucho más dudosa.
- 9 Un regulación bicéfala que se concretaba básicamente en *Communications Decency Act* de 1996 que integra la Parte V de la *Telecommunications Act* (Pub. L. 104-104, 110 Stat. 56 (codified at 47 U.S.C. 230) y la *Digital Millenium Copyright Act*, Pub. L. Nº 105-304, 112 Stat 2860 (October 28, 1998) (codified at 17 U.S.C. 512).

II.1. Los estratos de la intermediación en la Red

Los servicios de intermediación recogidos en los artículos 14 a 16 LSSI (mera transmisión y provisión de acceso, copia temporal, alojamiento de datos) pertenecen al primer estrato de la intermediación destinado a asegurar la accesibilidad a los contenidos. Su prestación es esencial para que la infraestructura de la Red opere. Pero pronto se percibió que "estar" en la Red significa muy poco. Lo importante es "estar visible", es decir, dado el funcionamiento de los servicios de la sociedad de la información (Anexo de la LSSI), ser visto, ser llamado, ser buscado, por el usuario. A nuestro entender, por tanto, los servicios previstos en el artículo 17 LSSI no son siempre comparables a los regulados en las disposiciones anteriores porque, en ocasiones, aportan más que accesibilidad, proporcionan visibilidad¹⁰. Si a la vertebral función de búsqueda se añaden otros servicios de valor añadido como, por ejemplo, los enlaces patrocinados de Google (*Adwords*)¹¹ las dificultades interpretativas sobre su encaje en alguno de los artículos referidos de la LSSI se disparan, a la vez que la función de visibilidad de estos servicios se hace mucho más evidente.

- 10 Por ello, ya propusimos en otro lugar una redefinición de la noción legal de prestador de servicios de la sociedad de la información, optando por un modelo tripartito: proveedores de contenidos, intermediarios técnicos y una nueva categoría de intermediarios de contenidos. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Marcial Pons, 2006, Capítulo 3, sección 3.1.B.
- 11 Con ocasión de las conclusiones del Abogado General, de 22 de septiembre de 2009, en los asuntos C-236 a 238/08 que enfrentan a Google con varios titulares del marca ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, se plantea una interesante reflexión sobre la extensión del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de búsqueda y su compatibilidad con el Derecho de Marcas. Los asuntos mencionados se refieren a cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour de Cassation de Francia en tres litigios en las que una serie de compañías titulares de marcas demandaban a Google por su sistema de publicidad Adwords en el que se basan los enlaces patrocinados. Según la opinión del Abogado General, no resulta aplicable la exención de responsabilidad por alojamiento de datos prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE al sistema de Adwords porque Google no es neutral respecto a los contenidos ofrecidos como enlaces patrocinados. De acuerdo con las conclusiones del Abogado General, Google tendría interés directo en que los usuarios accedan a los contenidos mostrados como anuncios patrocinados por efecto de su relación con los anunciantes, a diferencia de los resultados de la búsqueda en general respecto de los cuales Google no tendría interés directo. El conflicto y la eventual responsabilidad de Google surgen cuando en el marco del sistema Adwords, los anunciantes, al contratar palabras relacionadas con su actividad, eligen una palabra clave que coincide con una marca registrada con el fin de realizar actividades que pueden perjudicar al titular. Los términos y condiciones del servicio Adwords prohíben expresamente este comportamiento y, de hecho, facultan a Google a resolver el contrato tan pronto como tenga conocimiento de esta vulneración. Sin embargo, al ser Adwords un servicio automatizado que funciona sin intervención humana, en el que el anunciante puede seleccionar las palabras que desee, Google no tiene capacidad para supervisar el contenido de las campañas. Si tenemos en cuenta, de un lado, el número de campañas que se realizan mediante Google Adwords y, de otro, las propias condiciones de protección de los signos distintivos - elevadísimo número de marcas registradas, protección territorial, principio de especialidad, posibles licencias que autoricen el uso-, es absolutamente

Finalmente, conseguida la visibilidad y supuesta la accesibilidad, uno de los activos más escasos en el espacio digital es precisamente la credibilidad. El aluvión informativo que significa el acceso al entorno electrónico debilita la confiabilidad de datos, contenidos e informaciones. Por ello, el funcionamiento adecuado de la Red, ya no en su nivel técnico, sino en el sustantivo o material, requiere la emergencia de figuras, técnicas y herramientas generadoras de credibilidad. Este es ya, sin duda, el activo más valioso en el estado actual de la Red.

La progresiva sofisticación de la Red, la expansión de las actividades, el enriquecimiento de los contenidos y la mayor complejidad de las relaciones requieren, por tanto, nuevas y más complejas formas de intermediación, que se superponen a las dirigidas a proporcionar mera accesibilidad y que distan mucho de cumplir una función sencillamente instrumental, pasiva y neutra. Se conforman así lo que hemos denominado los diversos *estratos de la intermediación en la Red* que reflejan la natural evolución del nuevo medio y responden a tres funciones básicas: asegurar la accesibilidad, proporcionar visibilidad y generar credibilidad.

Los artículos 14 a 17 LSSI no contemplan todas estas formas de intermediación, tan sólo lo hacen parcialmente con respecto a los servicios destinados a proporcionar accesibilidad. Significa esto que esta regulación específica no representa un régimen único y compacto, además de especial, de las actividades de intermediación en la Red, al menos tal y como las hemos definido. Consecuentemente, y como innecesariamente recuerda el artículo 13.1 LSSI, deberemos confiar en las reglas generales de la responsabilidad para resolver las cuestiones que la intermediación plantee. Además de esta primera conclusión, en el estricto marco definido por el ámbito de aplicación de los artículos 14 a 17 LSSI conviene hacer sobre el régimen legal algunas consideraciones críticas (*infra* II.3.). Antes de ello, sin embargo, vamos a reforzar nuestro concepto de intermediario a partir de un enfoque económico (*infra* II.2.).

II.2. La noción de intermediario

La noción de intermediario en el contexto de la regulación del comercio electrónico no aparece vertebrada por una función de intermediación en el sentido jurídico. Ciertamente también la Red ha visto el desarrollo de puras actividades de intermediación en y para la negociación y la contratación. De hecho, lejos de la idea preconcebida de que la Red implicaría la desaparición

imposible establecer controles preventivos en el sistema Adwords que evite la colisión. Por otro lado, no parece razonable estimar que el natural funcionamiento de las campañas publicitarias según las características indicadas impliquen un interés directo de Google, que estaría potencialmente presente en cualquier prestador de servicios, capaz de desvirtuar la exención de responsabilidad prevista en la Directiva.

del intermediario muchas actividades de intermediación se han perpetuado (distribución, mediación, comisión y agencia), aunque otras se han redefinido o han desaparecido. Para definir los estratos de la intermediación, empleamos, sin embargo, la figura del intermediario en sentido económico.

En contradicción con los modelos teóricos de competencia perfecta, compradores y vendedores no disponen de información perfecta, completa¹², equivalente¹³ ni objetiva¹⁴ sobre los servicios y productos del mercado, objeto de sus transacciones. Ante este panorama de información asimétrica la figura de los intermediarios despliega un esencial papel polifacético. Si analizamos la literatura económica sobre la intermediación descubrimos cómo las funciones asignadas y las eficiencias derivadas de la actividad de los intermediarios coinciden sustancialmente con los estratos de la intermediación. Esta constatación

- 12 La racionalidad limitada ha sido definida por Herbert SIMON: "(t)he capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively racional behavior in the real world", *Models of Man*, New York: Wiley, 1957, p. 198 (consultada edición New York-London: Garland, 1987, también en p. 198). Esta racionalidad limitada se refiere tanto a los límites neurofisiológicos en la capacidad de recibir, almacenar y procesar información sin errores, como a los propios límites definitorios inherentes al lenguaje. De modo que, la posibilidad de identificar y prever todas las futuras contingencias y especificar *ex ante* las medidas de adaptación y reacción se convierte en una tarea altamente costosa y prácticamente imposible.
- 13 Frente a la visión ideal de la teoría microeconómica, el enfoque de los costes de transacción, alimentado por las teorías económicas de la organización (los fallos del mercado, el hombre administrativo, el comportamiento estratégico), detecta ciertos fallos en el mercado determinados por factores transaccionales, entre los que se encuentra la incertidumbre, la racionalidad limitada, el oportunismo y las asimetrías de información. En realidad, el enfoque transaccional asume que el sistema económico genera e implica costes, especialmente los costes de adaptación eficiente a la incertidumbre. Además, se construye sobre una serie de presupuestos comportamentales que determinan de forma más realista y menos mecánica el proceso de toma de decisiones, asumiendo los atributos de la racionalidad limitada y el oportunismo. Ante este panorama, mercado y organización son instrumentos alternativos para completar un conjunto de transacciones. Las asimetrías de información reflejan aquellas situaciones en las cuales una de las partes de la transacción dispone de información a la cual, la otra parte tan sólo podría acceder asumiendo un coste o, incluso, para quien es inaccesible. WILLIAMSON, Oliver E., "The Economics of Antitrust: Transactions Costs Considerations", 122 U. Pa. L. Rev., 1973-1974, pp. 1439-1496.
- 14 En contra de los modelos neoclásicos, que sostienen la objetividad de la información, HAYEK aportó una visión mucho más relativista sobre la capacidad de apreciación de la información. De acuerdo con su perspectiva subjetivista, el verdadero problema del conocimiento radica precisamente en la imposibilidad de conocer con seguridad la calidad de los productos y su capacidad de alineación con las preferencias del comprador. De esta visión de realismo deriva HAYEK su noción de competencia –destrucción creativa shumpeteriana- entendida como un proceso abierto de experimentación de "hipótesis falibles" para tratar de ajustarse a las preferencias de los compradores-consumidores. HAYEK, Friedrich A., "The meaning of competition", en *Individualism and Economic Order*, Chicago: Henry Regnery, 1972, pp. 92-106; "Competition as a Discovery Procedure", empleada la traducción a cargo de Marcellus S. SNOW publicada en *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 5, nº 3, Fall 2002, pp. 9-23 de su conferencia "Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren" pronunciada en 1968 en el *Institut für Weltwirtschaft* de la Universidad de Kiel y publicada en el número 56 de *Kieler Vorträge*.

se sustenta en el trasvase de funciones de los antiguos intermediarios a los nuevos intermediarios en el entorno digital. Tradicionalmente, los intermediarios solventan los fallos del mercado a través de las siguientes funciones¹⁵:

- a). Agregación. La intermediación reduce hasta m + n las múltiples relaciones (m x n) entre (m) compradores y (n) vendedores transformándolas en relaciones bilaterales a través de su mediación, es decir, centralizándolas. Consecuentemente, se reducen los costes de transacción, permitiendo el aprovechamiento de las economías de escala. Esta función es destacable en los modelos de agregación como los supermercados financieros o los *onestop-shopping*.
- b). Credibilidad, confianza y factores reputacionales. Los intermediarios desempeñan una labor esencial de dotación de confianza a las transacciones en entornos con asimetrías de información¹⁷. La dificultad de los compradores para discriminar los productos por su calidad y los vendedores por su credibilidad es origen de un fallo en el mercado, fuente de una externalidad que da lugar a comportamientos oportunistas¹⁸ situación de divergencia de incentivos típica de una relación de agencia¹⁹ o de disparidad de información sobre la calidad
- 15 Exponemos una relación simplificada de las posibles funciones de los intermediarios de acuerdo con BAILEY, Joseph P. & BAKOS, Yannis, "An Exploratory Study of the Emerging Role of Electronic Intermediaries", *Int. J. Electronic Commerce*, vol. 1, nº 3, Spring 1997, pp. 7-20, para permitir una comparativa más directa con las nuevas funciones de los intermediarios electrónicos.
- 16 Este efecto es conocido en la teoría de la intermediación como "efecto Baligh-Richartz". Reiterando la explicación que hemos expuesto en el texto: si en un mercado hay m compradores y n vendedores, son necesarias $m \times n$ relaciones. La posición central del intermediario reduce las relaciones necesarias a m+n. En mercados con numerosos compradores y vendedores compruébese como pierde sentido la intermediación si m y/o n son igual a 1 y como no supone ventaja alguna cuando m y n son iguales a 2-m+n es sustancialmente menor que $m \times n$, lo que supone una considerable reducción de los costes de transacción.
- 17 De ahí la esencial posición desempeñada por los denominados "intermediarios reputacionales" en los mercados de valores, lastrados por fuertes asimetrías de información. Este tipo de intermediarios adoptan fisonomías bien distintas, auditoras, bancos de inversión, despachos de abogados y bolsas de valores; todas ellas vertebradas, no obstante, por una común directriz funcional: limar las asimetrías. BLACK, Bernard S., "The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets", 48 *UCLA L.Rev.*, 2000-2001, pp. 781-855, al respecto, pp. 786-789; GILSON, Ronald J., KRAAKMAN, Reinier, "The Mechanisms of Market Efficiency", 70 *Va.L.Rev.*, 1984, pp. 549-644, en pp. 595-609 y 613-622 (en referencia a los bancos de inversión), quienes estudian la función de los intermediarios en el mercado de valores como técnica para reducir los costes de verificación de la información.
 - 18 WILLIAMSON, Oliver, Markets and Hierarchies, New York: Free Press, 1975.
- 19 FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C., "Agency Problems and Residual Claims", *J.L.&Ec.*, vol. 26, June 1983, pp. 327-349; JENSEN, Michael C., MECKLING, William H., "Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *J.Fin.Ec.*, vol. 3, num. 4, October 1976, pp. 305-360.

propia de un mercado de "cacharros" –(markets for "lemons")²⁰-. La figura de los intermediarios representaría así un mecanismo del mercado en sectores donde los operadores tienen dificultades para construir su reputación²¹. En una situación de competencia entre intermediarios, será la reputación de éstos la que permita la discriminación de los compradores, produciendo así una transferencia de reputación de los vendedores a los intermediarios. Además, los intermediarios pueden contribuir a un reparto más eficiente del riesgo, asumiendo su parte en las relaciones compradores-intermediarios-vendedores. Los portales, los anuarios especializados o el empleo de la técnica de enlaces transmiten al usuario un factor añadido de credibilidad. A su vez, en la competencia en el mercado, estos intermediarios compiten entre sí con elementos reputacionales, es decir, fiabilidad, profesionalidad, especialización,

20 El primer trabajo que ha planteado las cuestiones sobre asimetrías de información relativas a la calidad en este tipo de mercados ha sido el de George AKERLOF, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 80 Q.J.Econ., 1970, pp. 488-500. El planteamiento del problema y sus resultados son esclarecedores. La fuerte disparidad informativa entre vendedores y compradores de automóviles de segunda mano provoca un incompatible conjunto de percepciones que desemboca en la imposibilidad de alcanzar un equilibrio entre oferta y demanda. La existencia de automóviles de buena y mala calidad en el mercado de segunda mano da lugar a que el potencial comprador ajuste su valor esperado a un valor medio que está dispuesto a pagar. El problema es que este precio está muy por debajo del precio al que estarían dispuestos a vender sus "gangas" los propietarios de los automóviles de segunda mano de buena calidad. A su vez, si los compradores potenciales supieran entonces que en el mercado sólo se ofrecen "cacharros", ni siquiera estarían dispuestos a pagar el precio medio que habían calculado. La fuente de esta incomprensión entre oferta y demanda se encuentra en que la venta de automóviles de mala calidad en el mercado de segunda mano afecta a la percepción de los compradores de la calidad del automóvil medio, reduciendo así el precio que estarían dispuestos a pagar. Esta externalidad provoca un fallo en el mercado. El mero hecho de poner a la venta un automóvil está lanzando al mercado una señal sobre su baja calidad, pues pensaríamos que aquellos productos que se encuentran en peor estado son de los que su propietario se quiere desprender con más facilidad y rapidez. Esta percepción hace muy difícil la venta de automóviles de buena calidad al precio al que sus propietarios estarían dispuestos a desprenderse. El problema del mercado de "cacharros" se enmarca en una categoría más amplia, el de la selección adversa. STIGLITZ, Joseph E., Economía, op.cit., pp. 545-550; VARIAN, Hal R., Microeconomía intermedia. Un enfoque moderno, 3ª edición, Barcelona: BOSCH, 1994, pp. 632-633.

21 Los conceptos de reputación y confianza, habitualmente tratados de forma vinculada, se han abordado desde diferentes posiciones teóricas con cautela y cierta imprecisión. En el contexto de la teoría de juegos, la reputación y la confianza, adquieren sentido en juegos secuenciales, en los que las partes recuerdan sus experiencias previas y actúan en las situaciones sucesivas en consecuencia (KREPS, DASGUPTA). Bajo la dogmática teórica y analítica de la economía de los costes de transacción, que, como sabemos, se construye sobre los presupuestos de racionalidad limitada y oportunismo, incorpora una nueva variable para la apreciación de la presencia e intensidad de la reputación y la confianza, el entorno. Es decir, el riesgo y la confianza no sólo dependen de los atributos de cada transacción sino además del contexto transaccional e institucional en que tengan lugar. La variable ambiental no es propiamente un factor exógeno en la medida que las medidas de salvaguardas óptimas para cada transacción dependen, en realidad, del entorno institucional en el que esté localizada. WILLIAMSON, Oliver E., "Calculativeness, Trust, and Economic Organization", 36 J.L.&Ec., num. 1, April 1993, pp. 453-486.

orientación ideológica o política, que ponen de manifiesto a través de "señales", prácticas, estrategias o comportamientos que tratan de reajustar la toma de decisiones en el mercado al transmitir información adicional sobre la calidad—garantías, compromisos, asunción de responsabilidad—. Los servicios de certificación y emisión de sellos de garantía, las diversas modalidades de rating tanto en entornos abiertos como cerrados (como mecanismo de "autocontrol" en redes sociales, redes P2P, plataformas de contratación o subastas electrónicas) representan la intermediación por generación de confianza, esto es, prestar servicios dirigidos a reforzar la credibilidad.

- c). Facilitación de las relaciones. Los intermediarios facilitan la interacción entre compradores y vendedores coordinando el proceso de intercambio de información, que es un proceso costoso, "traduciendo" –es decir, adaptando, añadiendo valor— la información, reduciendo los costes de procesamiento y aportando servicios asociados de manera centralizada –por ejemplo, sistemas de liquidación y compensación en los mercados bursátiles—. Fácil es deducir que es ésta una función determinante de las plataformas electrónicas de contratación o *e-marketplaces*²².
- d). *Matching*. Localizar el vendedor adecuado a las preferencias del consumidor y encontrar los clientes objetivos dada la oferta del vendedor, aporta un enorme valor añadido²³. Los buscadores y los *shopbots* son ejemplos paradigmáticos en el desempeño de esta función de *matching*.

Todas estas funciones, con mayor o menor intensidad y tomando una apariencia más o menos reconocible, componen la definición teórica de intermediario, pero sus ingredientes se dosifican de forma distinta en cada uno de los ejemplos de las categorías propuestas.

²² Extensamente, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces), op.cit.

²³ La auténtica potencialidad de las nuevas tecnologías no radica en la mayor disponibilidad de la información, ni siquiera en la mayor rapidez de su acceso, sino en la posibilidad de garantizar la atención de los agentes relevantes en las transacciones económicas. Ya advertía el premio Nobel Herbert Simon que "la riqueza de información crea la pobreza de atención". Y, sin duda, la atención se ha convertido hoy en un bien escaso, en una "commodity", "en torno a la cual ha de girar cualquier estrategia comercial en el ciberespacio" – ONTIVEROS, Emilio, *La economía en la red: nueva economía, nuevas finanzas*, Madrid: Taurus, 2001, pp. 48 y 49. La función de los intermediarios incide directamente sobre esta variable atenuando su efecto obstaculizador.

II.3. La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación: una valoración crítica

Con lo hasta aquí argumentado pretendemos disipar la opinión de que las actividades de intermediación en la Red requieren un régimen específico de responsabilidad y que tal régimen es el proporcionado por los artículos 14 a 17 LSSI. Primero, porque, al menos en nuestra opinión, esta regulación no cubre todas las actividades de intermediación relevantes en el funcionamiento de la Red que quedan así remitidas al régimen general sin aparente especialidad alguna. Segundo, porque la complejidad creciente de los modelos empresariales y la sofisticación progresiva de los productos y servicios convierten la subsunción de estas realidades en el estrecho molde legal en una tarea nada pacífica. ¿Presta Google mediante su servicio de enlaces patrocinados un simple servicio de alojamiento de datos? ¿Cómo entender la operativa de una red P2P centralizada? ¿Es un servicio de alojamiento de datos o un servicio de búsqueda o una verdadera provisión de contenidos? ¿Es un foro un servicio de simple alojamiento de datos? ¿En tal caso, qué impacto tiene en la definición o en la aplicación de las condiciones de exclusión de la responsabilidad el hecho de que sea un foro moderado? ¿Responde la realización de un enlace tipo framing o tipo in-linking a la presunción de neutralidad que subyace en el artículo 17 LSSI? Son numerosas las preguntas que se plantean ya no sólo en relación con su ámbito de aplicación sino, sobre todo, en la interpretación de su alcance. Dedicamos así las siguientes líneas a realizar una valoración crítica de los artículos 13 a 17 LSSI²⁴.

24 Resumimos a continuación algunas características generales del régimen legal, algunas de las cuales desarrollaremos a continuación. Primera, al igual que la Directiva sobre comercio electrónico, significa una regulación horizontal de la responsabilidad, en la medida que se aplica a todo tipo de actividades ilícitas independientemente del bien o interés lesionado. Un tipo de regulación bajo estándares comunes que se valora positivamente por JULIA BARCELÓ, Rosa, "On-line Intermediaries Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks", ECLIP, EP 27028, 16 de diciembre de 1999 (deliverable 2.1.4.bis). Las reglas de exoneración de responsabilidad se refieren tanto a la responsabilidad civil como penal. En este sentido y en relación con la regulación comunitaria, se pronuncia CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, JÚLIÀ BARCELO, Rosa, "La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet", en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; JULIÀ BARCELÓ, Rosa, Derecho sobre Internet, Madrid (Libro electrónico BSCH), 2000, capítulo 12, p. 15. En cuanto a la regulación de la ley de transposición, CLEMENTE MEORO, Mario E., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", Borrador remitido por la Asociación de Profesores de Derecho Civil de las Ponencias para las XVI Jornadas de las Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas en Las Palmas de Gran Canaria, los días 24 a 26 de octubre de 2002, p. 69, considera que la regulación de los artículos 14 a 17 de la LSSICE se refiere tanto a la responsabilidad civil, como penal y también administrativa. Para esta última exclusión de la responsabilidad administrativa, el autor considera significativo la ausencia de referencia alguna a los citados preceptos en el esquema de infracciones y sanciones contenido en el Título VII de la Ley. Segunda, la estructura de los preceptos se compone de una regla general de exoneración de responsabilidad y una serie de excepciones a tal regla, lo que determina que la responsabilidad de estos prestadores sea excepcional.

a. Aliviar la incertidumbre

La intermediación es, sin lugar a dudas, una actividad clave para el desarrollo de Internet. Por ello, una excesiva carga derivada de la incertidumbre acuciante de posibles demandas de responsabilidad en el desempeño de su actividad mediadora pudiera desincentivar esta actividad y hundir con ella el despegue de la Nueva Economía. La jurisprudencia había mostrado, cuando no dubitación y contradicciones en sus decisiones²⁵, una actitud que, lejos de ser permisiva, veía en los intermediarios un posible centro de imputación de responsabilidad más próximo, solvente y conocido para resarcir los daños producidos²⁶ –dadas las posibilidades de anonimato que la Red permite—. Compuserve GmbH fue declarada responsable por ciertos *newsgroups* de contenido ilícito²⁷, en el asunto

Esta excepcionalidad supondría para algunos autores que la carga de la prueba de que se han cumplido las condiciones o no de los preceptos recae en el perjudicado - JULIÁ BARCELO, Rosa, "La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet", op.cit., p.19. En contra, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍÊZ, Ignacio, "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", RPI, núm. 6, 2000, p. 39. Tercera, la Directiva regula bajo el régimen especial de los intermediarios tanto la responsabilidad contractual como extracontractual, según se califique bajo la legislación nacional. Este último aspecto es ciertamente dudoso pues en el marco de una relación contractual las obligaciones asumidas por el prestador de servicios pueden hacer diverger considerablemente el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual, entre otras cosas, el criterio de imputación puede resultar claramente distinto. Los distintos efectos derivados de calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual siguen siendo sustancialmente significativos -plazos de prescripción, criterio de imputación, competencia jurisdiccional, modificaciones convencionales-, a pesar de las sistematizadas y coherentes propuestas de unificación de ambos regimenes de responsabilidad, o de "moderada" unificación como la propuesta por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid: Dyckinson, 2001 - sobre las diferencias más citadas pp. 81 y 82, sobre las razones, de orden sustantivo, sistemático y práctico, para una moderada unificación, pp. 82-84.

- 25 Una enumeración y breves explicaciones de las decisiones más conocidas, pueden consultarse en CLEMENTE MEORO, Mario E., "La responsabilidad civil...", op.cit.; STROWEL, Alain; IDE, Nicolas, "Responsabilité des intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles", *Droit & Nouvelles Technologies*, 10/10/2000, disponible en www.droit-technologie.org (última consulta 26/4/2010); VERBIEST, Thibault; WÉRY, Etienne, "La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurispudentiels", *Journal des Tribunaux*, 17 février 2001, núm. 6000, pp. 165-172.
- 26 Ciertamente, "(u)nlike the users, ISP gatekeepers are readily identifiable and susceptible to sanction", dirá HAMDANI, Assaf, "Who's liable for cyberwrongs?", 87 *Cornell L.Rev.*, 2001-2002, pp. 901-957, en p. 903.
- 27 La primera decisión del Amtsgerich de Munich, de 28 de mayo de 1998, NJW 1998, p. 2836 y ss, causó una verdadera conmoción entre los prestadores de servicios de Internet pues tan estricto régimen de responsabilidad obligaría a los intermediarios a implementar unas precisas medidas de control y filtrado, técnicamente imposibles. La Corte de Apelación de Munich I, sin embargo, anuló tan polémica decisión en resolución de 17 de noviembre de 1999, NJW 2000, p. 1051 y ss, en cuanto que la filial alemana de Compuserve Inc., matriz estadounidense, no hacía más que permitir el acceso a los *newsgroups*, careciendo de la capacidad de impedir razonablemente el acceso a los mismos.

Estelle Hallyday el prestador de servicios de "hosting" fue tratado bajo el régimen de responsabilidad de un editor²⁸, el también prestador de "hosting" Multimania fue considerado responsable por violación de los derechos de imagen de Lynda Lacoste²⁹ y Prodigy, gestora de *Bulletin Board*, responsable por el contenido injurioso de un mensaje colgado en su tablón digital³⁰. Ante este panorama tan desalentador de la actividad de intermediación, al menos por inseguro, los legisladores se han visto obligados a proveer a los prestadores de puertos seguros ("*safe harbors*"). La tendencia jurisprudencial, mayoritariamente receptiva a la afirmación de responsabilidad indirecta de los intermediarios³¹ desató la presión

- 28 Tanto en la decisión del Tribunal de Grande Instance de Paris, 9 de junio de 1998, *E. Lefébure-Hallyday c. V. Lacambre*, como ante la Cour d'appel de París, 10 de febrero de 1999, *V. Lacambre c. E. Lefébure-Hallyday*, consideraron que el prestador de servicios de alojamiento excedía manifiestamente el papel técnico de mero transmisor de contenidos. En realidad, el asunto está muy condicionado por las particulares circunstancias del caso. El prestador había optado por una política de anonimato que agravó las dificultades de determinar al responsable. Los jueces estimaron que el prestador debía asumir los riesgos de su política, entendiendo que ésta le proporcionaba unos beneficios. Esta aplicación de la teoría del riesgo mereció, en particular, duras críticas
- 29 El Tribunal de Grande Instance de Nanterre en su decisión de 8 de diciembre de 1999, Lynda Lacoste c. Multimania et autres, consideró que un prestador de servicios de alojamiento de datos tiene una obligación general de prudencia y diligencia que le obliga a emplear medios razonables de información, vigilancia y acción para evitar que sean dañados derechos de terceros. La revisión de la Cour d'appel de Versailles, 12ème ch. Section 1, de 8 de junio de 2000, Multimania c. Lynda Lacoste determina que no queda suficientemente probada la negligencia o imprudencia del prestador. Así, aun reconociendo la obligación de la empresa apelante de disponer de medios de control y supervisión, no es razonable ni conveniente esperar del prestador una intromisión detallada y sistemática en los contenidos alojados que pondría en peligro la libertad de expresión.
- 30 Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Company [1995] WL 323710 (New York Sup. Ct. (1995)). La empresa demandada, gestora de un tablón de anuncios electrónico dedicado a la información financiera llamado "Money Talk", se presentaba como un servicio orientado a la familia comprometiéndose a no publicar material inexacto, obsceno, difamatorio o ilegal. El tribunal entendió por ello, que en la medida que implementaba una forma de control sobre los contenidos, se había convertido en un editor, superando la mera función de distribuidor, informativamente neutral. La empresa demandada apeló, pero posteriormente se llegó a un acuerdo extrajudicial entre las partes. La disposición de medidas de control de los contenidos, que fue un criterio determinante para calificar como editor a Prodigy, no adquirió especial relevancia. Sin embargo, en el asunto B. Ezra v. AOL, US 10th Circuit Court of Appeals, 14 de marzo de 2000, en el que el tribunal aplicó a la empresa demandada AOL el beneficio de la exoneración de responsabilidad de la sección 230(f)(2) de la Communications Decency Act al considerar que las medidas de detección y retirada de contenidos implementadas por AOL no alteraban su papel de intermediario sino que simplemente reflejaban la asunción del deber de autorregulación impuesto por la ley.
- 31 Én el entorno del *common law* la tendencia jurisprudencial previa a la regulación legal de la DMCA puede describirse como sigue: se rechaza la responsabilidad directa del prestador (véase, sin embargo, *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993) que condenó al BBS por *direct infringement*, si bien, esta sentencia ha sido posteriomente criticada y su criterio no ha sido seguido en asuntos posteriores), se declara la responsabilidad de los prestadores por *contributory infringement* en virtud del criterio del conocimiento de la infracción por parte del ISP (*Netcom*, 907 F. Supp. at 1365), se reconoce *vicarious liability* de los prestadores

de los prestadores de servicios en los Estados Unidos en aras de obtener certidumbre en cuanto al régimen de responsabilidad, lo que favoreció el viraje del estricto régimen establecido en documentos anteriores (*White Paper*)³², volcado en la más segura protección de la propiedad intelectual, al modelo de exención de responsabilidad de la DMCA. En definitiva, la política de "safe harbors" de los legisladores comunitario³³ y estadounidense responde a un reclamo de certidumbre³⁴ sobre el régimen de responsabilidad aplicable, aligerando a los intermediarios de sus riesgos por la actividad de los usuarios a través de regímenes específicos de responsabilidad –exoneratorios o limitativos–. Así,

cuando existe un beneficio económico directo de la actividad infractora (*Marobie -FL, Inc. v. Nacional Association of Fire Equipment Distributors*, 983 F. Supp. 1167 (N.D. III. 1997).

- 32 En el marco de la *Information Infraestructure Task Force* constituida en 1993, el grupo de trabajo Intellectual Property and the National Information Infraestructure emitió una opinión favorable a la responsabilidad de los ISP en The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1995) (White Paper). Entre los argumentos del grupo de trabajo al abogar por este amplio régimen de responsabilidad: primero, este modelo encaja mejor con el estándar de responsabilidad objetiva (strict liability) de la Copyright Act; segundo, esta responsabilidad se integra como uno de los costes inherentes de toda actividad económica; tercero, el ISP estaría en mejor posición que los titulares de derechos de autor para prevenir las infracciones, tomar medidas para minimizar sus efectos y dispersar el riesgo entre los usuarios. RICHARDS, Thomas K., "The Internet and Decisional Institutions: The Structural Advantages of Online Common Law Regulation", 10 Fordham I.P. Media & Ent.L.J., 1999-2000, pp. 731-772, en particular, explicando la posición del Grupo de trabajo, pp. 752-755; quien, sin embargo, aboga por el recurso al common law como esquema regulatorio alternativo a la legislación ante realidades tan nuevas y cambiantes, entorno en el que se comporta como un sistema decisorio espontáneo que permite a las partes implicadas la identificación de los problemas, promueve la cooperación y facilita un equilibrio de intereses que maximiza la eficiencia de la actividad (p. 736 y desarrolla en pp. 762 y ss).
- 33 Ádemás, en el caso comunitario, la exigencia ya no sólo de un sistema cierto sino además de un sistema homogéneo sobre responsabilidad de los intermediairos se convierte en presupuesto clave para no entorpecer el funcionamiento del mercado interior obstaculizando las actividades transfronterizas y provocando distorsiones de la competencia ante el riesgo de divergencias normativas y jurisprudenciales entre los Estados miembros (considerando 40, *Directiva de Comercio electrónico*).
- 34 Actividad de *lobbying* de los ISPs y de los autores (proveedores de contenidos) para alcanzar un acuerdo, contada de primera mano por el Senador Orrin G. HATCH, "Toward a principled approach to Copyright Legislation at the turn of the Millenium", 59 *U.Pitt.L.Rev.*, 1997-1998, pp. 719-757, en particular, pp. 748-751. Las negociaciones se desarrollaron bajo la guía de los siguientes principios: 1). Exención de responsabilidad para determinados actos de los ISPs; 2). Incorporación de soluciones tecnológicas en la medida de lo posible; 3) Incentivar a proveedores de contenidos y prestadores de servicios para cooperar en orden a minimizar las infracciones de derechos en Internet; 4) Educar a los usuarios a respetar los derechos de autor; 5) establecer "sunset provisions", es decir, soluciones que han de reexaminarse a la luz de los desarrollos tecnológicos.

los legisladores estadounidense³⁵ y europeo³⁶ han tratado de estimular el crecimiento de Internet³⁷.

¿Cuáles eran las razones que movían esta agresiva actitud jurisprudencial contra la actividad de intermediación y que alentaron consecuentemente la redacción del régimen (supuestamente) exoneratorio? Las dificultades de determinar la identidad del infractor, la mayor probabilidad de solvencia del prestador a efectos de la satisfacción de la indemnización –el "deep pocket" (o "deepest pocket") en expresión anglosajona— y las facilidades probatorias

- 35 Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. Nº 105-304, 112 Stat 2860 (October 28, 1998) (codified at 17 U.S.C.. 512), ha añadido un nuevo artículo 512 a la Copyright Act de 1976. El régimen previsto en este nuevo artículo codifica los términos del denominado Washington Agreement negociado entre los titulares de derechos de autor y los intermediarios.
- 36 La ley alemana *Teledienstgesetz*, de 22 de julio de 1997, BGB1. I S. 1870, parte de la *Multimediagesetz* ha servido de inspiración a la *Directiva de comercio electrónico* en sus artículos 12 a 15, con el antecedente claro de la DMCA.
- 37 Lo han hecho, sin embargo, desde enfoques distintos. En primer lugar, el enfoque del legislador estadounidense ha sido definido como vertical, frente a la aproximación horizontal o combinada de las autoridades reguladoras comunitarias. En efecto, el régimen de la DMCA se refiere exclusivamente a los derechos de autor (copyright), aunque es cierto que ya había emprendido una cierta aproximación horizontal a través de la Communications Decency Act de 1996 que integra la Parte V de la Telecommunications Act (Pub. L. 104-104, 110 Stat. 56 (codified at 47 U.S.C. 230), cuya constitucionalidad fue puesta en cuestión por contradecir "the freedom of speech" reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, por el Tribunal Supremo en el asunto Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union (ACLU) et al., 117 S.Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997). La sección 230 que permaneció intacta recoge la denominada "good samaritan provision" que implica que "no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider", en definitiva, se libera de responsabilidad al intermediario que de buena fe retirara o restringiera el acceso a un determinado contenido. El legislador comunitario, sin embargo, ha emprendido una estrategia combinada, reforzando la aproximación vertical centrada en los derechos de autor a través de la Directiva 2001/29/CE con la horizontal de los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE que se refieren a todo tipo de atentados que puedan producirse. Analizan ambas aproximaciones dispares, STROWEL, Alain; IDE, Nicolas, "Responsabilité des intermédiaires...", op.cit. En segundo lugar, el conjunto de actividades previstas en el régimen de exoneración de la DMCA es más amplio que el delimitado como ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva de comercio electrónico dada la consabida remisión a un análisis posterior que el legislador hace de la actividad de provisión de motores de búsqueda e hipervínculos. En tercer lugar, la posibilidad de que los prestadores inicien una expansiva actitud preventiva y recurran a la irrazonada y automática retirada de cualquier información más o menos sospechosa plantea un grave riesgo de "chilling effect" (freno) de la libertad de expresión. El fantasma de la censura ha reaparecido en el idílico entorno de libertad de Internet. Este riesgo está tratado de forma más precisa por el legislador estadounidense a través de los sistemas de detección y retirada ("notice and take down") previstos, no obstante, en nuestra LSSICE, artículo 16.2 - y "put back procedure". Son mecanismos que, en todo caso, trasladan al intermediario la carga de valoración del contenido y su ajuste a la legalidad, sin embargo, facilitan esta labor y la alejan de la temida censura empleando mecanismos procedimentales y no sustantivos que derivan en la negociación entre las partes implicadas. FRYDMAN, Benôit; RORIVE, Isabelle, "Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and USA", Zeitschrift für Rechtsoziologie, (Institut Max Planck, Köln), vol. 23 (1), 2002,

derivadas de la proximidad y fácil localización del intermediario alentaban la tendencia a forzar los requisitos de la responsabilidad indirecta³⁸, en los países continentales, y de la *vicarious liability*³⁹ en los países del *common law* para hacer a los prestadores responsables de los ilícitos cometidos por los destinatarios de los servicios. La estructura del régimen implementado en la mayoría de los

pp. 41-59, también disponible en *Droit &Nouvelles Technologies*, (p.4), <u>www.droittechnologie.org</u> (última consulta 26/4/2010). Finalmente, la ventaja más apreciable de la Directiva con respecto a su precedente estadounidense se encuentra en la clarificación de que los prestadores de servicios de intermediación no quedan sometidos a una obligación general de supervisión (artículo 15 de la Directiva 2000/31). JULIÁ BARCELÓ, Rosa, "On-line Intermediaries Issues...", *op.cit.*

38 La finalidad práctica, común, por otro lado, tanto a las formas de responsabilidad indirecta contractual como extracontractual, radica en asegurar o reforzar el derecho a la indemnización del sujeto que ha experimentado el daño. La disociación que implican las formas de responsabilidad indirecta entre sujeto responsable –imputación jurídica- y sujeto causante del daño –causación material- responde a una exigencia de justicia, al hacer recaer en quien con tal actividad crea riesgo y se lucra los daños producidos bajo su esfera de riesgo, que es su esfera de imputación. JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid: Civitas, 1994, pp. 19-37.

39 A las teorías tradicionales que pretendían encontrar justificación de la vicarious liability responden muchas de las argumentaciones expuestas en el texto. Téngase en cuenta que la pertinencia de la vicarious liability ha sido objeto de muchas dudas. En particular, se veía con asombro y enorme desconfianza un régimen de responsabilidad por hecho ajeno que rompía las reglas de causalidad y renunciaba a la concurrencia de "fault" del responsable. Más allá de la justicia y razonabilidad de esta técnica de responsabilidad las denominadas teorías clásicas la justificaban con argumentos como los siguientes: control del responsable sobre la actividad del infractor; obtención de beneficios por parte del responsable de la actividad que desempeña el infractor y consecuentemente asunción de los costes y riesgos que tal situación puede implicarle; capacidad de elección y deber de cuidado y vigilancia respecto de los auxiliares (care and choice que corresponderían con nuestras culpa in eligendo e in vigilando); dificultad de identificar concretamente al infractor y mayores posibilidades de centrar la responsabilidad en la empresa, organización o grupo de personas que actúan unitariamente frente a las víctimas (identification); dificultades probatorias del sujeto y el acto infractores (evidence); hacer recaer sobre quien delega los beneficios que obtiene por la delegación de actividades que de otro modo le correspondería desempeñar personalmente (indulgence); la asunción de los perjuicios que la creación de riesgos o peligros implica (danger); solvencia del responsable frente a la eventual insolvencia del infractor (satisfaction). Un profundo y detallado estudio, ya clásico, el de ATIYAH, P.S., Vicarious liability in the Law of Tort, London: Butterworths, 1967, en particular, pp. 3-28. Las denominadas modernas teorías de justificación de la vicarious liability se basan en el principio de "lossdistribution". El profesor CALABRESI argumenta con consideraciones económicas la pertinencia de este especial sistema de distribución que subyace en la responsabilidad indirecta. Argumenta que las empresas deberían asumir el porcentaje de los costes que les corresponden en cuanto al riesgo que crean en el mercado, pues de no ser así se distorsionaría la competencia y se perpetuarían los métodos de producción más costosos e ineficientes. Entiéndase que asumir el coste de un mayor riesgo significa, desde esta perspectiva, incrementar los costes de la empresa que al repercutirse en el precio impedirá que la empresa, que genera más riesgo, compita en igualdad de condiciones con empresas menos peligrosas. CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 Yale L.J., 1961, pp. 499-553. Sobre el origen y la evolución de la teoría de la agencia (theory of agency), en sentido jurídico – a partir de las nociones

ordenamientos jurídicos que han abordado el tema responde precisamente a este planteamiento de base. Pero no por estar justificado su objetivo, es admisible cualquier técnica que para su consecución se emplee. En efecto, la opción legislativa es seriamente criticable, no sólo por los problemas que no resuelve sino por los que por añadidura plantea. Y es que el modelo estadounidense de la DMCA no podía ser un referente indiscutido, principalmente por dos motivos. La estrategia de "safe havens" es respuesta a un contexto de conflicto de intereses, que exigía una solución equilibrada basada esencialmente en la certeza y canalizada a través de la negociación. A esta primera razón coyuntural se une un segundo motivo puramente jurídico. La opción del legislador estadounidense responde a una aproximación vertical y no horizontal del problema como la abordada por el regulador comunitario⁴⁰. El ámbito de la DMCA se restringe a conflictos relacionados con la propiedad intelectual. Los presupuestos de la responsabilidad en el ámbito del copyright no coinciden con los elementos de la responsabilidad en otros ámbitos. Una "transposición" literal del modelo de la DMCA, nacido de una perspectiva vertical, al contexto comunitario, construido sobre una aproximación horizontal, tenía inevitablemente que dar lugar a disfunciones.

Por tanto, una de las grandes virtudes de la regulación analizada y la mejor explicación del origen de sus reglas es su intención de aliviar la intensa incertidumbre que estaba envolviendo la actividad de ciertos intermediarios de Internet por efecto de una jurisprudencia cambiante e inconsistente pero especialmente agresiva que les imponía la responsabilidad por los contenidos ajenos bien ante supuestos de no identificación del autor, bien como *deepest*

de *master* y *servant* - y no económico, en el ámbito del Derecho de daños (*Tort Law*), HOLMES, O.W., Jr., "Agency", 4 *HLR*, num. 8, March 15, 1891, pp. 345-364. La relación de agencia en sentido jurídico no coincide con el problema de agencia formulado económicamente. Al respecto, SYKES, Alan O., "The Economics of Vicarious Liability", 93 *Yale L.J.*, num. 7, 1983-1984, pp. 1231-1280, en particular, p. 1260. En el sentido jurídico la necesaria relación de dependencia se da entre *master-servant* pero no, por regla general, entre *principal-independent contractors*, salvo algunas excepciones – DOUGLAS, William O., "Vicarious Liability and Administration of Risks", *Yale L.J.*, 1928-1929, pp. 584 -604 -. Este último autor describe las reglas de administración de riesgos con la integración de cuatro factores: evitación (*avoidance*), prevención (*prevention*), traslación (*shifting*) y distribución (*distribution*) (p. 588). Conforme a estas cuatro actividades – *risk avoidance*, *risk prevention*, *risk shifting*, *risk distribution* – se analizan las reglas de responsabilidad y, en particular, las reglas de *vicarious liability*, en busca de su base justificativa.

40 Pues la normativa europea, a diferencia de la estadounidense, ha escindido la regulación de la protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, contenida en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, de la disciplina de la responsabilidad civil en Internet, contenida en la Directiva 2000/31/CE – así lo advierte PLAZA PENADÉS, Javier, "Contratación electrónica y pago electrónico(en el derecho nacional e internacional)", en ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, *Contratación y Comercio electrónico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 403-475, en p. 413.

pocket, bien presumiendo conocimiento y/o control bajo las figuras periodísticas de editor (*publisher*) o distribuidor (*distributor*)⁴¹.

El riesgo potencial de responsabilidad por contenidos ajenos colocaba sobre los prestadores de servicios de Internet una carga inasumible que imponía a su negocio unos costes tan inciertos y cuantiosos que pronto cuestionaron la viabilidad del sector. El establecimiento legislativo de "puertos seguros" (safe havens) dotaron de mayor certidumbre y previsibilidad a la actividad de intermediación técnica y, en este sentido, la incorporación de estas reglas en nuestro ordenamiento jurídico adquieren pleno sentido. La certidumbre, como, por otro lado, es natural, no es plena. Bien al contrario, la aplicación de los artículos 14 a 17 LSSI se topa con dificultades interpretativas y está plagada de nuevas áreas de incertidumbre, algunas de las cuales apuntamos a continuación.

Reglas de atribución, condiciones de exoneración o exclusión de la responsabilidad o deberes de actuación

El supuesto régimen específico de responsabilidad para prestadores de servicios de intermediación no contiene nuevas reglas de atribución. Los artículos 14 a 17 LSSI sólo definen una serie de condiciones que aparentemente permiten a los prestadores que desarrollan las actividades allí contempladas exonerarse de responsabilidad por los contenidos transmitidos, copiados temporalmente, almacenados o enlazados –y por la propia reproducción femporal de tales datos, en el caso del caching (art. 15 LSSI)-. Sin embargo, compartimos con PEGUERA POCH⁴² la advertencia de que calificar estas normas como exención implica asumir que en los supuestos contemplados el intermediario ya ha incurrido en responsabilidad de la que la ley le permite eximirse. Las normas se configuran en realidad como reglas para la exclusión de responsabilidad, con independencia de que, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad, el intermediario fuera o no responsable. En efecto, lo que la ley diseña en los artículos referidos es un modelo legal de intermediario no responsable precisamente por la naturaleza instrumental, pasiva y neutra de su actividad. Explica, en un entorno de aún cierto desconocimiento tecnológico, en qué consisten las actividades de intermediación técnica aclarando su función estrictamente instrumental y pasiva y alejando, por tanto, la imagen editora de estos prestadores, traída con poco acierto y sin demasiada destreza de otros medios de comunicación de masa cuya operativa es bien distinta. Por tanto, facilita, de un lado, la identificación del supuesto a los jueces adelantando el recorrido en la aplicación de las reglas

⁴¹ Sobre estos diferentes paradigmas de responsabilidad bajo el *common law*, su aplicación jurisprudencial y la respuesta legislativa mediante la *Communications Decency Act*, PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios de Internet*, Granada: Comares, 2007, pp. 9-24.

⁴² PEGUERA POCH, Miquel, La exclusión de responsabilidad..., op.cit., pp. 5 y 6.

generales y proporciona, de otro, a los operadores un modelo de comportamiento al que ajustar sus actuaciones para demostrar su condición de intermediario y exteriorizar el carácter pasivo y neutral de su actividad. En este sentido, desempeña una función de previsibilidad muy valiosa, aunque, como veremos, la solidez de la exclusión se empieza a resquebrajar y la certidumbre del sistema se debilita pues las propias condiciones para la aplicación de la norma son objeto de cada vez más dudas interpretativas —conocimiento efectivo o indiciario, fuentes del conocimiento tasadas o abiertas, diligencia en la retirada o bloqueo—.

Otras dos consideraciones adicionales vienen a delimitar mejor el alcance de las reglas estudiadas. Primera, la constatación de que si no se dan las condiciones contempladas en la norma para proceder a su aplicación, el intermediario no resulta automáticamente responsable. Bien al contrario, la eventual responsabilidad habrá de determinarse de acuerdo con las reglas generales o la normativa específica (sobre la protección al honor, o sobre competencia desleal, por ejemplo) que resulten aplicables⁴³. Ciertamente la redacción de las disposiciones bajo la fórmula de doble negación - "no serán responsables si... no conocen"— puede llevar erróneamente a tal conclusión. Es decir, si alguna de las negaciones no se cumple, el resultado es que la responsabilidad se activa irremediablemente – "es responsable si...conoce-. Este tenor, que reproduce la redacción de la Section 512 de la estadounidense Digital Millenium Copyright Act (en adelante, DMCA), pero sin la precisión sobre su referencia a las infracciones de derechos de autor, hay que ponerlo en conexión con el ámbito de aplicación de las exclusiones. Mediante el cumplimiento de las condiciones para la exclusión, el intermediario evita la eventual responsabilidad por la información (transmitida, copiada, almacenada o enlazada), pero si alguno de estos requisitos no concurre, el intermediario no deviene necesariamente responsable "por" la información⁴⁴, sino por su acción negligente –no retirar con diligencia los datos de cuya ilicitud tiene conocimiento efectivo—, por los daños ocasionados al titular de la página copiada en caché –por no aplicar las normas de control de acceso- o incluso al usuario -por no aplicar las normas generalmente aplicadas de actualización de la información⁴⁵—. En efecto, que

⁴³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, "Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual", *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, enero-abril 2004, pp. 55-104, p. 79, con la precisión que hace en la nota al pie 88, así como los autores citados en la nota 86 de la misma página.

⁴⁴ En relación con los programas para el intercambio de archivo, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *ult.op.cit.*, p. 91, considera, sin embargo, que si teniendo conocimiento no actúan con diligencia retirando la copia se convierten en corresponsables civiles de las violaciones de derechos de propiedad intelectual.

⁴⁵ CLEMENTE MEORO, Mario E., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en CLEMENTE MEORO, Mario E.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la

el intermediario permita el acceso a destinatarios que no cumplan las condiciones impuestas a tal fin por el responsable del contenido copia temporalmente (letra b), que no respete las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información (letra c) o que interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector (letra d) no puede implicar que sea responsable por la ilicitud de la información copiada, aunque puedan ser motivos para imputar otras responsabilidades. ¿Qué efecto ha de tener en una eventual responsabilidad por los contenidos que el intermediario actualice o no conforme a las normas generalmente aceptadas y aplicadas en el sector? Ni implica mayor conocimiento ni mayor control. Pero, por otro lado, el mero cumplimiento de algunas de las condiciones en las que se basa la exclusión, en particular, la referida a la actividad de *caching* (artículo 15 letras b, c y d LSSI) no justifica que el intermediario no sea responsable "por" la información copiada. De hecho, estas condiciones que tenían sentido en la DMCA para respetar una suerte de "autorización general"46 del titular de los derechos concedida a favor del prestador de servicios de caching para permitirle la copia de los contenidos protegidos pierde su fundamento en un planteamiento horizontal⁴⁷ como el de la Directiva. Por tanto, en el caso de la legislación española, se deben referir a la no responsabilidad del intermediario por la "reproducción temporal" de los contenidos⁴⁸ pero no "por" la ilicitud de la información.

Estas consideraciones nos llevan al segundo de los apuntes que deseamos dejar anotado aquí. La redacción negativa a la que aludíamos y el funcionamiento de la exclusión tal y como hemos expuesto podría conducirnos a otra

Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Granada: Comares, 2003, pp. 1-116, en p. 95.

- 46 Con mayor detalle, PEGUERA POCH, Miquel, La exclusión de responsabilidad..., op.cit., pp. 261-270.
- 47 Que reafirma el considerando 16 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, D.O L 167/10, 22.06.2001.
- 48 De la lectura del artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) tras su redacción por la Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2006) parecería que este extremo quedo resuelto sin lugar a duda. Si cotejamos la redacción de la norma española con la Directiva 2001/29/CE que traspone (considerando 33 y artículo 5.1), se comprueba que la reproducción provisional a la que se refiere el nuevo artículo 31 de la LPI no sólo cubre el supuesto previsto en el artículo 14.2. LSSI sino que además resulta aplicable al contemplado en el artículo 15 LSSI. "Artículo 31. Reproduccione provisionales y copia privada.1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la Ley.2. (...)".

interpretación de las disposiciones estudiadas. Parecería que las disposiciones legales quedarían relegadas a la imposición de un deber legal a los intermediarios que presten los servicios contemplados en los artículos 15, 16 y 17 LSSI consistente en actuar diligentemente para retirar o bloquear los contenidos que sean ilícitos o lesionen los bienes o derechos de un tercero desde que tengan conocimiento de tales extremos –además de otros deberes específicos que derivan claramente de una redacción afirmativa de la norma⁴⁹–. Este planteamiento situaría en este punto la única peculiaridad del régimen de los intermediarios en relación con su responsabilidad.

c. Nuevos espacios de incertidumbre: la aplicación de las condiciones para la exclusión de la responsabilidad

La aplicación práctica de los artículos 14 a 17 LSSI está poniendo al descubierto importantes dificultades interpretativas que abren nuevos espacios de incertidumbre. Queremos tan sólo anotar las que consideramos más interesantes y las que han recibido mayor atención jurisprudencial.

En primer lugar, la ubicación de las disposiciones estudiadas en el marco de la LSSI impone lógicamente su ámbito de aplicación objetivo, subjetivo, territorial y temporal. En este sentido, parece inevitable asumir que el artículo 13.2 LSSI al referirse a los artículos siguientes asume como ámbito de aplicación de la exclusión de responsabilidad el propio de la ley en que se enmarca. Esto implica que de tal exclusión de responsabilidad parece que sólo podrían beneficiarse los operadores que encajan en la categoría legal de prestador de servicios. Esta afirmación dejaría en una curiosa situación aquellos supuestos en los que no siendo el sujeto un prestador de servicios se lleve a cabo una actividad de intermediación de las contempladas en la ley. De este modo, se estaría tratando con mayor rigurosidad a quien en una página personal que no represente una actividad económica incluyen enlaces, por ejemplo, que a quien presta el mismo servicio en el marco de una actividad empresarial. Cabría plantear una razonable aplicación analógica de las reglas de exclusión⁵⁰ o desfigurar la noción legal de prestador de servicio hasta hacer desaparecer el fundamento económico de la actividad prestada. Con la amplia interpretación del requisito de que la prestación del servicio "represente una actividad económica", se están resolviendo, por ejemplo, muchas de las cuestiones relacionadas con comentarios vertidos en foros informativos, de discusión o de divulgación, sin verdadero fin económicoempresarial, por el hecho de incorporar banners publicitarios o estrategias

⁴⁹ Así resulta del acertado planteamiento con que se estudian los deberes y responsabilidades de ciertos intermediarios en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Granada: Comares, 2005, Capítulo II, pp. 29-48.

⁵⁰ Así, PEGUERA POCH, Miquel, La exclusión de responsabilidad..., op.cit., pp. 217-218

similares⁵¹. Pero es evidente que la cuestión surge de forma natural de la redacción de la ley y nos lleva a cuestionarnos en qué medida es razonable asumir que el régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios de intermediación se distancia de las reglas generales de responsabilidad, a la vista de las situaciones que crea el ámbito de aplicación de las disposiciones que establecen la exclusión de la responsabilidad.

En segundo lugar, el conocimiento (efectivo) como elemento de activación del deber del intermediario de actuar diligentemente (artículos 15, 16 y 17 LSSI) incorpora una elevada carga de incertidumbre que la reciente jurisprudencia, cada vez más abundante, pone de manifiesto. En primer lugar, la ley no define conocimiento efectivo ni contempla, como sí hace la Directiva, un conocimiento indiciario derivado del conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelen su carácter ilícito. En segundo lugar, las fuentes del conocimiento efectivo que la ley establece son aparentemente distintas en el artículo 15 que en los artículos 16 y 17 LSSI. En tercer lugar, la

51 El litigio que da lugar a la sentencia 538/2009 de 9 de julio de la Audiencia Provincial de Lugo (JUR 2009/328919) se inició cuando en el foro creado por los demandados para abrir el debate entre los usuarios sobre ciertos temas en el marco de una página web dirigida a informar sobre noticias de un municipio gallego, dos de los usuarios del foro vertieron sendas opiniones en las que acusaban al alcalde del municipio de haberse beneficiado de las obras gratuitas de una constructora a cambio de favores políticos. El alcalde demandó entonces a los creadores de la web y administradores del foro por vulnerar su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia desestima integramente la demanda, y el demandante presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo. La cuestión litigiosa representa una buena ocasión para volver sobre la interpretación y la extensión del régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación de acuerdo con la LSSI (artículos 14 a 17). En primer lugar, es condición necesaria para aplicar el referido régimen de responsabilidad que nos encontremos ante un prestador de servicios de la sociedad de la información, tal y como los describe la propia ley en línea con la normativa comunitaria. La web informativa en la que se inserta el foro se financiaba a través de publicidad en forma de banners insertos en la página. De este modo, además de los requisitos de prestación a distancia y por vía electrónica y de ofrecimiento a petición del destinatario que se satisfacen fácilmente en este caso, se cumple la condición de que el servicio sea oneroso o represente, en todo caso, una actividad económica. Una vez que es calificado como prestador de servicios de la sociedad de la información (artículo 13), la pertinencia de la aplicación del específico régimen de responsabilidad recogido en los artículos 14 a 17 de la ley y no del régimen general de responsabilidad exige determinar si los servicios prestados pertenecen a la categoría de actividades de intermediación. La sentencia comentada aborda esta cuestión con cierto detalle y muestra atención por precisar la concreta calificación de las actividades prestadas por los demandados dentro de las categorías del catálogo legal: transmisión y provisión de acceso (mere conduit), alojamiento de datos, realización de copia temporal, facilitación de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. La administración de un foro es asumida como una actividad de intermediación consistente en la prestación de un servicio de alojamiento y almacenamiento de datos al que resulta de aplicación el artículo 16 de la ley.

En la sentencia 65/2007, de 22 de febrero, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección núm. 3, (JUR 2007/238832) no se cuestiona la aplicación eventual del artículo 16 LSSI a una página destinada a la campaña política de dos candidatos a las elecciones municipales en la que se incluían enlaces a hoteles y restaurantes, sin que estos establecimientos abonaran ninguna cantidad.

expresión "sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse" abre un debate doctrinal⁵² sobre la consideración como abierta o, por el contrario, tasada, la lista de medios por los que el prestador puede adquirir conocimiento efectivo. Esta cuestión resulta especialmente pertinente porque va a determinar la actuación proactiva, preventiva o puramente defensiva de los intermediarios ante los contenidos que copian, almacenan o enlazan. En definitiva, el impacto que tal interpretación va a tener en el equilibrio entre la ausencia de deber de supervisión previa, la implantación de sistemas de control o de detección y retirada y la aplicación de políticas preventivas de filtrado o censura para reducir el riesgo de responsabilidad⁵³. Parece razonable considerar que es preferible para la protección de bienes y derechos que los intermediarios adopten medidas preventivas (moderación de foros, filtrado de mensajes, sistemas de notificación, etc), pero ¿van a considerarse estas prácticas a efectos legales "otros medios

52 Un completo análisis de los argumentos que apoyan ambas tesis encontradas en CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Deberes y responsabilidades..., op.cit.*, pp. 33-44.

53 Sentencia 27/2008, de 17 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección núm. 12. (JUR 2008/179170). Siendo calificado el prestador como tal, deben interpretarse adecuadamente las condiciones del régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación consistentes en el alojamiento de datos. Todo el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información está presidido por la inexistencia de una obligación general de supervisión a su cargo (artículo 15 de la Directiva 2000/31 sobre Comercio Electrónico). De no ser así, se estaría imponiendo una gravosa carga sobre los prestadores y permitiendo una suerte de censura previa para el libre ejercicio de la libertad de expresión en el entorno electrónico. En coherencia con este principio, los prestadores de servicios de intermediación no son a priori responsables de los contenidos ajenos que, por definición, ni controlan ni conocen. Por lo que no resulta de aplicación la Ley de Prensa. La responsabilidad surgirá entonces cuando se quiebra alguno de estos dos presupuestos (no control-no conocimiento). Bien, de un lado, porque se demostrara la connivencia entre los administradores del foro y los usuarios, supuesto que no se demostró. Bien, porque teniendo conocimiento efectivo de la ilicitud, no actuaran con la debida diligencia para retirar los comentarios o bloquear el acceso. La clave, por tanto, se encuentra, en la determinación de qué se entiende por conocimiento efectivo y qué formas pueden articularse para adquirir este conocimiento. En el caso en cuestión, la Audiencia consideró que los administradores actuaron adecuadamente retirando los comentarios tan pronto como fueron informados por la Guardia Civil. La Audiencia plantea un tema que resulta, en este punto, de especial interés pues, en nuestra opinión, distingue la administración de un foro de otros servicios también calificados como de alojamiento de datos y es la posibilidad de moderar el foro, controlando y eliminando, en su caso, los comentarios no pertinentes. Sin embargo, la necesaria instantaneidad de la participación en un foro desaconseja aplicar un sistema de control previo de cada mensaje enviado. Por otro lado, la dificultad de revisar un número, en ocasiones, muy elevado de mensajes es indiscutible y la aplicación de sistemas automatizados tan sólo puede operar conforme a una previa identificación de términos o expresiones que se han definido como inadecuadas. Finalmente, la eliminación de este tipo de mensajes atentatorios contra el derecho al honor requería una valoración del contenido de los comentarios que no siempre es posible ni conveniente. La Audiencia Provincial, por tanto, desestima el recurso de apelación presentado no considerando responsables a los administradores del foro de los comentarios aportados por dos usuarios.

de conocimiento efectivo que se establezcan" que desincentiven su aplicación por adelantar el momento del conocimiento efectivo o se van a tratar como un adecuado comportamiento diligente que atenúe la responsabilidad? El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su sentencia 773/2009 de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131) zanja la cuestión al afirmar que:

"(n)o es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios— una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente –interpretación estricta—, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva –al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse"—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate".

Aunque el Tribunal Supremo confirma así las interpretaciones más amplias sobre la noción de "conocimiento efectivo", su aplicación en la práctica no está exenta de incertidumbres. No hay un deber de supervisión previa y general pero, ¿existe entonces un deber de diligencia en la prevención que obligue a los intermediarios a establecer sistemas de detección y retirada? El mero establecimiento de un sistema preventivo de detección de contenidos ilícitos, ¿implica un comportamiento diligente o es preciso que mediante tal sistema el intermediario haya efectivamente identificado el contenido que puede vulnerar derechos de terceros? Conocer la ilicitud no sólo significa tener conocimiento del contenido sino apreciar y valorar afirmativamente su ilicitud, ¿es viable, y conveniente, que un intermediario lo haga en relación con situaciones de ilicitud que no son evidentes o que requieren un análisis profundo de los intereses o derechos en juego? Si el temor de resultar responsables por efecto de una amplia interpretación del conocimiento efectivo empuja a los intermediarios a retirar contenidos simplemente sospechosos demasiado pronto, ¿estamos protegiendo adecuadamente todos los derechos que pueden resultar afectados? ¿Será responsable el intermediario por retirar demasiado pronto o sin contar con pruebas suficientes o ante denuncias poco razonables? ¿Lo será entonces por retirar demasiado tarde o por no hacerlo a pesar de contar con pruebas que a juicio del afectado eran suficientes o ante denuncias razonables?

En tercer lugar, y sin desear agotar, en absoluto, todas las hebras sueltas de la regulación, ya se ha planteado también la cuestión de si reconducimos todo el modelo de responsabilidad a un sistema basado en la reacción diligente del intermediario, queda por determinar si la obligación de bloquear o retirar los contenidos es una obligación de medios o de resultado. En todo caso, en nuestra opinión, a pesar del interés que esta cuestión pueda tener, las dificultades técnicas, operativas y jurídicas no parecen estarse presentando en esta fase de retirada o bloqueo de contenidos, sino más bien en la de supervisión, detección e identificación del ilícito.

La situación de encrucijada en la que se encuentran los intermediarios en el centro de un complejo nudo en el que convergen derechos fundamentales y razones técnicas, libertades y derechos de la personalidad, derechos de propiedad y sus límites, sigue requiriendo un intenso esfuerzo de comprensión y de interpretación de las normas, las generales y las especiales.

III. Conclusiones

El proceso constante e imparable de migración al espacio digital plantea continuamente la cuestión de la **suficiencia** y la **adecuación** de las reglas preexistentes para ordenar las relaciones en el nuevo entorno y, en particular, en escenarios concretos. Para responder a esta cuestión, conviene retomar el principio de no alteración del Derecho preexistente y repensar la extensión y la intensidad con que debe operar en el espacio digital.

Pero una adecuada aplicación de este principio debidamente combinado con el principio de equivalencia funcional debe evitar dos efectos poco deseables. De un lado, que una aplicación excesivamente rigurosa e inflexible sugiera la necesidad de formular nuevas reglas ante lo que se interpretan como especialidades del nuevo entorno, derivando en una "exuberancia normativa" muy poco conveniente. De otro lado, que pretendiendo garantizar un mimético cumplimiento del principio de inalteración del Derecho preexistente la equivalencia funcional se convierta en un rígido molde que derive más bien en una mal interpretada simetría estructural que se convertirá en un lastre para el desarrollo de la actividad social y económica en la Red.

La aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad en el entorno electrónico viene condicionada por dos elementos.

Primero, la identificación de una serie de factores que parecen distorsionar la directa aplicación de las reglas generales de la responsabilidad: las dificultades de identificación, la deslocalización, la vulnerabilidad de la información, la viralidad y los efectos de red, la determinación de la causalidad, la necesaria intermediación.

Segundo, la existencia de lo que parecen ser regímenes de responsabilidad especiales. Un claro ejemplo se encuentra en las reglas referidas a la responsabilidad por la prestación de servicios de intermediación —en particular, artículos 14 a 17 LSSI-. Al respecto se apuntan las siguientes consideraciones.

El ámbito de aplicación de las reglas aplicables a los prestadores de servicios de intermediación, reconoce únicamente uno de los estratos, el más básico y

fundamental, de la actividad de intermediación en la Red: la intermediación técnica para asegurar la accesibilidad. Entendemos que la progresiva sofisticación de la Red ha ido requiriendo nuevas formas de intermediación que distan de prestar una función sencillamente instrumental, pasiva y neutra. Identificamos tres estratos de intermediación en la Red: accesibilidad, visibilidad y credibilidad. Las reglas establecidas para regular de forma específica la prestación de determinadas actividades de intermediación no atienden adecuadamente a este desarrollo, por ello, resultan mucho más potentes las reglas generales de la responsabilidad que acogen sin estridencias los nuevos supuestos.

Las reglas establecidas en los artículos 14 a 17 de la LSSICE son reglas de exclusión no de atribución de responsabilidad. Las nociones de control y conocimiento efectivo son difusas y abren preocupantes espacios de incertidumbre. Una cuidada y moderna aplicación jurisprudencial de las reglas generales de responsabilidad podría resolver con holgura los supuestos que en el ejercicio de estas actividades puedan plantearse.

Los parámetros que rigen la actividad en la Red amplifican, sin duda, ciertos efectos, los favorables y los dañinos, pero la respuesta normativa, administrativa y jurisprudencial no debe ser precipitada y acaparadora, considerando que una mayor intervención y una más extensa regulación implican necesariamente una mayor y mejor protección de los derechos, sino pausada y coherente con una interpretación flexible de los principios de inalteración del Derecho preexistente, de neutralidad tecnológica y de equivalencia funcional.

*

Normativa respecto de las declaraciones de impuestos nacionales por Internet en Venezuela

Miguel Arrieta Zinguer*

SUMARIO: I. Introducción. II. La aplicación de los medios electrónicos en materia tributaria en Venezuela. III. Normativa que establece la obligación de declarar electrónicamente y permite pagar de forma electrónica el ISLR a la generalidad de sujetos pasivos obligados. 1. Normativa relacionada. 1.1. Normativa aplicable a los funcionarios públicos y trabajadores de organismos públicos nacionales, estadales o municipales. 1.2. Normativa aplicable a los declarados como sujetos pasivos especiales. IV. Normativa que establece la obligación de hacer la declaración del IVA electrónicamente y permite pagar de forma electrónica dicho impuesto. V. Sanciones por incumplimiento.

Resumen

En el presente artículo se destaca la importancia del uso de las Nuevas Tecnologías en el sector tributario y se analizan las normas que establecen el deber de presentar las declaraciones de impuestos a través de medios electrónicos en la legislación venezolana.

Palabras Clave: Nuevas Tecnologías. Impuestos. Medios electrónicos

Abstract

This paper highlights the importance of the usage of New Technologies for taxation in the public sector, and analyzes the rules that establish the duty of filing taxes by electronic means in Venezuela's regulation

Keywords: New Technologies. Taxes. Electronic Means

Recibido: 5/7/2010 • Aceptado: 5/8/2010

Revista Derecho y Tecnología N° 11/2010 ISSN: 1317-9306 97-105

^{*} Magíster en Gerencia de Empresas. Especialista en Derecho Mercantil y en Derecho Tributario. Doctorando en Ciencias Mención Derecho y en Ciencias Gerenciales. Profesor Agregado de la Universidad Católica del Táchira. Profesor de Postgrado en las Universidades de Los Andes, Católica Andrés Bello, Yacambú y Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública

I. Introducción

En el campo tributario el advenimiento del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha impactado decididamente la manera de manejar las relaciones entre las Administraciones tributarias y los ciudadanos-contribuyentes-responsables. Esto puede apreciarse en varias dimensiones. Una de ellas es la forma en que se utilizan las tecnologías para agilizar las funciones de control y la gestión tributaria. Otra es la utilización de tales tecnologías para acercar a los contribuyentes a la Administración y permitir una interacción más efectiva, mediante la puesta en marcha del gobierno tributario electrónico, que permite la realización de diversos trámites, declaraciones tributarias, notificaciones y hasta la introducción de recursos administrativos o judiciales por medios electrónicos.

Es por ello que la importancia de la aplicación de los medios informáticos ha sido reconocida (con mayor o menor intensidad y aplicabilidad), por las leyes tributarias en la mayor parte de los países del mundo. De modo que el hecho de que el establecimiento de nuevas maneras de hacer negocios por medios electrónicos (comercio electrónico), de interactuar los administrados frente a la Administración y ésta frente ellos (gobierno electrónico), y de actuar las Administraciones tributarias (gestión tributaria electrónica); han determinado una nueva visión del fenómeno tributario en su interacción con los aspectos tecnológicos. Esto ha convulsionado el sistema tributario, sus principios, a quienes lo aplican, autoridades y contribuyentes, y a quienes lo estudian, y ello a pesar de que el sentir general existente en el ámbito fiscal con anterioridad a la aparición de Internet ya era el de la insuficiencia de los sistemas fiscales tradicionales ante la nueva realidad económica derivada de la creciente e imparable internacionalización de los agentes económicos, la concentración económica y la necesaria armonización o competencia de los sistemas fiscales.

La aplicación de los medios electrónicos en materia tributaria en Venezuela

La aplicación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos por parte de la Administración Tributaria permiten gestionar de una manera mucho más eficaz y eficiente el sistema tributario, facilitando el cumplimiento de obligaciones tributarias a los ciudadanos (al reducir la presión fiscal indirecta) y liberando recursos materiales y humanos, que actualmente son dedicados por la Administración a otras labores, para ser destinados para las labores de control preventivo de comprobación (por ejemplo, con el desarrollo de la auditoría informática). Como puede apreciarse, la incorporación de los medios electrónicos puede, y en efecto lo ha hecho, incrementar y facilitar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre los contribuyentes y responsables, al permitir por medios más amistosos y en cierta forma sencillos que los sujetos pasivos cumplan

con los denominados deberes formales, como por ejemplo facilita y simplifica el realizar declaraciones tributarias, el suministrar información requerida, etc.

En Venezuela, a partir de la promulgación de la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001¹ (COT), se incorporó y reconoció expresamente la validez de los actos tributarios realizados por medios electrónicos, puesto que con anterioridad a dicha norma, no existía en nuestro ordenamiento jurídico tributario una norma legal expresa que permitiera el intercambio digitalizado de información relevante entre la Administración Tributaria y los contribuyentes. El artículo 125 del COT, establece que:

La Administración Tributaria podrá utilizar medios electrónicos o magnéticos para recibir, notificar e intercambiar documentos, declaraciones, pagos o actos administrativos y en general cualquier información. A tal efecto, se tendrá como válida en los procesos administrativos, contenciosos o ejecutivos, la certificación que de tales documentos, declaraciones, pagos o actos administrativos, realice la Administración Tributaria, siempre que demuestre que la recepción, notificación o intercambio de los mismos se ha efectuado a través de medios electrónicos o magnéticos.

La norma en comento establece el fundamento de la utilización por parte de la Administración Tributaria de la información por medios informáticos o magnéticos, así como la posibilidad de emplear para ello cualquier medio especialmente diseñado para el tratamiento e intercambio de la información. De igual modo permite la norma el que las comunicaciones entre los contribuyentes y la administración se realice por medios electrónicos. Establece de manera expresa la norma citada que la información presentada o enviada por medios informáticos tendrá plena validez desde el punto de vista administrativa y procesal, bien se trate de procedimientos contenciosos o administrativos, por lo que de manera tácita se le está reconociendo pleno valor probatorio a los actos celebrados por vía electrónica.

Particular importancia tiene tanto para la Administración Tributaria como para los contribuyentes y responsables, la realización de declaraciones de tributos por vía informática, lo cual permite el efectuar las declaraciones de los principales tributos nacionales, tales como el Impuesto sobre la Renta o el Impuesto al Valor Agregado, de cuyas obligaciones y particularidades se refiere esta reseña. Huelga indicar que la experiencia tanto en Venezuela, como en otros países con las declaraciones tributarias por vía internet han resultado bastante exitosas, pues aparte de haber permitido incrementar sensiblemente el número de declaraciones (vgr. Brasil, Chile y España), ha facilitado sensiblemente la posibilidad de cumplir con dicho deber formal (el sistema es más amigable,

¹ Dicha Ley de Reforma del Código Orgánico Tributario fue publicado el 17-10-2001 se publica en Gaceta Oficial Nº 37.305, que reformó parcialmente el vigente desde 1994.

realiza los cálculos numéricos directamente y 'orienta' al sujeto a través del sistema facilitando su uso adecuado); aparte de contribuir de manera importante al incremento de la recaudación de los tributos cuya autoliquidación se automatiza, y permitir optimizar las labores de control, toda vez que la información incorporada al sistema de declaraciones de la Administración Tributaria, es fácilmente disponible, contrastable y en consecuencia auditable.

Resulta preciso indicar que el principio recogido por el artículo 125 del COT, no hace más que reconocer los principios establecidos en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas venezolana², que otorgó y reconoció la eficacia y valor jurídico al mensaje de datos³ y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y por supuesto el valor de la firma electrónica. De modo que al reconocer plena eficacia jurídica a las operaciones realizadas por medios informáticos y equipararlas a las realizadas por medios físicos, en soporte papel⁴, conforme el principio de Equivalencia Funcional, según el cual se equiparan las "instituciones jurídicas electrónicas" a las del mundo físico.

En cuanto al manejo de la información obtenida por medios electrónicos, el artículo 138 del COT, establece que:

Cuando la Administración Tributaria reciba por medios electrónicos declaraciones, comprobantes de pago, consultas, recursos u otros trámites habilitados para esa tecnología, deberá entregar por la misma vía un certificado electrónico que especifique la documentación enviada y la fecha de recepción, la cual será considerada como fecha de inicio del procedimiento de que se trate. En todo caso se prescindirá de la firma autógrafa del contribuyente o responsable. La Administración Tributaria establecerá los medios y procedimientos de autenticación electrónica de los contribuyentes o responsables.

- 2 Publicada en Gaceta Oficial N° 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001 (Decreto Ley N° 1204).
- 3 Resulta preciso recordar que un mensaje de datos, es conforme el artículo 2.a. de la Ley de Comercio Electrónico de UNCITRAL: "...la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."
- 4 El artículo 5 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), establece bajo la denominación "Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos", lo siguiente: "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". Por su parte la LSMDFE, en su artículo 6: "Formalidades.- Cuando para determinados actos o negocios jurídicos, la legislación establezca el cumplimiento de ciertas formalidades especiales, las mismas podrán realizarse vía electrónica, siempre que se garantice que el objetivo establecido para esa formalidad especial quede satisfecho por esta vía."

Esta norma coloca los medios electrónicos a disposición no únicamente de la Administración, sino también de los propios administrados (sujetos pasivos). Prevé la norma el establecimiento de un "Certificado Electrónico de Recepción", a ser previsto y suministrado por la Administración Tributaria. En este caso se prescindirá de la firma autógrafa del contribuyente o responsable, que es requerido de conformidad con el artículo 18, numeral 7º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), por aplicación de los principios establecidos por la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, a la que se hizo referencia anteriormente⁵.

La norma en comento preconiza la posibilidad de que se presenten por medios electrónicos: a) declaraciones tributarias, por medio de las cuales como se sabe, se manifiesta la existencia de un determinado hecho imponible, así como el monto al cual asciende la obligación tributaria particular, lo cual constituye un deber formal; b) comprobantes de pago, lo que abre la posibilidad de que se realicen pagos de tributos por medios electrónicos, lo cual permite la utilización de medios electrónicos de pago, como por ejemplo transferencias electrónicas de fondos, o la utilización de otros medios de pago electrónicos. Esto constituye propiamente el cumplimiento de la obligación material por medios electrónicos; c) consultas, recursos u otros trámites, lo que permitiría que las consultas a ser evacuadas por parte de la Administración Tributaria emanaran de élla, por medios electrónicos, al igual que cualquier tipo de trámite o recurso, que se podría realizar por medio electrónico.

En cada una de las normas de rango sublegal que se analizan en este Artículo, las cuales determinan la normativa reguladora de los modos de cumplimiento de uno de los principales deberes formales, como es la obligación de declarar los tributos, que de forma mandatoria se impone que se cumpla mediante medios de cumplimiento electrónico, en virtud de la obligación de presentarlas electrónicamente a los sujetos obligados por causa de dichas Providencias del Servicio Nacional Aduanero y Tributario (SENIAT). Esto corresponde a la tendencia que tiende a fortalecerse, de obligar a la larga a todos los contribuyentes y responsables, a realizar ciertos trámites exclusivamente por Internet, tal y como resulta en materia tributaria con las solicitudes de inscripción y modificaciones del registro obtenido respecto del Registro de Información Fiscal y en materia de Impuesto sobre la Renta e Impuesto al Valor Agregado (los dos principales tributos en cuanto al volumen de recursos que representan para el Fisco Nacional, y además en atención al número de contribuyentes que presentan), donde se aprecia una clara tendencia hacia que todos los contribuyentes tengan que realizar sus declaraciones tributarias por Internet.

⁵ Nótese que se requiere que el mencionado "Certificado Electrónico de Recepción", debe indicar la documentación que se ha enviado o recibido por parte de la Administración, así como la fecha de la recepción respectivamente.

Ante esta posibilidad, se ha planteado el problema de la denominada 'brecha digital', puesto que no todos ciudadanos tienen aun acceso a la internet, ni la formación o recursos suficientes para poder emplear adecuadamente estas herramientas, no obstante, la cifra de penetración de la Internet en Venezuela ha crecido de forma importante, así como la incidencia del uso de las TIC en las más diversas actividades del hombre, lo cual vislumbra un panorama en el que la mayoría o totalidad de los ciudadanos tengan que utilizar las TIC, para vincularse efectivamente con el Estado y particularmente, para cumplir con los deberes de naturaleza tributaria.

III. Normativa que establece la obligación de declarar electrónicamente y permite pagar de forma electrónica el ISLR a la generalidad de sujetos pasivos obligados

La Providencia que regula el deber formal relativo a la declaración, en el sentido de establecer el deber de presentación electrónica de las declaraciones de Impuesto sobre la Renta, (N° SNAT/2009/0103)⁶, dispone tres (3) supuestos de sujeción a la norma, conforme la cual los sujetos pasivos indicados⁷ deberán presentar sus declaraciones de Impuesto sobre la Renta⁸ utilizando medios electrónicos, a saber:

- a) Las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica (distintas de las personas naturales, como por ejemplo, las sociedades civiles), deberán presentar las declaraciones de Impuesto sobre la Renta, de forma electrónica, obligatoriamente, para todos los ejercicios fiscales que comiencen con posterioridad al 01 de enero de 2009.
- b) Las personas naturales cuya determinación no arroje impuesto a pagar (impuesto a pagar "0"), deberán presentar la declaración de forma electrónica necesariamente.
- c) Las personas naturales cuya autoliquidación arroje impuesto a pagar, podrán optar entre presentar la declaración de Impuesto sobre la Renta, así como las declaraciones sustitutivas a que hubiere lugar, por medios electrónicos, o bien por medios físicos tradicionales, mediante las planillas correspondientes, en las oficinas receptoras de fondos nacionales.
- 6 Publicada en Gaceta Oficial N° 39.296, de fecha 30-11-2009.
- 7 Esta normativa se aplica a todos los Sujetos Pasivos del deber formal de declarar el ISLR, salvo los siguientes casos excepcionales (que también tienen la obligación de hacer dichas declaraciones por medios electrónicos): a) Los sujetos (personas naturales o jurídicas, o bien entes no dotados de personalidad jurídicas, que hayan sido calificados por la Administración Tributaria Nacional como 'Sujetos Pasivos Especiales', en cuyo caso se aplica la Providencia N° SNAT/2009/0034, de fecha 05-05-2009. b) Los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, que se rigen por la Providencia N° 0949, de fecha 31-10-2005.
- 8 Si bien la norma sólo se refiere a las declaraciones definitivas y sustitutivas, se entiende que la norma también se aplica a las declaraciones estimadas de Impuesto sobre la Renta.

Tanto para los casos en que la declaración se realice electrónica o mediante soporte tradicional, mediante el uso de las planillas dispuestas por la Administración Tributaria Nacional, los plazos para la realización de dichas declaraciones serán los mismos, y el pago se debe realizar por ante las oficinas receptoras de fondos nacionales (en el caso de la declaración y pago electrónico que arroje impuesto a pagar, se deberá imprimir la planilla de pago electrónico que genera el sistema, sirviendo la misma de instrumento para realizar el pago ante el banco correspondiente). Si la declaración se realiza por medios electrónicos, el sujeto pasivo tendrá la opción, en caso de que le corresponda pagar impuesto, de realizar el pago por medios electrónicos, que comprende la realización mediante una transferencia electrónica (si es titular de una cuenta en alguno de los bancos autorizados por el SENIAT), o mediante algún otro medio electrónico de pago autorizado al efecto por el SENIAT.

1. Normativa relacionada

1.1. Normativa aplicable a los funcionarios públicos y trabajadores de organismos públicos nacionales, estadales o municipales

La Providencia N° 0949, del SENIAT de fecha de fecha 31-10-2005°, estableció la obligación para los funcionarios públicos y trabajadores que presten sus servicios a entes públicos nacionales, estadales o municipales, que perciban enriquecimientos iguales o superiores a 1.000 Unidades Tributarias¹º, tienen la obligación de realizar las declaraciones definitivas de Impuesto sobre la Renta electrónicamente, mediante el portal fiscal, para los períodos económicos siguientes a partir del 31 de diciembre de 2004. De igual modo, la Providencia en cuestión, instruye a los entes públicos en el sentido de facilitar los medios materiales para permitir que sus empleados realicen las declaraciones en cuestión, y prohíbe recibir las declaraciones presentadas por dichas personas mediante medios físicos; disposición ésta muy difícil de cumplir efectivamente.

1.2. Normativa aplicable a los declarados como sujetos pasivos especiales

La Providencia Administrativa que establece la Obligación de Declarar por Internet a los sujetos pasivos especiales (Providencia N° SNAT/2009-0034)¹¹, determina que las personas, naturales o jurídicas que hayan recibido tal calificación por parte del Servicio Nacional Integrado de Administración

- 9 Publicada en Gaceta Oficial N° 38.319, de fecha 22-11-2005.
- 10 Cuando la persona natural, percibe en el ejercicio económico, ingresos inferiores a dicha cantidad, no tienen siquiera la obligación de declarar Impuesto sobre la Renta.
- 11 Providencia Nº SNAT-2009-0034, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.171, de fecha 05-05-2009.

Aduanera y Tributaria; deberán realizar sus declaraciones de Impuesto sobre la Renta exclusivamente mediante el portal fiscal. Dicha obligación debe cumplirse exactamente en los mismos plazos establecidos en el correspondiente calendario de contribuyentes especiales (de conformidad con el número de Registro de Información Fiscal). De igual modo, en la norma referida se instruye a las oficinas receptoras de fondos nacionales y dependencias dependientes del SENIAT a no recibir las declaraciones presentadas en los formularios físicos¹², sino que las declaraciones deben hacerse exclusivamente mediante el portal fiscal del SENIAT, mediante http://www.seniat.gob.ve, o cualquiera otra que se cree para sustituirla.

Esta Providencia Administrativa derogó la Providencia N° 0948 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), de fecha 31-10-2005¹³, establecía que los Sujetos Pasivos calificados como especiales, debían presentar sus declaraciones definitivas de Impuesto sobre la Renta, exclusivamente mediante el portal fiscal (http://www.seniat.gob.ve), pudiendo los contribuyentes, en caso que corresponda hacer pago de dicho impuesto optar entre hacer el pago electrónicamente, o imprimir la pantalla resultante y realizar el pago de forma presencial por ante alguna de las oficinas receptoras de fondos nacionales. De igual modo, en dicha Providencia, se instruyó a las Oficinas de la Administración Tributaria nacional, así como a las receptoras de fondos nacionales, a no recibir las declaraciones de Impuesto sobre la Renta presentadas mediante formularios tradicionales manuales.

Normativa que establece la obligación de hacer la declaración del IV. IVA electrónicamente y permite pagar de forma electrónica dicho impuesto.

La Providencia que determina el deber formal de realizar las declaraciones de Impuesto al Valor Agregado por medios electrónicos (N° SNAT/2009/0104)¹⁴, estableció que todos los sujetos pasivos (personas naturales o jurídicas, o bien entes no dotados de personalidad, pero considerados contribuyentes a efectos del IVA), obligados a presentar las declaraciones mensuales de IVA, bien se trate de declaraciones definitivas o sustitutivas, por medios electrónicos, mediante el uso del portal fiscal del SENIAT (http://www.seniat.gob.ve).

Esta obligación se hizo efectiva para todos los períodos fiscales iniciados con posterioridad al 30 de noviembre de 2009, lo cual quiere decir, que atendiendo al hecho de que el IVA es un impuesto que se declara y paga mensualmente, los contribuyentes de dicho tributo deberán declarar electrónicamente y pagar respecto de los períodos iniciados del 01 de diciembre de2009 en adelante,

- 12 DPNR25, DPNNR25, DPJ26, EPJ28 y EPN29.
- Publicada en Gaceta Oficial N° 38.319, de fecha 22-11-2005.
 Publicada en Gaceta Oficial N° 39.296, de fecha 30-11-2009.

conforme la fecha que le corresponda, según el caso (si es contribuyente ordinario del IVA, dentro de los primeros quince días del mes siguiente, si es contribuyente calificado como sujeto pasivo especial, en la fecha que le corresponda de acuerdo al calendario especial señalado al efecto, conforme su número de Registro de Información Fiscal).¹⁵

En caso que de la declaración de IVA correspondiente arroje cantidad de impuesto a pagar, el sujeto pasivo podrá optar entre realizar el pago por medios electrónicos, en caso de que cuente con la posibilidad de efectuarlo mediante alguno de los bancos receptores de fondos nacionales que también tienen sus sistemas autorizados para pagos electrónicos, o bien imprimir la planilla generada por el sistema y realizar el pago físicamente por ante alguno de los bancos calificados como receptores de fondos nacionales.

V. Sanciones por incumplimiento

La presentación de declaraciones mediante las cuales se determinen tributos por parte de los sujetos pasivos, mediante la autoliquidación es un principio expresamente establecido por la legislación tributaria venezolana, constituyendo la presentación de las declaraciones tributarias uno de los principales deberes formales que compete a los contribuyentes. De allí que la obligación de que la presentación de las declaraciones se realicen por medios electrónicos, y la posibilidad de que el pago de los tributos (que constituye el cumplimiento del principal deber material), se puedan realizar por medios electrónicos, implica la necesidad de adelantar medios de cumplimiento electrónicos de los deberes formales, a fines de cumplir con las normas tributarias.

Por su parte, cada una de las normas indicadas remite a la aplicación del COT, respecto de las sanciones en caso de incumplimiento de la normativa indicada. De modo que el incumplimiento de la obligación de presentar las declaraciones tributarias, implicará una sanción de multa de 10 U.T. por cada infracción, que se incrementará en 10 U.T. más, hasta un máximo de 50 U.T.; mientras que si éstas declaraciones se presentan de forma incompleta, fuera del lapso o más de una declaración sustitutiva por medios electrónicos, implicará la imposición de una multa de 5 U.T., por cada infracción, hasta un máximo de 25 U.T.

¹⁵ Los Sujetos Pasivos Especiales se rigen por la Providencia N° 0082, de fecha 09-02-2006, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.423 de fecha 25-04-2006, que modificó parcialmente la Providencia N° 503 del 20-06-2005.

Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores*

Bárbara de la Vega Justribó**

SUMARIO: I. Introducción. II. Normativa reguladora de la publicidad en el concurso de acreedores. 1. Normativa concursal. 1.1 Ley orgánica 8/2003, para la reforma concursal. 1.2 La Ley Concursal 22/2003. 1.3 Real Decreto 685/2005. 1.4 Real Decreto-Ley 3/2009. 2. Normas que reforman la administración de justicia. III. La publicidad en el concurso de acreedores. 1. La publicidad edictal. 2. La publicidad registral. 3. La publicidad en relación con la administración concursal. 4. La publicidad de los efectos personales del concurso sobre el deudor. 5. La publicidad de las notificaciones relativas a los aspectos procesales de carácter general. IV. Los problemas derivados de la nueva regulación de la publicidad concursal. V. Conclusiones.

Resumen

La publicidad del concurso de acreedores ha sido modificada al aplicarle las nuevas tecnologías, creando una nueva "publicidad concursal interactiva". Se establece la publicidad gratuita en el Boletín Oficial del Estado y se crea el Registro Público Concursal. La valoración del actual sistema de publicidad, pendiente de desarrollo reglamentario, es positiva. El sistema de fehaciencia que se establezca será esencial.

Palabras clave: Procedimiento de concurso de acreedores. "*Publicidad concursal interactiva*". Nuevas tecnologías.

Abstract

The provisions on publication and communication of insolvency proceedings have been modified to pave the way for the application of new technologies by means of the setting forth of a system of "interactive disclosure of bankruptcy proceedings". A

Recibido: 30/7/2010 • Aceptado: 15/9/2010

** Profa. Dra. Asociada de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid

ISSN: 1317-9306

107-130

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010

^{*} El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre "Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (III)", financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2009-10387, subprograma JURI).

system of a duty-free publication in the Official Gazzette of Spain has been put in place and a specific Registry of bankruptcy proceedings has been created. The assessment of the current system, pending additional regulation, is positive. The authenticity of communications to be established will be essential.

Key words: Bankruptcy Proceedings. "Interactive Publication of Bankruptcy proceedings". New Technologies.

I. Introducción

Este trabajo se plantea como consecuencia de la reciente reforma en materia concursal y, en particular, de la aplicación de las nuevas tecnologías a la publicidad que se efectúa en el procedimiento del concurso de acreedores. Con el fin de valorar los efectos de la reforma y comprender los problemas que suscita, se revisan las sucesivas modificaciones que la materia ha sufrido.

II. Normativa reguladora de la publicidad en el concurso de acreedores

1. Normativa concursal

1.1. Ley orgánica 8/2003, para la reforma concursal

La reforma del Derecho concursal español ha sido acometida mediante la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹. Con ella se ha pretendido resolver algunas deficiencias de las que tradicionalmente ha adolecido el Derecho concursal español, siendo el objetivo fundamental la modernización de esta parte del Derecho mercantil, sin la cual el proceso de reforma mercantil iniciado hace treinta años quedaría incompleto. Un sistema concursal moderno y unitario regido por los principios de unidad legal, de disciplina o subjetivo y de sistema o procedimiento legal, ha sustituido al anterior, caracterizado por las notas de arcaísmo y dispersión.

Del contenido de esta Ley orgánica nos interesa en particular la regulación de las restricciones de los derechos fundamentales del deudor concursado que pueden ser acordadas en el contexto de un procedimiento concursal, por cuanto se encuentran conectadas con las nuevas tecnologías.

Publicadas en el BOE el 10 de julio de 2003

La Disposición adicional tercera del la Ley orgánica dispone su entrada en vigor con carácter general el 11 de julio de 2003, día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), y a partir del 1 de septiembre de 2004, se encuentra en vigor en relación con las restricciones de los derechos fundamentales del concursado en el contexto de un procedimiento concursal.

1.2. La Ley Concursal 22/2003

La regulación legal de los aspectos sustantivos, procesales e internacionales del concurso de acreedores se regulan en una única norma, la Ley 22/2003, cuyas previsiones se completan con la Ley Orgánica 8/2003 en las materias que han debido ser reguladas por medio de ley orgánica. Este concurso de acreedores es aplicable a todo deudor en situación de insolvencia, sea persona natural o jurídica, comerciante o no. De este modo, se refunden en un solo procedimiento concursal aquellos cuya naturaleza era civil como son la quita y espera y el concurso de acreedores, así como los que eran propiamente mercantiles como son la suspensión de pagos y la quiebra. El concurso de acreedores se distingue por su carácter judicial y flexible, toda vez que se adapta a las distintas circunstancias que el estado patrimonial del deudor requiera.

A tenor de la Disposición final trigésimo quinta, la Ley concursal entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, estableciendo un régimen transitorio en la disposición citada y en la Disposición transitoria primera, relevante por su relación con la aplicación de las nuevas tecnologías.

En la tramitación parlamentaria de la Ley concursal, el medio telemático fue defendido por el Grupo Parlamentario Catalán presentando la enmienda 439² y fundamentándola en que "dada la extraordinaria difusión que en los últimos años han tenido las redes de comunicación telemática, no parece lógico, ni por razones de coste, ni de estricta eficacia, que la publicidad del concurso y el llamamiento a los acreedores (con los importantes efectos que se derivan de lo previsto en el artículo 20.1.5°) se base en una publicación en la prensa escrita. La consulta de una página web perfectamente identificada resultará mucho más sencilla para los acreedores, quedando, en consecuencia, mejor protegidos sus intereses, y la inserción de los anuncios en la misma se realizará con un coste muy inferior al que resultaría del mecanismo previsto en el Proyecto. El sistema propuesto (que se complementa con la propuesta de introducción de una nueva disposición adicional tercera) permite aprovechar los instrumentos tecnológicos previstos en la Ley 24/2001, que ha articulado un auténtica red de oficinas registrales, interconectadas mediante sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información

² Enmienda 439 del Grupo Parlamentario Catalán. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 101-15, de 02.12.2002).

(artículos 107 y siguientes)". Esta Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, regula en su sección 8ª, la atribución y uso de la firma electrónica por parte de Notarios y Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles en el ejercicio de sus funciones públicas.

En la actualidad, la Comisión General para la Codificación del Derecho trabaja en la reforma de determinados aspectos de la Ley concursal. Asimismo, el 16 de julio de 2010 el Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado de 2003, que se acompaña de un Proyecto de Ley Orgánica complementaria por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1995, en lo que se refiere a las funciones de apoyo al arbitraje de los tribunales, Proyecto de Ley que también se remite a las Cortes Generales.

1.3. Real Decreto 685/2005

En desarrollo del mandato recogido en el artículo 198 de la Ley concursal, que se examina más adelante, se aprobó el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, desarrollado a su vez por la Orden JUS/3473/2005, de 8 de noviembre, sobre difusión y publicidad de las resoluciones concursales a través de Internet. El sistema de publicidad configurado a través de las dos normas citadas ha ido más allá de lo previsto en el artículo 198 de la Ley concursal, con el resultado de un "sistema de publicidad registral interactiva".

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 ha obligado al Ministerio de Justicia a cubrir el vacío normativo surgido tras las declaraciones de nulidad emitidas en la citada sentencia, motivando la aprobación del Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero, de reforma del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil para la mejora de la información del Registro Mercantil Central. Se promulga, entre otras, con la finalidad de precisar los supuestos y la forma en que debe llevarse a cabo la publicidad de las situaciones concursales, así como para articular el procedimiento que asegure el registro público del artículo 198 de la Ley Concursal.

1.4. Real Decreto-Ley 3/2009

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal³, reforma la Ley concursal con el fin de adecuarla a la situación de crisis económica y dotarla de eficiencia. El preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2009 justifica la reforma de los aspectos cuyo tratamiento normativo se ha revelado problemático e insuficiente en los primeros años de aplicación de la Ley concursal. En este trabajo nos interesa en particular el problema derivado de los elevados costes temporales y económicos del concurso de acreedores, y los riesgos de deterioro del crédito del deudor en el tráfico, aparejados al amplio sistema de publicidad que se practicaba antes de esta reforma en la declaración del concurso.

Las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009 inciden en diferentes ámbitos del procedimiento concursal. La reforma afecta, entre otros aspectos, al coste del concurso tanto económico como temporal que se ha demostrado excesivamente elevado en los últimos años, y para ello simplifica el complejo y costoso sistema de publicidad del concurso, con un total de once modificaciones de la Ley concursal. En efecto, se corrige el sistema de publicidad edictal conforme a criterios de simplicidad y de gratuidad. Se reducen los medios de publicidad al BOE y al Registro Público Concursal de nueva creación, que sustituye al actual Registro de resoluciones concursales, suprimiéndose la referencia a los diarios privados. Se reduce la lista de los actos de inserción obligatoria en el BOE y el contenido de la inserción, así como la publicidad de inserción facultativa y complementaria. Los costes temporales, son también tratados en el sentido de intentar acortar los plazos del concurso. Todo ello está relacionado de manera directa con la aplicación de las nuevas tecnologías y conlleva una serie de ventajas e inconvenientes que se examinarán más adelante.

Como se habrá podido concluir de la exposición, las nuevas tecnologías despliegan un papel fundamental en materia de publicidad del concurso de acreedores. Prueba de ello es que el Real Decreto-Ley 3/2009 modifica los artículos de la Ley concursal 12.1, 20.4, 21.1.5, 23, 24, 40.4, párrafo 2°, 140.1, 175.2 y 198.

El régimen transitorio del Real Decreto-Ley 3/2009 establece normas relativas a la aplicación de las nuevas tecnologías al concurso de acreedores. En efecto, la entrada en vigor con carácter general del Real Decreto-Ley tuvo lugar el 1 de abril de 2009, y existen dos excepciones a esta regla en dos materias que están pendientes de desarrollo reglamentario: la publicidad del concurso y la administración concursal⁴. De la segunda, entraña un cierto interés

- 3 Publicado en el BOE el 31 de marzo de 2009.
- 4 En relación con la publicidad del concurso y con el informe de la administración concursal, GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., "Los aspectos procesales más relevantes de la reforma de la Ley concursal de abril de 2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2009.

para este trabajo la publicidad del informe que ha de realizar el administrador concursal, si bien nuestra atención se centra en la primera excepción. La entrada en vigor del régimen de publicidad concursal, prevista en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/2009, queda diferida al momento en que entre en vigor, conforme a lo que en él se disponga, el Real Decreto de desarrollo de estructura, contenido y el sistema de publicidad a través del Registro Público Concursal creado por el Real Decreto-Ley 3/2009 y los procedimientos de inserción y acceso. En el momento en que el referido Reglamento de desarrollo del Registro Público Concursal entre en vigor, la reforma del régimen de publicidad será aplicable a los procedimientos concursales que se declaren y a los procedimientos concursales que se hallen en tramitación.

Sin embargo, la modificación de la Ley concursal relativa a la preferencia en la utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos para la "publicidad noticia procesal", y a la reducción de la publicidad que se realice en el BOE (artículo 23 de la Ley Concursal modificado por el Real Decreto-Ley 3/2009), entra en vigor el 1 de abril de 2009, y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.

En todo caso, desde el 1 de abril de 2009 las publicaciones que se remitan al BOE, contempladas en la Ley concursal en los artículos 23.1, 95.2, 144 y 177, tendrán carácter gratuito siempre que así se acuerde por el juez del concurso, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.

2. Normas que reforman la administración de justicia

La configuración legal del concurso de acreedores como procedimiento judicial, ha supuesto que dos leyes pertenecientes al ámbito de la reforma de la justicia hayan afectado de manera directa al concurso de acreedores⁵. La primera de ellas es la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y la segunda, la Ley Orgánica 1/2009, complementaria a la Ley 13/2009, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el propósito de acompañar la implantación de la nueva oficina judicial al tiempo que se aplica una serie de mejoras técnicas. La finalidad que se persigue es racionalizar y optimizar los recursos destinados al funcionamiento de la administración de justicia. En suma, proporcionar a los ciudadanos un servicio público de justicia ágil, transparente y plenamente conforme con los valores constitucionales.

5 Téngase en cuenta el Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado de 2003, que se acompaña de un Proyecto de Ley Orgánica complementaria por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1995, en lo que se refiere a las funciones de apoyo al arbitraje de los tribunales, cuya finalidad es impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias, reduciendo así la carga de trabajo de los tribunales a la vez que los costes.

De interés para este trabajo es el objetivo de descargar a los jueces y magistrados de tareas distintas de las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con el fin de agilizar el funcionamiento de la justicia. Para ello, se atribuye a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional, confiriendo una función fundamental a los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales. Se ha optado por atribuir la competencia de los trámites al secretario judicial excepto en los supuestos en que la toma de una decisión procesal pudiera afectar a la función jurisdiccional. Otros objetivos complementarios son las buenas prácticas procesales o la potenciación de garantías del justiciable. Modificaciones todas ellas que tienen trascendencia en el concurso de acreedores y la aplicación de las nuevas tecnologías al mismo.

La entrada en vigor de la Ley 13/2009 se produce a los seis meses de su publicación en el BOE, el 4 de mayo de 2010. En el texto se mantienen las referencias a la Ley concursal en vigor hasta la fecha referida, incluyendo junto a ellas las modificaciones que entran en vigor a partir del 4 de mayo de 2010. En cuanto a los preceptos de la Ley concursal que quedan afectados por esta Ley procesal, nos interesa el artículo 23.3, párrafo 3º y el artículo el 24.5, párrafo 3º.

Por último, es necesario tener en cuenta la reforma de una serie de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 relativos a aspectos que deben tenerse necesariamente en cuenta por las partes en sus escritos y actuaciones y/o que afectan a la regulación de trámites procesales más allá del reparto competencial interno. De los preceptos modificados reviste interés para este trabajo el artículo 162.1 de la Ley procesal en el que se modifica la regulación de las notificaciones telemáticas. Hasta ahora, si transcurridos tres días no constaba la efectiva recepción, la notificación se tenía por intentada sin efecto. Con la nueva regulación, se tendrá por legalmente efectuada "desplegando todos sus efectos", salvo que el destinatario justifique que la falta de acceso al sistema de notificaciones se debió a causas técnicas. La mejora de la administración de justicia requiere cumplir el objetivo de la implantación de las comunicaciones telemáticas con todos los intervinientes en el proceso, pero entendemos que esa necesidad debería compatibilizarse con la evitación de situaciones potencialmente generadoras de indefensión. Bien es sabido que los servidores de correo electrónico sufren anomalías con cierta frecuencia. Que la parte pueda perder una expectativa procesal importante simplemente porque su letrado no recibió correctamente un correo electrónico sin poder justificar suficientemente el problema técnico padecido parece una sanción demasiado grave. La reforma del citado precepto merece una valoración positiva, al margen del nuevo reparto competencial entre jueces y secretarios judiciales.

III. La publicidad en el concurso de acreedores

La declaración de concurso, por sus efectos materiales y procesales, necesita ser objeto de una publicidad suficiente con el fin de que la puedan conocer quienes resulten ser sus acreedores y poder facilitar la acumulación de reclamaciones o ejecuciones y, en general, para dar a conocer esta situación en el tráfico económico.

El fracaso del modelo procesal diseñado por el legislador en 2003 para el concurso de acreedores, comprobado que el mismo no ha logrado la tramitación pronta, eficaz y económica pretendida, ha dado lugar a una reforma de urgencia, aunque no derivada directamente de la crisis, por la que se ha modificado el sistema de publicidad del concurso. El Real Decreto-Ley 3/2009 reforma la publicidad del concurso aplicando criterios de simplicidad y gratuidad a la publicidad, en la que el recurso a las nuevas tecnologías es permanente.

En relación con el coste de la publicidad, en algunas ocasiones puede ocurrir que en el momento de la declaración del concurso no exista liquidez para hacer frente al pago de los anuncios de inserción obligatoria. Esta circunstancia se agrava en el caso de que la publicación deba realizarse con la mayor urgencia posible, dado que ello obligaba a satisfacer una tarifa especial que, en algunos casos casi duplicaba el gasto. Además, hay que tener en cuenta que muchas de las resoluciones dictadas por el juez en el concurso de acreedores tenían que ser objeto de la misma publicidad que la declaración del concurso, con lo que el gasto se multiplicaba. El fundamento de la gratuidad se encuentra en el interés que para la colectividad tiene el conocimiento del concurso y de las principales resoluciones judiciales que se dicten durante el procedimiento.

Resulta evidente que el adecuado cumplimiento de los fines del concurso de acreedores exige que se dote al procedimiento de la más amplia publicidad y la Ley concursal ha reflejado esa necesidad tratando de asegurar la publicidad meramente informativa del procedimiento concursal, también denominada "publicidad noticia", y su reflejo en los registros públicos de personas y de bienes mediante la inscripción de determinadas resoluciones concursales, siguiendo el ejemplo del Derecho comparado y del Derecho de la Unión Europea. Asimismo, se reglamenta otra publicidad, que no debe confundirse con la anterior, que es la que se ha de realizar de las sentencias que declaren concursados culpables y de las resoluciones que acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales en los casos que la propia Ley prevé.

La Ley concursal establece las actuaciones que son objeto de publicidad en el procedimiento concursal, siendo de nuestro interés la publicidad efectuada en sede de solicitud y declaración judicial del concurso (publicidad edictal y publicidad registral), la publicidad en relación con la administración concursal, la publicidad vinculada a los efectos personales del concurso sobre el deudor, y la publicidad de las notificaciones relativas a los aspectos procesales de carácter general.

1. La publicidad edictal

La denominada publicidad edictal se regula en el artículo 23 de la Ley concursal. Por su parte, el artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/2009, bajo la rúbrica publicidad, contiene once modificaciones normativas de la Ley concursal con arreglo a criterios de simplicidad y gratuidad, siendo las más relevantes las de los números cinco y once. Las otras modificaciones son de carácter accesorio y modifican la redacción de proposiciones normativas de remisión para adecuarlas a la nueva Ley concursal (artículo 23) y a la reconfiguración del Registro de Resoluciones Concursales como Registro Público Concursal. Como novedad, se elimina una de las publicidades obligatorias de la declaración de concurso, otorgando urgencia y gratuidad a la que se mantiene, al tiempo que se opta por las comunicaciones telemáticas, incluso las de asiento en registros oficiales y crea un nuevo mecanismo de publicidad denominado Registro Público Concursal.

En la actualidad, los medios telemáticos, informáticos y electrónicos no son los utilizados en la práctica habitual de los juzgados y tribunales para el envío y la recepción de los escritos y documentos a notificar a las partes del proceso y demás interesados⁶. Sin duda, los juzgados y tribunales están autorizados para utilizar estos medios (artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que no emplean porque hoy no puede tenerse la seguridad de que estos medios telemáticos, informáticos y electrónicos garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, como tampoco la seguridad de que quede constancia fehaciente de la recepción y remisión íntegras del escrito a notificar y del momento de su notificación (artículo 162 de la Ley procesal). Por este motivo, el artículo 23 se remite al desarrollo reglamentario que se haga de estos medios, con la finalidad de que quede garantizada la seguridad e integridad de las comunicaciones, lo que permitirá su empleo en el futuro.

Como publicidad edictal de carácter obligatorio, se configura la declaración de concurso que se ha de publicar en el BOE, y se elimina la referencia a los diarios privados. La multiplicidad de publicaciones anterior resultaba ineficaz y generaba inseguridad. Diversos plazos procesales comenzaban a computarse desde la última de las publicaciones y no siempre era fácil concretar con certeza los distintos vencimientos. Este anuncio en el BOE es urgente y gratuito, mediante extracto. Su contenido debe referirse únicamente a los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su número de identificación fiscal; el juzgado competente, el número de autos, el plazo para la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de las facultades del

⁶ Una propuesta de la mejora de la función del administrador concursal, que no es un órgano judicial, a través de la aplicación de las nuevas tecnologías es elaborada por ANDRÉS CEBRIÁN, F.J., "La necesidad de una herramienta informática para el correcto desempeño del cargo de administrador concursal", *Noticias Jurídicas*, octubre 2004.

concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal en que se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. Asimismo, el auto de declaración de concurso se debe insertar en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

En cuanto a la publicidad, se debe realizar preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, siempre que se garantice la seguridad y la integridad de las comunicaciones, encontrándose esta previsión pendiente de desarrollo reglamentario. El traslado de los oficios con los edictos se ha de realizar preferentemente por vía telemática desde el juzgado, y solo por excepción si aquello no fuera posible, se entregarán al procurador del solicitante del concurso, quien debe remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes. Esta fórmula se utilizará durante la ausencia del citado desarrollo reglamentario de la comunicación telemática⁷.

Con un carácter complementario o adicional a la anterior publicidad edictal obligatoria, de oficio o a instancia de parte, el juez del concurso puede acordar realizar una publicidad complementaria, en medios oficiales o privados cuando la considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos el concurso. Ejemplo de ello es el supuesto en el que la declaración del concurso produzca sus efectos en un país distinto de España, porque allí se encuentren bienes y derechos del concursado o existan acreedores (en los términos del artículo 215 de la Ley concursal). En este caso, el juez del concurso puede acordar la adopción de medidas de publicidad adicional consistentes en la publicación de la declaración del concurso en el extranjero.

La publicidad de la declaración de concurso es el aspecto donde encontramos mayor similitud entre los procedimientos relativos a la ejecución universal derogados y la propia Ley concursal. En efecto, el mismo principio de publicidad impuesto por la Ley vigente lo era también por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en el expediente de quita y espera (artículo 1134); en el concurso de acreedores (artículo 1168); en los supuestos de suspensión de pagos, el artículo 4 de la Ley de suspensión de pagos dejaba al criterio del juez la publicidad en la

⁷ El Auto de Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 4 de mayo de 2009, Auto nº 292/09, es buen ejemplo de esta práctica de la publicidad. En el auto, se hace alusión al notable cambio que ha sufrido el régimen de publicidad de estos procesos a raíz de la reforma concursal. En este sentido, cita el contenido del Real Decreto-Ley 3/2009, en virtud del cual el auto se deberá publicar, con la mayor urgencia y con carácter gratuito, en el BOE. Sin embargo, el juez advierte que aunque la nueva regulación dispone que ello habrá de hacerse por vía telemática, al no existir aún la posibilidad de verificarlo, el edicto lo entrega al procurador solicitante, haciendo constar en el oficio su carácter urgente y gratuito. Concluye el magistrado resaltando que "el Registro Público Concursal no se ha creado", por lo que aplica lo dispuesto en la Disposición transitoria 2ª del Real Decreto-Ley 3/2009. No es baladí que el juez realice estas afirmaciones, puesto que el que aún no se haya creado este Registro ni se puedan realizar las comunicaciones de los edictos por vía telemática ha recibido críticas desde diversos ámbitos ya que impide alcanzar los objetivos para los que se ha dispuesto esta importante reforma del régimen de publicidad del concurso que pretende evitar costes innecesarios.

forma en que considerase conveniente, y en el caso de quiebra se regulaba en el artículo 1337 de la Ley procesal y el artículo 1044, apartado 5 del Código de Comercio de 1829.

2. La publicidad registral

La publicidad denominada registral, regulada en los artículos 8, 23, 24 y 55.1 de la Ley concursal, precisa de un registro público telemático que es la pieza que cierra el nuevo sistema de publicidad registral del concurso y de sus actos. Se trata del Registro Público Concursal que sustituye al Registro de Resoluciones Concursales. Sin perjuicio de un ulterior examen de este registro, conviene señalar aquí que el acceso al mismo es gratuito a través de un portal de Internet y que publicará todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la Ley concursal, incluidas aquellas a las que se circunscribía el ámbito de materias informativo del antiguo Registro de Resoluciones judiciales (se trata de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil). La estructura, el contenido, el sistema de publicidad y los procedimientos de inserción y de acceso están pendientes de desarrollo reglamentario (Disposición adicional 3ª del Real Decreto-Ley 3/2009).

En cuanto al contenido de la publicidad registral, la Ley concursal detalla la forma y contenido de los asientos a practicar en función de las circunstancias del deudor. Si el deudor es una persona física, se ha de inscribir en el Registro Civil la declaración de concurso, con referencia a los efectos de éste sobre sus facultades de administración y disposición y al nombramiento de los administradores concursales. Por el contrario, si el deudor es una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil o en otro Registro público, se han de inscribir las circunstancias anteriores en el registro correspondiente. En el mismo, la publicidad consiste en una anotación preventiva mientras no sea firme el auto de declaración, o en un asiento de inscripción cuando sea firme. Con independencia de cuál sea la condición del deudor, si es titular de bienes o derechos inscritos en registros públicos, como es el de la propiedad se ha de practicar en el folio correspondiente a cada uno de ellos una anotación preventiva que recoja las circunstancias anteriores.

Los efectos de esta anotación preventiva son de mera publicidad, con el objeto de hacer oponible tal circunstancia a terceros adquirentes. Sin embargo, produce el efecto de cierre registral respecto de las trabas o embargos, que a partir de entonces sólo pueden ser acordados por el juez del concurso. El traslado de los oficios con los edictos se realizará desde el juzgado a los registros correspondientes. Si esto no fuera posible, y de manera excepcional, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con

los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en el artículo 24 de la Ley concursal. En el caso de que el auto de declaración del concurso no resulte firme, será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros. En el supuesto de que el solicitante de la declaración de concurso sea una Administración pública, el juzgado remite directamente los oficios, realizándose directamente por el secretario judicial a los respectivos registros desde el 4 de mayo de 2010.

El Real Decreto-Ley 3/2009 modifica el artículo 24 de la Ley concursal, insertando en sus diferentes apartados la necesidad de que las inscripciones registrales y el traslado de los oficios con los edictos se lleven a cabo preferentemente por medios telemáticos o preferentemente por vía telemática.

La comparación de la regulación de esta publicidad con la publicidad prescrita en las normas de ejecución universal ya derogadas, obliga a referirse al artículo 4 de la Ley de suspensión de pagos, que establecía la publicidad que debía darse a la resolución, que era similar a la actual, mencionándose únicamente los Registros de la Propiedad donde se hallaren inscritos los bienes del suspenso, estableciéndose la obligación de inscribir la resolución en un Registro especial que llevaba cada juzgado, y facultando al juez para que la pudiera acordar en la forma que estimase conveniente. En el expediente de quita y espera, por tratarse de una convocatoria a la junta de acreedores, no se hacía mención alguna a la publicidad registral que comentamos. Por lo que respecta al concurso, el artículo 1160 de la Ley procesal regulaba las medidas que debían incluirse en el auto de su declaración, remitiéndose a la sección tercera, las diligencias consiguientes a la declaración del concurso. Asimismo, el artículo 2.4º de la Ley Hipotecaria establecía la inscripción de la resolución de declaración del concurso donde se encuentran inscritos los bienes y derechos del deudor. En el caso de la quiebra, el artículo 1337 de la Ley procesal no se refería a la publicidad registral de la resolución, y en cambio sí lo hacía a la publicidad de la resolución, señalando la remisión a los demás pueblos donde el quebrado tuviera establecimientos mercantiles. Por último, el artículo 46 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil, establecía que las declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. La razón estribaba en que la declaración de quiebra comportaba una restricción a la capacidad del ejercicio del deudor.

3. La publicidad en relación con la administración concursal

El nombramiento de los administradores concursales es uno de los pronunciamientos judiciales que ha de contener el auto de declaración de concurso, y en consecuencia, la publicidad del auto incluye la del nombramiento. Si alguno de los administradores concursales es designado con posterioridad, generalmente será un acreedor, debe someterse al mismo régimen de publicidad,

según lo dispuesto en los artículos 21, 23 y 24 de la Ley concursal modificados por el Real Decreto-Ley 3/2009.

Asimismo, el nombramiento de los administradores concursales ha de ser objeto de inscripción en los siguientes Registros: en el Registro Civil, si el deudor es una persona física; en el Registro Mercantil o en otro registro público si fuera un sujeto inscribible en los mismos; en el Registro de la Propiedad donde se encuentren inscritos los bienes del concursado; y en el Registro Público Concursal previsto en el artículo 198 de la Ley concursal. La misma publicidad ha de darse al cese y al nombramiento del nuevo administrador concursal.

En este supuesto de publicidad hay que destacar la reforma del sistema de publicidad operada en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009 que da preferencia a los medios telemáticos, informáticos y electrónicos, e impulsa el Registro Público Concursal, al tiempo que establece la gratuidad de los anuncios en determinados casos, si bien, como ya hemos señalado, este sistema está pendiente de desarrollo reglamentario.

4. La publicidad de los efectos personales del concurso sobre el deudor

La declaración de concurso produce, entre otros, unos efectos en relación con la persona del deudor, que se traducen en la imposición de restricciones a sus derechos y que son objeto de regulación por la Ley Orgánica para la reforma concursal y libertades fundamentales 8/2003, y en la imposición de ciertas obligaciones, que se contienen en la Ley concursal. De los derechos del concursado afectados por la declaración del concurso nos interesa, por la relación con la comunicación telemática, el relativo al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 de la Constitución española, el artículo 1.1.1ª de la Ley Orgánica de Reforma Concursal y el artículo 1.4 de la Ley concursal. Estos derechos se refieren en sentido amplio a la libertad personal por lo que tienen la consideración de derechos fundamentales, facultándose al juez del concurso para intervenir las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al concurso.

La intervención de las comunicaciones telefónicas ha de entenderse que abarca todo tipo de comunicación telemática o informática con idénticas cautelas o garantías, pues se trata de reconducir el contenido de la norma a las nuevas tecnologías de la comunicación. La intervención ha de llevarse a cabo de conformidad con lo previsto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante resolución motivada y por un plazo máximo de tres meses. Como señala la Ley Orgánica 8/2003 en su Exposición de Motivos, la regulación actual de los efectos personales del concurso es conforme con la doctrina del Tribunal Supremo. Tras la desaparición del carácter infamante del concurso, solo procede restringir los derechos del concursado cuando lo exige la tramitación del procedimiento. El juez se ha de limitar a acordar los efectos "necesarios"

desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que esta lo exija".

5. La publicidad de las notificaciones relativas a los aspectos procesales de carácter general

En el ámbito de los aspectos procesales de carácter general, la Ley concursal establece igualmente una publicidad concreta. En materia de notificaciones, a tenor del artículo 23.1 de la Ley concursal, las resoluciones que se dicten a lo largo del procedimiento concursal han de ser notificadas a todas las partes. La Ley prevé la posibilidad de llevar a cabo notificaciones, comunicaciones y trámites por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, siempre que se garantice la seguridad y la integridad de las comunicaciones. Como hemos enunciado en páginas anteriores, esta previsión se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

Desde este enfoque de los aspectos procesales de carácter general, es preciso referirse al artículo 198 de la Ley concursal en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009⁸. El Real Decreto 685/2005 regula el Registro Público Concursal, cuyo objeto es la publicidad del concurso para el cumplimiento de los fines del proceso. En dicho registro, cuyo acceso es gratuito, deben ser objeto de publicación todas aquellas resoluciones que requieran serlo conforme a lo previsto en los diferentes artículos de la Ley concursal, las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil.

Conviene aclarar que la publicidad regulada en los artículos 23 y 24 de la Ley concursal es diferente de la contenida en el artículo 198 de la misma Ley, si bien ambas tienen en común la preferencia por la utilización de los medios telemáticos. La Exposición de Motivos de la Ley declara que "es novedad la previsión de un procedimiento para asegurar el registro público de

⁸ En relación con el artículo 198 de la Ley concursal, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de PULGAR EZQUERRA, J., "La declaración del concurso de acreedores", *La Ley*, Madrid, 2005 págs. 785 y ss.; GARCIA VICENTE, J.R. *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen II, R. Bercovitz (coord.), Tecnos, Madrid, 2004, *sub* art. 198, págs. 2009 a 2016; VELA TORRES, P.J., en *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, VV.AA. dir. por PULGAR EZQUERRA-ALONSO LEDESMA-ALONSO UREBA-ALCOVER GRAU, Dykinson, 2005, I, *sub* art. 198, págs. 1644 y ss.; GARNICA MARTIN, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo III, VV.AA. coord. por SAGRERA TIZON, J. M., SALA REIXACHS, A., FERRER BARRIENDOS, A., Bosch, 2004, sub. art. 198, págs. 262 y ss.; FERNANDEZ DEL POZO, L., «El Registro de Resoluciones Concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, núm. 7 – 2006, págs. 263 y ss.; BAÑÓN GONZÁLEZ, J.L., "El Registro Público de Resoluciones Concursales", Anales de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 25, 2007, págs. 371 a 393. En general, AA. VV, *Comentario de la Ley Concursal* (Dir. ROJO, A/BELTRAN, E.), Madrid, Civitas, 2004.

sentencias que declaren concursados culpables y de aquellas resoluciones que acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales en los casos que la propia ley prevé". El artículo 198 de la Ley Concursal dispone que "reglamentariamente se articulará un procedimiento para que el Ministerio de Justicia asegure el registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, en los casos previstos en esta ley".

Este registro público no puede ser equiparado a los registros de personas en los que se publican otras resoluciones concursales inscribibles. En dichos registros se inscriben resoluciones concursales de distinta categoría desplegando efectos jurídicos distintos en cada registro. El registro de nueva creación se limita a otorgar una parcial publicidad informativa legal que, en ningún caso, puede suplir la que suministran los registros de personas ni cumple su función. Asimismo, las diferencias se advierten en cuanto a los sujetos que tienen acceso a los diferentes registros, dado que al registro público del artículo 198 de la Ley Concursal han de acceder las resoluciones que pueden afectar a personas naturales, empresarios o no, por el mero hecho de que concurran en ellas las condiciones de concursado culpable, de administrador o de auxiliar delegado.

La página web del Registro⁹, puesta en marcha por el Ministerio de Justicia, constituye una plataforma informativa pública de la estadística concursal. Se trata de un Registro Público de Resoluciones Concursales on-line. Una sección especial publicará los edictos concursales, salvo en casos de información reservada. El portal es de acceso público y gratuito excepto en el caso de resoluciones que no sean firmes. Este servicio de "publicidad concursal interactiva" supone un paso más en el camino de la Administración electrónica en la apuesta por las nuevas tecnologías. La aplicación permitirá que las empresas, usuarios particulares y jueces reciban, en tiempo real, información actualizada sobre la capacidad legal de empresas y de personas con las que pretenden entablar relaciones económicas.

Con esta "publicidad concursal interactiva" se espera mejorar el funcionamiento de los juzgados de lo mercantil en materia de concursos, que desde el principio planteó una serie de problemas y dudas en la elaboración de los Boletines Estadísticos del Consejo General del Poder Judicial. La llevanza de la estadística no era posible dada la falta de control informático en toda España, y exigía un control meramente manual. En otras palabras, los ordenadores no generan la estadística, aunque contienen los datos necesarios. Esto tiene particular importancia pues se demandan datos no sólo relativos a la clase de procedimiento, sino al estado de los mismos y los resultados obtenidos (tipo de concurso, consecución de convenio, o entrada en fase de liquidación, clases, etc.). La falta de una publicidad concursal interactiva abocaba al

9 La página web del Registro puede consultarse en www.registradores.org.

falseamiento de los datos por errores de control siempre posibles, que se arrastraran en lo sucesivo. Esta es una cuestión más de informatización de la estadística, que de control, pues éste sí existe.

La mejora de la publicidad concursal no es relevante únicamente en su vertiente cuantitativa o estadística, sino que debe trascender en la mejora cualitativa de la gestión del proceso concursal, en el sentido de adecuar la sede judicial a la realidad empresarial actual, en la cual la tecnología impera en todas las tareas de gestión. La comunicación por e-mail entre el concursado y el juez del concurso, la exigencia a las representaciones procesales de las partes personadas de facilitar un correo electrónico para salvaguardar sus garantías judiciales, la presentación telemática de escritos y documentación y, en definitiva, la superación del papel como soporte de gestión de los procesos concursales y la adopción de la tecnología como herramienta de gestión, aportarían sin duda un mayor grado de celeridad y agilidad en la tramitación de los procesos concursales.

El Registro de Resoluciones Concursales está dividido en tres secciones. La Sección Primera recoge la información sobre las resoluciones judiciales relativas a todo tipo de concursados, como por ejemplo, la admisión a trámite de solicitud de declaración de estado de suspensión de pagos, auto de declaración de la suspensión de pagos o de declaración de insolvencia definitiva, el auto de aprobación del convenio del suspenso con sus acreedores, etc. La Sección Segunda recoge información de las personas afectadas por las sentencias de calificación del concurso como culpable. Esta información se encuentra a través del nombre y del número de identificación fiscal. La Sección Tercera recoge información sobre el nombramiento y cese por cualquier causa (voluntaria e involuntaria, incluso por separación o inhabilitación acordada por el juez o por recusación del designado...) de los administradores concursales y el de los auxiliares delegados por orden alfabético de nombres o denominaciones.

El acceso al portal de Internet del Registro es, además de público y gratuito, directo sin necesidad de justificar o manifestar interés legítimo, pues se presupone en el solicitante de la información. Tan solo se requiere el registro y los datos personales del solicitante de la información en el caso de quiera recibir la información por correo electrónico.

IV. Los problemas derivados de la nueva regulación de la publicidad concursal

La mejora que la nueva publicidad concursal representa no puede ser a cualquier precio, y en ningún caso debería cercenar la seguridad jurídica. Por ello conviene examinar los problemas que esta regulación de la publicidad de las resoluciones judiciales ha provocado. El Real Decreto 685/2005 reforma publicidad de las resoluciones concursales, modificando una serie de preceptos del Reglamento del Registro Mercantil, como consecuencia de lo dispuesto en

el artículo 198 de la Ley Concursal. Esta publicidad se lleva a cabo en los términos antes descritos. De la comparación de lo previsto en el artículo 198 y en el Real Decreto 685/2005, se observa que el artículo 198 dispone que el Ministerio de Justicia ha de asegurar el registro público de determinadas resoluciones judiciales, dictadas en los procedimientos concursales. El Real Decreto 685/2005, interpreta la expresión registro público por publicidad con acceso al público, por lo que en vez de crearse un registro al respecto se crea un portal de Internet, gestionado por el Colegio de Registradores de España. La interpretación hecha por el Real Decreto, de la expresión registro público, ha sido criticada por los problemas y disfunciones de difícil solución que podía producir¹⁰.

Esta interpretación podría derivarse del artículo 23 de la Ley Concursal que establece "la publicidad de la declaración del concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine". No obstante, como se ha explicado en páginas anteriores, el artículo 23 se está refiriendo a la publicidad de los trámites del procedimiento, de las notificaciones que del mismo se derivan. El mismo artículo 2 del Real Decreto 685/2005, se refiere a las resoluciones del artículo 198 de la Ley Concursal, no a las del artículo 23. Al no ser un registro público su publicidad es meramente informativa, sin que el tercero que confie en esta publicidad quede protegido, tal y como lo reconoce la Exposición de Motivos de la Ley.

La regulación de la publicidad de las resoluciones concursales suscita otro problema en relación con los sujetos que se someten a la publicidad. La publicidad debe extenderse a todas las personas que puedan ser declaradas en concurso, sean o no comerciantes, sean físicas o jurídicas. En este sentido el artículo 9 del Real Decreto 685/2005 atribuye a los registradores mercantiles del domicilio del concursado la función de tratamiento y remisión de la información al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. El problema radica en que esta atribución no siempre resulta posible y en ocasiones produce situaciones antijurídicas que suponen una clara distorsión del sistema.

En primer lugar, respecto de concursados que sean personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil, por no tener carácter mercantil, pero sí son inscribibles en otros registros, resulta inadecuado que deban remitirse las resoluciones judiciales inscribibles, por parte de los secretarios judiciales a los registradores mercantiles, para que estos a su vez la remitan al Colegio Nacional de Registradores. En buena técnica, la remisión de las resoluciones judiciales

¹⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., "Problemática regulación. La publicidad de las resoluciones concursales", *El notario del siglo XXI*, publicada el 3 de noviembre de 2005, formula esta crítica, cuyo planteamiento compartimos y reproducimos en parte en estas páginas.

deberían hacerla directamente los secretarios judiciales al Colegio de Registradores. Como consecuencia de esta publicidad, se contraría la finalidad perseguida con la reforma dado que encarece y retrasa la publicación al tiempo que crea un requisito inútil.

En segundo lugar, respecto al deudor, persona física no comerciante o empresario, al no parecer lógico su remisión al Registro Mercantil, queda fuera de la publicidad de este portal informático, llevado por el Colegio de Registradores, con lo que la publicidad con carácter global que la reforma pretende queda incompleta. Así resulta del artículo 324 del Reglamento del Registro Mercantil reformado al disponer: "además de la publicidad formal que deba darse por el registrador mercantil competente de las resoluciones judiciales inscritas o anotadas en su registro, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España difundirá gratuitamente a través de Internet la publicidad informativa de las resoluciones judiciales relativas a deudores concursados, aunque estos no fueran inscribibles en el Registro Mercantil. En ningún caso se dará allí información de las personas naturales que no sean empresarios".

En tercer lugar, el mayor problema se produce en los casos que el deudor sea una sociedad mercantil no inscrita, para los que el artículo 322.3 reformado del Reglamento del Registro Mercantil dispone: "Si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a sú inscripción. En el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia". Este desarrollo reglamentario del artículo 24 de la Ley Concursal produce graves distorsiones derivadas de la infracción de varios preceptos legales. En efecto, "si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirá en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior (declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales), practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase". En consecuencia, si el sujeto resulta inscribible, se practicará previamente la inscripción, pero para que el sujeto sea inscribible, será necesario que se haya constituido con los requisitos que la ley establece, entre otras cosas, para su propia inscripción.

El artículo 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil contempla dos situaciones, una en la que la escritura de constitución de la sociedad no se encuentra inscrita, y otra en la que la escritura de constitución de la sociedad mercantil no existe. En el primer caso, puede ocurrir que la escritura de constitución no esté inscrita por adolecer de algún defecto, calificado por el registrador y no subsanado por los otorgantes, porque éstos no quieran inscribirla

o porque se encuentre en fase de formación. El artículo 322.3 no matiza y ordena en ambos supuestos la inscripción. En el primer caso, la escritura ha sido calificada con defecto insubsanable, y según este precepto tendrá necesariamente que inscribirse en el Registro Mercantil. Si se trata de que los socios han querido mantener una sociedad irregular, la misma se transforma en una sociedad regular, por lo que podría decirse que esta escritura está sujeta a calificación como cualquier otra. Ello es lo que debería ser, pero no parece que sea la interpretación correcta, desde el momento en que el precepto ordena la inscripción de la que no tiene escritura como veremos a continuación. En el segundo supuesto, en el que no existe la escritura de constitución de la sociedad mercantil, la misma se inscribirá, en virtud de un mandamiento judicial, bastando que en el mismo conste la denominación, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia. La consecuencia es grave por su infracción de la normativa legal al reconocer sociedades mercantiles que no constan en escritura pública, sino en documentos privados o incluso verbalmente.

En consecuencia, parece que el Real Decreto 685/2005 infringe la regulación de la exigencia de la escritura púbica para la constitución de la sociedad mercantil, prevista en el Código de Comercio y en leyes especiales, así como la regulación de los requisitos para la válida constitución de la sociedad y las causas de su nulidad. Con todo ello se pasa de inscribirse el contrato del cual surge la sociedad, a inscribir directamente ésta, sin atender al consentimiento, el objeto y la causa de quienes la constituyeron. Se produce la infracción del principio de legalidad, consagrado en al artículo 17 del Código de Comercio, al permitir que un negocio que consta verbalmente o por documento privado, se inscriba en el Registro Mercantil. La naturaleza del mandamiento judicial es de una orden de inscripción, y carece de la naturaleza de un documento público susceptible de recoger la constitución de una sociedad. En fin, el artículo 24 de la Ley Concursal señala que el sujeto ha de ser inscribible, por lo que una sociedad que no conste en escritura pública no puede ser inscrita en el Registro Mercantil, como consecuencia de un procedimiento concursal.

Un último problema surge del desarrollo reglamentario de la relación existente entre la publicidad concursal y el Registro Mercantil, dado que el Real Decreto 685/2005 contradice el contenido del propio Código de Comercio. El artículo reformado 323 del Reglamento del Registro Mercantil dispone "1. El mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los registradores mercantiles remitirán al Colegio de Registradores los datos necesarios para la inserción del contenido de las resoluciones judiciales en el portal de Internet a que se refiere esta misma sección y harán constar la expresada remisión por nota al margen del asiento practicado. 3. Los registradores mercantiles no remitirán los datos a que se refiere el apartado 1 al registrador mercantil central". Este precepto contradice el artículo 18.1 del Código de Comercio que dispone "practicados los asientos en el Registro Mercantil, se comunicarán sus datos esenciales al Registro central, en

cuyo boletín serán objeto de publicación" y, por su parte, el artículo 21 del mismo Código de Comercio añade "los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil".

En las páginas anteriores hemos visto que el artículo 24 de la Ley concursal ordena la inscripción en el Registro Mercantil de una serie de resoluciones judiciales relativas al concurso. Con ello se plantea la contradicción de lo establecido en el Código de Comercio por el desarrollo reglamentario de la publicidad concursal, desde el momento que prohíbe la remisión al Registro Mercantil Central y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, alterando el sistema de oponibilidad frente a terceros establecida en Código de Comercio. Parece evidente que las resoluciones judiciales a las que se refiere el artículo 24 no producirán efectos frente a terceros, si no son publicadas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, toda vez que el portal informático regulado en el Real Decreto 685/2005 no puede sustituir la publicidad emanada del boletín oficial.

Los problemas señalados, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007¹¹, ocasionaron un vacío normativo surgido en la aplicación del

11 La privación al Registro Mercantil Central de competencias propias, entre otras cuestiones, originó la interposición por parte del Registrador Mercantil Central II, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de un recurso contra el Real Decreto 685/2005, que fue resuelto por sentencia de 28 de marzo de 2008. En esta sentencia, en primer lugar, para el Tribunal Supremo la Ley Concursal no prevé un registro, entendido como una oficina pública, cuya creación y funcionamiento exigirían una normativa específica, sino que establece la articulación de un procedimiento para que el Ministerio de Justicia "asegure" el registro público ha sido asegurar la constancia y difusión de la ya garantizada publicidad registral, mediante un "sistema de publicidad" como puede ser el que se regula en el Real Decreto 685/2005, plasmado en un portal de internet.

El concepto de "registro" ha de ser entendido en sentido amplio. Por registro en sentido amplio debe entenderse cualquier sistema que permite tener conocimiento y constancia de forma ordenada, de cuantas cuestiones, aspectos o circunstancias son en él recogidas y es lo cierto que el portal de internet, regulado en los artículos 2 a 8 del Real Decreto 685/2005, refuerza la publicidad registral y además permite un acceso público, gratuito y permanente. Aun cuando declara el Tribunal Supremo que hubiese sido deseable una mayor precisión de la redacción del artículo 198 de la Ley Concursal, su finalidad es asegurar un "sistema de publicidad" que permita difundir los datos sin sustituir la publicidad registral y en tal sentido el portal de internet regulado en los artículos 2 a 8 del Real Decreto 685/2005 resulta respetuoso con las previsiones del legislador. A juicio del recurrente, el Real Decreto impugnado había optado por sustituir el que consideraba un instrumento tradicional de las Administraciones públicas para dar publicidad a la información, cual sería un registro al uso de los registros jurídicos existentes, por una herramienta innovadora como es un portal en internet. Esa opción, según él, resultaría contraria al artículo 198 de la Ley Concursal, precepto que en su opinión obligaba a la creación de un registro público en sentido estricto y no al establecimiento de un sistema de publicidad.

En segundo lugar, el Tribunal declara que, partiendo de que la voluntad del legislador, plasmada en el artículo 198 de la Ley Concursal, fue la reglamentación de un "sistema de publicidad", no cabe aceptar las consideraciones del actor cuando razona que, debiendo haberse creado un registro Real Decreto 685/2005 sobre publicidad de resoluciones concursales, y la modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Mercantil, aconsejando la aprobación de un nuevo Real Decreto que articulara un procedimiento con el fin de asegurar el registro público de las resoluciones dictadas en procesos concursales, precisar los supuestos y la forma para llevar a cabo, adecuadamente, a través de los Registros Mercantiles provinciales y Central, la publicidad de las situaciones concursales y otras medidas de intervención que deban inscribirse en aquéllos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 ha motivado la aprobación del Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero, de reforma del Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil para la mejora de la información del Registro Mercantil Central. Se promulga, entre otras, con la finalidad de precisar los supuestos y la forma en que debe llevarse a cabo la publicidad de las situaciones concursales, así como

en sentido estricto, debiera haberse atribuido también su titularidad a un Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles y no al colegio profesional, a quien se atribuye finalmente la gestión material del portal.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la prohibición impuesta a los registradores mercantiles provinciales de remitir las resoluciones judiciales en materia concursal al registrador mercantil central, recogida en la nueva redacción del artículo 323.3 del Reglamento del Registro Mercantil, por contravenir el artículo 18.3 del Código de Comercio, que obliga a que se comuniquen al Registro Mercantil Central todos los datos esenciales de los asientos de los Registros Mercantiles provinciales, para que aquel pueda hacer efectiva la publicidad de carácter informativo que le encomienda el artículo 17.3 del Código de Comercio.

En cuarto lugar, se declara también la nulidad de los artículos 324 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por el artículo 10 del Real Decreto impugnado y concordantes, al crear un sistema de publicidad no registral a través de un portal de internet de las resoluciones judiciales en materia concursal distintas de las previstas por el artículo 198 de la Ley Concursal y encomendar directamente su gestión al Colegio de Registradores. El artículo 324 del Reglamento del Registro Mercantil ha hecho una regulación sustancialmente diferente a la que se remitió a dictamen del Consejo de Estado, creándose así un portal en relación con el cual el citado Consejo no se pronunció, manifestando expresamente que no se pronunciaba sobre cuestiones que podían derivarse de un sistema de publicidad, como el que seguidamente se reguló, que afectan al régimen de otros registros de personas y cosas en los que pueden inscribirse resoluciones judiciales en materia concursal.

En quinto lugar, se declara la nulidad parcial del artículo 4.1 del Real Decreto, que regula la estructura y contenido del portal de internet, por exceder de las resoluciones comprendidas en el artículo 198 de la Ley Concursal, que sólo prevé un sistema de publicidad de dos tipos de resoluciones: aquellas declarando concursados culpables y las que acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales. De modo que la Sección Segunda "de administradores, liquidadores y apoderados inhabilitados", en cuanto hace mención a los liquidadores y apoderados inhabilitados, excede de la cobertura otorgada por el artículo 198 de la Ley concursal, y por tanto, únicamente puede referirse a administradores inhabilitados, pero no a los liquidadores y apoderados inhabilitados.

para articular el procedimiento que asegure el registro público del artículo 198 de la Ley Concursal.

Esta reforma soluciona gran parte de los conflictos planteados, si bien es de lamentar que no se haya aprovechado para haber constituido el Registro Público de Resoluciones Concursales como un registro judicial más, pues reúne todas las condiciones y características para serlo. Una vez que ha sido imposible crear una plataforma que concentrara toda la información concursal, habiendo quedado limitada a resoluciones muy concretas de esos procedimientos, carece de sentido su asignación al Colegio de Registradores, cuando ya existe una Subdirección General de Registros Judiciales del Ministerio de Justicia, a la que el Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, le atribuye la gestión de una serie de registros existentes y de cuantos otros registros se creen por la legislación vigente que sirvan de apoyo a la actividad de los órganos judiciales. Asimismo, debería haberse atribuido al secretario judicial la responsabilidad en la generación y transmisión de la información a publicar, sin que la intervención de los registradores mercantiles a esos efectos esté justificada, salvo por el hecho de que sea el Colegio de Registradores, de la Propiedad y Mercantiles el que asume el coste de la gestión de ese registro¹².

Como consecuencia de la nueva regulación, la información concursal que se facilita a través del portal de Internet tiene las características siguientes. El portal de Internet se limita a dar publicidad de las resoluciones concursales a que se refiere el artículo 198 y concordantes de la Ley Concursal cualquiera que sea la condición, física o jurídica, de la persona a que se refieren. Si el concursado fuera inscribible en el Registro Mercantil, esa publicidad se llevará a efecto por una doble vía: a través del propio portal de Internet y a través del Registro Mercantil, como cualquier otro hecho o acto inscribible. Se mantiene la intervención de los registradores mercantiles en el tratamiento y remisión de las resoluciones a que se refiere el registro público, toda vez que el secretario del Juzgado en el que se esté tramitando el concurso o, en su caso, el de la Sección de la Audiencia Provincial que conozca de los recursos interpuestos contra las resoluciones del Juez del concurso, deberán remitir al registrador mercantil del lugar correspondiente al domicilio del concursado el testimonio de la resolución judicial. La intervención del registrador mercantil consiste en comprobar si la resolución del artículo 198 es inscribible o no en el Registro Mercantil. Si la resolución es inscribible, practicará la inscripción con remisión de la información procesada tanto al Registro Mercantil Central como al Colegio de Registradores, para su inclusión en el portal. Si la resolución no es inscribible, se limitará a remitir la información sólo al Colegio para su inclusión en el portal de Internet. Se restituye así al Registro Mercantil Central la función de centralización y publicación de toda la información registral que le asigna el

¹² En este sentido se pronuncia BAÑÓN GONZÁLEZ, J.L., "El Registro Público...", cit., pág. 22.

artículo 2.c) del Reglamento del Registro Mercantil, al obligarse a los registros mercantiles del domicilio del concursado a remitirle los datos esenciales de la inscripción de la resolución concursal. Se suprime del portal de Internet toda publicidad informativa de las resoluciones concursales inscribibles en los registros públicos de personas jurídicas distintas de las previstas en el artículo 198 y concordantes de la Ley Concursal, que hasta ahora venían llevándose a efecto. Igualmente, se suprime la sección especial de edictos concursales, de publicación gratuita, al derogarse en su integridad por el Tribunal Supremo el artículo 324 del Reglamento del Registro Mercantil, donde se preveía su creación a cargo del Colegio de Registradores.

V. Conclusiones

El tiempo transcurrido desde la última reforma concursal permite afirmar que se ha logrado una importante modificación positiva como es la reforma de la publicidad concursal. La publicidad gratuita en el BOE ha permitido una mayor agilidad en la tramitación de los concursos, que antes quedaban paralizados porque las empresas no tenían liquidez ni para pagar la publicación concursal. Por ello ahora hay una centralización de las publicaciones que permite un mayor control de las situaciones concursales de las empresas y su evolución.

La comparación de la nueva publicidad concursal con la que se realizaba en los procedimientos de ejecución universal ya derogados, permite afirmar que se ha evolucionado en la misma línea de garantizar la publicidad necesaria, gracias las ventajas cuantitativas y cualitativas que ofrecen las nuevas tecnologías.

Resulta muy acertada la creación del Registro Público Concursal, que posibilita a los interesados no personados en el procedimiento conocer sus vicisitudes de manera rápida y gratuita. En definitiva, se avanza hacia una mayor publicidad real en detrimento de requisitos formales ineficaces, con la consiguiente celeridad.

La correcta valoración del actual sistema de "publicidad concursal interactiva" habrá de esperar al desarrollo reglamentario pendiente, dado que en este momento el sistema permanece incompleto. Resultará esencial el sistema de fehaciencia que se establezca, dada la importancia de este extremo para el desarrollo del proceso en los plazos legales. En todo caso, la imprevisión normativa, propia de una legislación de urgencia, ha conllevado algunos efectos distorsionadores.

La falta de desarrollo reglamentario supone un grave inconveniente ya que toda la reforma se encamina a concentrar la publicidad en el Registro Público Concursal, dejando huérfanos de información pública a los acreedores en cuestiones tan esenciales como la convocatoria de la Junta de acreedores, el inicio de la fase de liquidación del concurso, o la aprobación del convenio.

Quiero terminar estas páginas con las recientes palabras del Profesor OLIVENCIA relativas al Derecho concursal¹³, que no ha de dictarse para una situación de crisis transitoria, pero sí ha de adaptarse a la situación de crisis con medidas adecuadas. Una reforma global del nuevo Derecho concursal sería contraproducente y contraria a la seguridad jurídica. Sin embargo, determinadas medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009 pueden resultar positivas para regular los concursos, como son la mayor utilización de la informática y la gratuidad de las inserciones en el Boletín Oficial del Estado. "Resulta insuficiente el número de Juzgados de lo mercantil, excesivas sus competencias en otras materias no concursales, escasas sus dotaciones de medios humanos y materiales, y esos problemas -de cantidad, no de calidad- no se han abordado todavía. Ni siquiera el de normalizar las conexiones informáticas entre Juzgados, entre Audiencias, y entre Juzgados y Audiencias. Remediar esos efectos es lo urgente, lo oportuno, lo justo y necesario".

¹³ OLIVENCIA RUIZ, M., "La reforma de la Ley concursal", *Otrosí*, núm. 1, enero, 2010, págs. 7 a 10.

Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno

Ivonne Ponce Heinsohn*

SUMARIO: Introducción. I. Consideraciones generales. II. Intervención notarial en la contratación electrónica. Situación en España. III. Documento electrónico. IV. Firma electrónico y su papel en el documento electrónico. V. Documento público electrónico. VI. Problemas que presenta la incorporación del documento público electrónico. VII. Análisis de la situación en Chile. VIII. Papel del notariado en la contratación electrónica. IX. Documento público electrónico: posible inclusión en el ordenamiento jurídico chileno. X. Problemas que acarrea la incorporación del instrumento público notarial en Chile. XI. Conclusiones.

Resumen

La intervención del notario en la contratación electrónica tiene por finalidad otorgar a las partes contratantes la misma seguridad y confianza que caracteriza a la contratación en soporte papel. En ese contexto, el objetivo principal de este trabajo es poner de manifiesto las dificultades que presenta dicha actuación en las plataformas electrónicas, principalmente respecto a la posible existencia del documento público electrónico.

Palabras claves: Notariado. Intervención notarial. Documento público electrónico. Firma electrónica. Documento electrónico.

Recibido: 3/9/2010 • Aceptado: 15/9/2010

ISSN: 1317-9306

^{*} Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Máster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de la Universidad Austral de Chile.

Abstract

The intervention of the notary in electronic contracts has like final goal to give the contracting parties the same security and confidence they would have in the contracts made on paper. In this context, the principal goal of this research is to show issues which surface in electronic platforms, mainly in the possible existence of the electronic recorded document.

Key words: Notary. Electronic Documents. Electronic Signatures.

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la intervención del notariado español en el fenómeno de la contratación electrónica, siendo su principal intención determinar el alcance que ha presentado en ese ordenamiento jurídico el instrumento público en plataforma electrónica; ello también con el propósito de determinar, *a priori*, cuáles serían los efectos de una incorporación similar en el ordenamiento jurídico chileno.

Con dicha finalidad, se examinará si la intervención antes mencionada, ha sido efectiva en el ordenamiento español, y cuáles han sido los principales problemas o inconvenientes que se han presentado en su aplicación práctica. Para finalizar, se verá cómo se ha desarrollado este fenómeno en Chile, explorando principalmente el papel que a la fecha ha tenido el notariado en la contratación electrónica, haciendo especial referencia a la posible incorporación del documento público electrónico en ese ordenamiento jurídico.

I. Consideraciones generales

El fenómeno de la contratación electrónica ha facilitado la contratación entre personas distantes, logrando disminuir notablemente los tiempos y costos de la contratación mediante la utilización de redes de comunicación telemáticas, como por ejemplo, Internet. Su forma de concretización ha sido mediante los denominados contratos electrónicos, conceptualizados como "acuerdos que se formalizan a través del soporte electrónico", siendo además reconocidos en

1 RICO CARRILLO, M.: "Aspectos jurídicos de la contratación electrónica", en Rico Carrillo, M. (coord.): *Derecho de las nuevas tecnologías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2007, p. 270. Por su parte, la Ley Española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, los define como "todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones".

una serie de instrumentos jurídicos que los asimilan a aquellos contratos que se plasman en formato papel².

Ahora bien, el reconocimiento legal de esta clase de contratos ha sido posible debido a la existencia del principio de equivalencia funcional³, que informa la contratación electrónica y en virtud del cual, no se alteran las normas generales de la contratación, existiendo diferencias sólo en relación al medio en el que los contratantes adoptan el acuerdo contractual.

En España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico⁴ hace referencia, en su artículo 23 a los contratos electrónicos estableciendo sus condiciones de eficacia y validez⁵. En Chile la Ley 19.799 de 12 de abril de 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, se refiere a ellos de forma tangencial, al reconocer en su artículo 3 que los contratos suscritos con firma electrónica tendrán el mismo efecto que los *celebrados por escrito* y en soporte de papel⁶.

- 2 Se señala que las principales características de estos contratos son: "i) no emplea formas orales ni escritas, aunque como testimonio de su celebración pueda obtenerse la impresión de sus términos, que no llevará nunca firma ológrafa, pero si podrá llevar, eventualmente, firma electrónica; ii) como consecuencia de lo anterior, el soporte electrónico del contrato y el mercado mismo en que se produce su uso carecen de materialidad; iii) la negociación y contratación se efectúa siempre entre sujetos ausentes, distantes el uno del otro geográficamente, y residentes, en muchas ocasiones, en países distintos. Por ello, sus declaraciones requieren de un trayecto a recorrer para llegar a conocimiento de la respectiva contraparte, aunque ese trayecto se cubra a una velocidad que hace que en muchos casos su arribo sea prácticamente instantáneo; iv) por último, la contratación electrónica se efectúa en un medio que le imprime a la negociación, la formación de contrato y a su ejecución una gran movilidad, celeridad, accesibilidad y economía". CONTRERAS STRAUCH, O.: *Instituciones de Derecho Comercial, Tomo II*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 885-886.
- 3 En razón de este principio, los efectos que produce un documento contenido en soporte papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en formato electrónico. Un tratamiento amplio sobre esta materia puede consultarse en ILLESCAS ORTÍZ, Rafael: "La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico", *Derecho y Tecnología*, No. 1, 2002, pp. 9-23.
 - 4 BOE n ° 166 de 12-07-2002.
- 5 Artículo 23: <u>Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica</u>. 1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.
- Artículo 3: Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

No obstante, y pese a que en principio su reconocimiento legal implicaría la reducción de trabas en la aplicación de esta forma de contratación, existen una serie de inconvenientes al momento de adoptar acuerdos en la plataforma electrónica, los cuales deben ser adecuadamente previstos por el ordenamiento jurídico. Esta situación ha sido advertida por la doctrina al señalar que "las especialidades técnicas y el desconocimiento del medio utilizado en este tipo de contratación, pueden ocasionar algunos problemas en el momento de determinar ciertas situaciones de especial relevancia. Estos inconvenientes se relacionan principalmente con la ausencia del papel como soporte documental, lo cual crea dudas sobre: la existencia real del contrato, la identificación de las partes y la determinación de su capacidad, el momento y lugar de perfección del contrato y la Ley que debe aplicarse en caso de involucrarse dos o más ordenamientos jurídicos distintos".

Los problemas mencionados anteriormente, surgen en atención a que la confianza en el mundo del comercio es una regla general que se deriva de la *relación directa, personal y habitual que hay entre las partes contratantes*; impensable en las redes electrónicas⁸, sobre todo considerando la desconfianza que se ha comprobado desde siempre respecto a las plataformas electrónicas⁹. Por ello, es necesario buscar los mecanismos que otorguen seguridad y confianza a los usuarios que contraten en esas condiciones¹⁰, tratando de incardinar dicha seguridad con la agilidad que persigue esta clase de contratación, pues de no

- 7 RICO CARRILLO, M.: "Aspectos jurídicos..., *Op. cit.*, p. 268. En el mismo sentido, De Prada sostiene que los principales problemas que se presentan en la contratación por medios informáticos son: la identificación de los contratantes, el de la garantía de que el archivo informático no se ha modificado, y la cuestión de la confidencialidad de las comunicaciones. *Cfr.*, DE PRADA GUAITA, V.: "Nuevos campos que abre la informática a la función notarial", en VVAA.: *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 319-320.
- 8 *Cfr.*, BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en VVAA.: *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 33.
- 9 En el año 2000 la doctrina sostenía que "la Red en su actual estado técnico no puede garantizar con carácter general la confidencialidad y no manipulación de los mensajes". GOMÁ LANZÓN, F.: "Estado actual de la seguridad en el comercio electrónico. La fundación FESTE y la prevista actuación del notario", en VVAA.: *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 188. Si bien a la fecha, el estado de la técnica ha avanzado considerablemente, la red sigue siendo vulnerable a situaciones que ponen en jaque la seguridad, tales como: ataques de hackers o el *phishing*.
- 10 La doctrina sostiene que hay dos tipos de riesgos que pueden afectar la seguridad de las comunicaciones electrónicas: "los *riegos técnicos*, que son variados y pueden consistir en que el autor del mensaje sea suplantado; que el mensaje sea alterado; que el emisor o el receptor del mensaje niegue haberlo emitido o recibido; o que el mensaje sea conocido por persona no autorizada"; y los "riesgos jurídicos que afectan, entre otros, a la validez y eficacia de las transacciones electrónicas; el lugar y momento de perfección del contrato; su prueba; o la responsabilidad de los sujetos y agentes implicados en el procedimiento de transacción electrónica". *Vid.*, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: *Introducción al Derecho Notarial*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 186.

confirmar cierto grado de fiabilidad al sistema, aquello podría tener como resultado la inutilización del comercio electrónico¹¹.

Uno de los mecanismos a través de los cuales se le ha otorgado certeza al comercio electrónico es la *firma electrónica*, sumándose a ésta la participación de los denominados *terceros de confianza*¹² (institución propia del Derecho anglosajón), siendo denominados también como *notarios electrónicos*, pese a que su labor dista en demasía de la que efectúa un notario tradicional.

En este escenario, es esencial la existencia del *documento electrónico*, el que siendo el principal soporte de esta clase de contratación es considerado como un elemento base del comercio electrónico, siendo por tanto imperativo, que respecto a su existencia se garantice la confianza y seguridad a la que se ha hecho alusión.

La seguridad en esta clase de documentos deberá ser de dos tipos: la seguridad jurídica contractual, es decir, la que afecta al proceso de elaboración del contrato, a la válida prestación del consentimiento y a la producción de sus efectos, y la seguridad técnica o de la comunicación del mensaje, que implica no sólo garantizar que el mensaje llegará a su destino sino también la procedencia o identidad de quien lo envía, la integridad del mensaje y su confidencialidad¹³.

Considerando lo anterior, y entendiendo que la labor notarial se ha caracterizado por proporcionar certeza jurídica a los contratantes durante siglos mediante su intervención en una serie de documentos de trascendencia, o lo que se ha denominado "seguridad jurídica preventiva" se analizará mediante

- 11 Más adelante se analizará que la doctrina exige ciertos requisitos para considerar seguro al mensaje: autenticidad, integridad, confidencialidad o privacidad y no repudiación o inobjetabilidad. *Vid.*, entre otros, GOMÁ LANZÓN, F.: "Estado actual de la seguridad..., *Op. cit.*, p. 189.
- La Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se refiere a ellos en el artículo 25: "Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública". Esta definición parece aclarar que los terceros de confianza no pueden ser considerados notarios, pero si pueden acreditar la fecha y hora en que los contratos se han realizado, mediante el mecanismo *time stamping*. Así, mientras el tercero de confianza desarrolla sólo una función técnica, el notario ejerce una doble función: técnica y jurídica. *Cfr.*, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: *Introducción al...*, *Op. cit.*, p. 196.
 - 13 BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., Op. cit., p. 33.
- 14 Los autores sostienen que es posible diferenciar dos grandes sistemas creados para dar respuesta a las necesidades de seguridad en la contratación. Uno, es el de la "seguridad jurídica preventiva" que se basa en la intervención del notario y la inscripción en los servicios jurídicos como mecanismos preventivos o de evitación del riesgo; en este sistema se les proporciona a los usuarios, un margen de seguridad económica, en virtud del seguro de responsabilidad civil notarial que deja indemne a las partes del perjuicio económico que hayan podido sufrir por el actuar negligente del notario. El otro sistema es el de la "seguridad económica", el cual no garantiza ni la validez ni la eficacia del documento, pero existe un mecanismo paliativo o de compensación económica, para quienes hayan sufrido algún tipo de perjuicio si se produce esta situación. Vid.,

el presente trabajo como aquella intervención se ha producido, y puede llegar a desarrollarse en el ámbito electrónico, principalmente a través de la figura del documento público electrónico.

Intervención notarial en la contratación electrónica. Situación en España

El notariado español se encuentra inmerso en el sistema conocido como "notariado romano latino continental", cuyas características esenciales son las de autoría y redacción del documento público y control de legalidad del mismo, a diferencia del llamado "notariado anglosajón", en el cual el notario se limita a ser un mero legitimador de firmas¹⁵.

El notariado español de tipo latino por tanto, no se limita únicamente a plasmar en un documento lo que otros le manifiestan y a dar fe de sus firmas, sino que su actuación abarca ciertas fases. En primer lugar, el notario se encuentra obligado a escuchar, aconsejar y asesorar¹⁶ a las partes que firman un documento ante él; en segundo lugar, obtenida la conformidad de éstas, el notario debe redactar¹⁷ o controlar la redacción del contrato y su ajuste a la legalidad, exigiendo, en caso de ser procedente, las autorizaciones que sean necesarias; finalmente y en tercer lugar, una vez redactado el documento, el notario debe autorizarlo. Esto se produce con una inmediatividad personal, acto mediante el cual, asume su autoría garantizando: la autoridad formal de su contenido, la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, la suficiencia de su poderes¹⁸, entre otras.

En este contexto, los notarios son considerados verdaderos "fedatarios públicos" que ejercen una función delegada de la soberanía del Estado: la fe

en este sentido, Escolano Navarro, J.: "Seguridad jurídica preventiva y tecnologías de la información", en ESCOLANO NAVARRO, J. (dir.): *Nuevas tecnologías en la contratación: Sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica*, Editorial Aranzadi S. A., Navarra, 2005, p. 15; BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., *Op. cit.*, p. 47.

- 15 Vid., en este sentido, GARCÍA MÁS, F.: "El documento público electrónico", en Escolano Navarro, J. (dir.): Nuevas tecnologías en la contratación: Sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica, Editorial Aranzadi S. A., Navarra, 2005, p. 109.
- 16 Esta función se encuentra recogida expresamente en el artículo 1 inciso tercero del Reglamento Notarial de 1944: "como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar".
- 17 Esta función se encuentra contemplada en el artículo 147 inciso primero del Reglamento Notarial de 1944: El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.
- 18 Cfr., BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., Op. cit., p. 44-45

pública¹⁹. Esto tiene como consecuencia, que el documento público notarial sea de gran importancia en el tráfico jurídico, encontrándose dotado de especiales efectos sustantivos, ejecutivos y probatorios²⁰. Sin embargo, pese a la importancia de la cual gozan en el ámbito de la contratación tradicional, en las primeras regulaciones referentes a la contratación electrónica en el caso europeo, el fenómeno notarial se encontraba excluido de regulación. De esa manera lo prescribían expresamente la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica ²¹, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información; en particular, el comercio electrónico en el mercado interior²².

No obstante aquello, dicha exclusión no implicaba dejar fuera del fenómeno de la contratación electrónica a estos sujetos, sino más bien, a que en estas materias se le otorgaba una competencia reservada a cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en atención a que la intervención notarial en la contratación es una materia que influye a la fe pública estatal, la cual es materia propia de la soberanía de cada Estado.

Las primeras aproximaciones que según la doctrina²³ se realizaron en el campo de la utilización de los medios electrónicos en el trabajo notarial, se contenían en dos normas que regulaban las comunicaciones entre notarías y los registros de propiedad para poder solicitar información sobre la titularidad y estado de cargas de las fincas, antes de proceder a su transmisión o a la constitución de derechos reales sobre ellas²⁴. De igual forma, para solicitar la

- 19 Cfr., GARCÍA MÁS, F.: "El documento público..., Op. cit., p. 109.
- 20 Cfr., BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., Op. cit., p. 46.
- 21 DOCE L13/12 de 19-01-2002. Dicha normativa en su artículo 1 sostenia: "La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias que rigen el uso de esos documentos".
- 22 DOCE L178/1 de 17-07-2000. En su artículo 1, número 5 letra d) señalaba que dicha normativa "no se aplicará entre otras actividades de los servicios de la sociedad de la información, a la de los notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública". Igualmente en su artículo 9 se permite que los Estados Miembros excluyan voluntariamente la posibilidad de realizar contratos vía electrónica, cuando estos requieran por ley, la intervención de autoridades públicas que ejerzan una función pública. En este sentido, es importante prevenir, que la doctrina ha entendido que dicha norma hace alusión a aquellos documentos que se exigen como forma de ser del contrato, como requisito constitutivo y elemento esencial del mismo. *Cfr.*, BARREIROS FERNÁNDEZ, F.: "El papel del notariado en el uso de la firma digital", en VVAA.: *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 10.
- 23 DE PRADA GUAITA, V.: "Nuevos campos que abre la informática..., Op. cit., pp. 337-340
- 24 El artículo 175 del Reglamento Notarial establece la posibilidad de que esta solicitud de información se realice por "cualquier medio", incluso "telefax".

práctica del asiento de presentación de la escritura ya firmada en el Registro de Propiedad.

Recién en el año 2001 esta materia es regulada de forma expresa y sistemática por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²⁵. En esta regulación, se contempla una sección octava denominada "Incorporación de técnicas electrónicas informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva"; correspondiente a los artículos 106 a 115 de la citada ley.

Esas normas tienen por finalidad principal regular el uso y la atribución de la firma electrónica por parte de los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles; generándose además, la obligación para estos entes de disponer de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información. Sin embargo, la principal novedad que añade esta normativa a la actividad notarial, es la incorporación a la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, del artículo 17 bis, el cual incorpora al ordenamiento jurídico español el concepto de "documento público electrónico".

III. Documento electrónico

Antes de examinar la configuración legal del documento público notarial electrónico, es preciso dilucidar ciertas cuestiones generales en torno al documento electrónico y al papel que juega en éste la firma electrónica.

El documento electrónico ha sido definido por el artículo 3.5 de la Ley 59/2003 como: "la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado".

Esta norma clasifica además a los documentos electrónicos en *públicos*, cuando están firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa y, cuando actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso; *documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos* en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica; y *documentos privados*, sin entregar una definición de ellos.

Pese a que no existe duda de que el documento electrónico pueda ser un documento similar al documento en soporte papel, la doctrina reconoce que éste tiene un carácter "especial"²⁶; haciéndose latente esa especificidad en su *materia*, *grafía* y *normativa*²⁷.

²⁵ BOE nº 313 de 31-12-2001.

²⁶ Cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y documento electrónico, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 21-26.

²⁷ En los párrafos que preceden se sigue lo señalado por Rodríguez Adrados.

Respecto a la *materia*, se señala que en los documentos electrónicos la materialidad tiene una menor incidencia en el documento porque, a diferencia del documento en soporte papel (en el cual el papel es parte esencial de éste), en el documento electrónico el soporte puede ser sustituido por otro con permanencia del mismo documento (disquete, pendrive, CD rom, etc.). Esto también se verifica respecto a las copias de los documentos electrónicos, pues en estos casos, a diferencia de lo que pasa con el documento en papel, se podría señalar que se está frente a una pluralidad de originales; al no poder distinguir (a ciencia cierta) cuál es el documento original o matriz.

Igualmente, la *grafía* es distinta en ambos casos pues, mientras en el documento en soporte papel está la escritura alfabética en que cada letra corresponde casi siempre a uno de los sonidos simples o fonemas del lenguaje hablado, en el documento electrónico, se utiliza la grafía electrónica. La cual no posee el lenguaje común hablado sino que responde al lenguaje informático. Esto provoca que el documento electrónico no sea directamente reconocible; careciendo de legibilidad inmediata por parte del destinatario, debiendo siempre transformarse el lenguaje electrónico al lenguaje natural en un disquete, CDRom o en papel.

Finalmente, dada esta naturaleza especial de los documentos electrónicos, se constata que no es posible aplicarles la legislación común, por más esfuerzos interpretativos que se hagan, siendo necesario que las normas referidas a documentos en formato papel deban revisarse para lograr el umbral de seguridad necesario para que los documentos electrónicos se puedan desarrollar.

IV. Firma electrónica y su papel en el documento electrónico

Es ampliamente reconocido que, para que un proyecto de documento se transforme en "documento", es preciso que exista la "validación" de éste; validación que en los documentos en soporte en papel se produce a través de la "firma"²⁸.

La doctrina sostiene que esta firma tiene una doble función: *identificativa*, la cual permite determinar que quien ha puesto la firma en el documento, es quien lo ha otorgado; y *declarativa*, como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone. De este modo, la firma del documento permite presumir que quien la consigna, ha prestado su consentimiento al contenido del documento y que asume los derechos u obligaciones que se derivan del contrato ahí contenido²⁹. Algunos también han

²⁸ Cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 36-37.

²⁹ Vid., en este sentido, DE PRADA GUAITA, V.: "Nuevos campos que abre..., Op. cit., p. 318; BARREIROS FERNÁNDEZ, F.: "El papel del notariado..., Op. cit., p. 34. Importante es mencionar que este último autor diferencia además que la firma manuscrita puede ser de dos tipos: ordinaria y contractual. Mientras que la primera cumple sólo una función identificadora, la segunda, sirve como medio de expresión de la voluntad negocial, por lo cual además requiere que

sostenido una tercera función; la *probatoria*, pues permite identificar si el autor de la firma es aquél que efectivamente ha sido identificado como tal, al momento de la suscripción del documento³⁰.

Lo anterior predetermina que, en el documento en soporte papel, la firma nos otorgará la seguridad respecto a la identidad y consentimiento de quien signa el documento, lo que a su vez podrá ser refrendado por un fedatario público.

En el ámbito del comercio electrónico se ha sostenido que, para otorgar seguridad y confianza a las partes contratantes, es preciso que el documento electrónico cumpla con ciertos objetivos: autenticidad (garantizar que quien envía el mensaje es quien dice ser); integridad (garantizar que el mensaje recibido es idéntico al mensaje enviado, que no hayan alteraciones); confidencialidad (garantizar la privacidad del mensaje, es decir que nadie no autorizado pueda acceder a él); y, no repudiación o inobjetabilidad (de manera tal que el remitente no pueda señalar que él no ha enviado el mensaje, ni tampoco pueda repudiarse su recepción)³¹.

En este sentido, la confidencialidad podrá lograrse por el cifrado, encriptación o codificación del documento, lo cual lo transforma en un texto diferente e ininteligible que, solamente la persona que conoce la clave puede descifrar. Sin embargo, para lograr los otros tres objetivos, especialmente el de autenticidad subjetiva o identidad del emisor del mensaje, es necesaria la firma electrónica³², encontrándose en algunos casos unida a ella, una certificación³³ destinada a garantizar esa firma.

el firmante tenga capacidad para contratar, esté legitimado para disponer de los bienes objeto del contrato y conozca el contenido de éste por su previa lectura. Por su parte, Rodríguez Adrados sostiene que la función primordial de la firma no es la identificativa, sino la de ser instrumento de su declaración de voluntad, la cual exige la actuación personal del firmante; pues además declara entre otras cosas, que el firmante asume como propio el documento, lo aprueba y lo confirma. Cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La firma electrónica", en VVAA.: Notariado y contratación electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 392.

- 30 CARRASCOSA LÓPEZ, V.: "La firma electrónica y el fedatario judicial", p. 6395.
- Disponible en http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD66.pdf. 31 Vid., entre otros, MARTÍNEZ NADAL, A.: "La nueva ley española de firma electrónica", en RICO CARRILLO, M. (coord.): Derecho de las nuevas tecnologías, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2007, p. 209; RODRÍGUZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 43; GOMÁ LANZÓN, F.: "Estado actual de la seguridad..., Op. cit., p. 189.
- 32 Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 43-44; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: Introducción al..., Op. cit., p. 192-193; GARCÍA MÁS, F.: "El documento público..., Op. cit., p. 129-130.
- 33 Ésta se produce mediante un "certificado", que ha sido definido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, como "documentos electrónicos que relacionan las herramientas de la firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante". Siendo los prestadores de servicios de certificación los encargados de remitir estos certificados electrónicos.

La firma electrónica³⁴ ha sido definida en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica³⁵, como: "el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante". De este amplio concepto de firma electrónica, se infiere que ésta sólo serviría como un medio de identificación; no asegurando la integridad del documento, función que sería desempeñada mediante la firma electrónica avanzada³⁶.

Es necesario aclarar que existen diferentes tipos de firma electrónica: la básica, (anteriormente definida), la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley española de firma electrónica, la firma electrónica avanzada es aquella "que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada a él de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control"; la firma electrónica reconocida, es definida en el mismo precepto como "la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma", otorgándosele a esta última categoría el mismo valor de la firma manuscrita.

Considerando lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que la firma electrónica reconocida se identifica en su función con la misma que cumple la firma manuscrita en los documentos en soporte papel. Esta sinonimia es

³⁴ La firma electrónica funciona de la siguiente manera: antes de enviar digitalmente un documento o una información determinada, el emisor lo cifra o codifica con su clave privada, que sólo él conoce y que es única e irremplazable, la cual no es divulgada y permanece almacenada en el sistema, con lo cual se genera la firma digital. Posteriormente, el emisor puede asegurar la confidencialidad del mensaje encriptándolo con la llave pública de quien será el receptor del documento, junto a la firma digital generada y al certificado (previamente emitido por una entidad certificadora que valida su clave pública), los que se anexan al documento electrónico enviado, obteniéndose con la transformación del mensaje en códigos matemáticos, que nadie pueda leer el contenido del mensaje, mientras está siendo transmitido, excepto el destinatario al recibirlo. Para ello se requiere además, que previamente el receptor haya obtenido el certificado digital de su llave pública, y lo haya publicitado en Internet o enviado en forma directa al emisor. El mensaje se envía y cuando es recibido, sólo el receptor, en base a su correlativa llave privada, podrá abrirlo, descrifrarlo o desencriptarlo, recuperando el documento en claro (en idioma legible), el certificado con la llave pública del emisor y la firma digital. Finalmente, para asegurar que la firma corresponde efectiva e inequívocamente al emisor, y que el documento no ha sufrido modificaciones o no se ha alterado durante la transmisión, el destinatario o receptor deberá proceder a desencriptar la firma digital utilizando la llave pública del emisor; si a partir de ello, se obtiene el mismo documento, es decir, si puede descifrar el mensaje con la clave pública de esa persona, cabe concluir que sólo ella pudo haber usado su clave privada para cifrarla. Cfr., JIJENA LEIVA, R.: Comercio electrónico, firma digital y derecho. Análisis de la Ley nº 19.799, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 137-138.

³⁵ BOE n ° 304 de 20-12-2003.

³⁶ Cfr., MARTÍNEZ NADAL, A.: "La nueva ley española..., Op. cit., p. 221.

reconocida por la Ley 59/2003 de firma electrónica en su artículo 3.4, al sostener que "la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel". Sin embargo, y pese a la claridad de aquella norma, antes de la existencia de esta normativa, la doctrina señalaba ciertas diferencias sustanciales respecto de ambos tipos de firma; que no han desaparecido pese a la aprobación de la Ley 59/2003 de firma electrónica.

Las principales diferencias apuntadas por la doctrina³⁷ se circunscriben básicamente a los siguientes aspectos: mientras la manuscrita es inescindible a la persona, la digital no; la firma manuscrita pervive mientras viva el sujeto, mientras que la firma digital tiene una duración temporal limitada precisamente para mantener su seguridad; la firma manuscrita es única, mientras que una persona puede tener varias firmas electrónicas para usarlas en distintos ámbitos, cuyo contenido y limitaciones pueden ser diferentes³⁸; finalmente, a diferencia de la manuscrita, la firma electrónica no siempre es la misma³⁹.

V. Documento público electrónico

Analizados los conceptos de documento electrónico y firma electrónica, es posible examinar la inclusión del documento público notarial en el ordenamiento español y la actuación del notariado respecto de él.

El artículo 17 bis, introducido por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incorpora a la Ley del Notariado, la categoría de *documento público electrónico* en el ordenamiento jurídico español. Esta norma "sienta el principio fundamental de equiparación de los documentos electrónicos a los documentos cartáceos que les han precedido y con los que actualmente coexisten; equiparación de requisitos y garantías; y también equiparación –equivalencia- en cuanto a su eficacia jurídica" Este artículo prescribe que los instrumentos públicos no perderán su carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico, siempre

³⁷ Vid., entre otros, BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., Op. cit., p. 36; BARREIROS FERNÁNDEZ, F.: "El papel del notariado..., Op. cit., p. 19; BONARDELL LENZANO, R.: "La firma electrónica. Especial consideración a sus efectos jurídicos", en VVAA.: Notariado y contratación electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 60.

³⁸ Esta cuestión se presenta, por ejemplo, en el caso de los notarios, quienes además de contar con la firma electrónica notarial que utilizan en cuestiones propias de sus funciones, pueden tener otras firmas electrónicas para utilizarlas como personas naturales.

Apoyados en las notorias diferencias que existen entre ambos tipos de firmas algunos autores como De Prada han sostenido que más que ante una firma, en el caso de la digital, estaríamos ante un sello digital. *Vid.*, DE PRADA GUAITA, V.: "Nuevos campos que abre la informática..., *Op. cit.*, p. 341; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La firma electrónica..., *Op. cit.*, p. 395.

⁴⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 118.

y cuando cuenten con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes; firma notarial que deberá plasmarse de conformidad con la ley que regula el uso de firma electrónica por parte de notarios y las demás normas complementarias.

La doctrina entiende que este precepto constituye una "equivalencia en cuanto a garantías y requisitos de autorización o intervención de todo documento público con independencia del soporte electrónico, informático, digital o papel en que se contenga"⁴¹. En consecuencia, dicho artículo prescribe que independientemente del formato en el cual se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

Por ende los documentos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozarán de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la ley; derivado de la equivalencia que prescribe la norma en comento.

No obstante, pese a este reconocimiento expreso, ninguno de los cuerpos normativos referidos a la materia, han conceptualizado aquello que debe entenderse por documento público electrónico, lo cual ha sido criticado por la doctrina, debido a la importancia que tendría tal conceptualización para fijar los límites jurídicos concretos de esta clase de instrumentos⁴².

El artículo 17 bis se encarga también de regular la forma de expedir las copias autorizadas de las matrices de estos documentos⁴³, señalando que: podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente, siendo válidas sólo para la finalidad para la cual hayan sido solicitadas. Sin embargo, y por motivos de seguridad, dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a

- 41 ESCOLANO NAVARRO, J.: "Seguridad jurídica preventiva..., Op. cit., p. 41.
- 42 El Consejo Permanente de los Notarios de la Unión Europea han realizado un texto denominado "Proposición de la CNUE relativa al uso de la firma electrónica y a las comunicaciones telemáticas de los notarios", en el cual se ha precisado la necesidad de definir lo que se entiende por documento público notarial electrónico. Lo importante en este caso, según García Más, sería determinar que el documento electrónico es público notarial únicamente cuando lo autoriza un notario, siendo necesario para que esa autorización se produzca que ese documento electrónico sea firmado por los comparecientes en su presencia física, verificando en ese momento el notario, no sólo su firma, sino su capacidad, su voluntad libremente expresada, realizando en definitiva el control de legalidad. La idea principal es que estas actuaciones, en vez de producirse en soporte papel se produzcan en soporte electrónico, pues sólo en ese contexto se estaría ante un documento público notarial electrónico. *Cfr.*, GARCÍA MÁS, F.: "El estatuto del notariado y las nuevas tecnologías", en VVAA.: *El notariado y la reforma de la Fe pública*, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2007, p. 48.
- 43 En este punto es preciso recordar que en virtud de lo prescrito en el artículo 144 del Reglamento Notarial, son instrumentos públicos, tanto las matrices como las copias de éstas.

otro notario, a un registrador o, a cualquier órgano de la administración pública o jurisdiccional; siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Lo anterior está en consideración a las posibles infracciones a la seguridad del documento (ruptura de claves, reproducción de copias autorizadas sin control) que podrían producirse si éstas fueran otorgadas a cualquier sujeto⁴⁴.

En el caso de las copias simples electrónicas, éstas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

Finalmente, dicho precepto sostiene que una norma reglamentaria será la encargada de regular los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico, en todo aquello no previsto por aquella disposición; cuestión que no se ha realizado, pese a la modificación introducida al reglamento notarial español en el año 2007.

Cerrando el cuadro normativo, la disposición transitoria undécima de la Ley del Notariado, introducida por el artículo 115.2 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, señala: "hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas".

La introducción del documento público notarial viene además complementada con la inclusión mediante la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; de la *firma electrónica notarial*, la cual tiene la característica de ser *avanzada*⁴⁵ basada en un certificado reconocido, expedido por el Consejo General del Notariado⁴⁶.

Considerando lo anteriormente reseñado respecto al documento público electrónico, no debe confundirse éste con la formalización de negocios a distancia

- 44 *Cfr.*, GARCÍA MÁS, F.: "Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas, telemáticas a la seguridad jurídica preventiva", en VVAA.: *Comentarios a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 320. Sin embargo, otra parte de la doctrina ha criticado el tenor de esta norma, al no permitir que las partes puedan obtener una copia del instrumento que han otorgado, a diferencia de lo que ocurre son los documentos en soporte papel. *Cfr.*, COUTO CALVIÑO, R.: "La intervención notarial en la contratación electrónica: Realidad o ficción", en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 91, 2008, p. 62.
- 45 Necesario es precisar, que en virtud de la Ley 59/2003 que es posterior a la ley que introduce la firma electrónica notarial, ésta debe ser considerada como una firma electrónica reconocida.
- 46 La disposición adicional vigésima sexta de la Ley 24/2001, dispone que "en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, deberán el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España constituirse en prestadores de servicios de certificación, pudiendo celebrar a estos efectos los oportunos convenios, de conformidad con lo previsto en esta Ley, y una vez que se hayan cumplido los requisitos y condiciones establecidas".

que se realizan por conducto electrónico; cuestión regulada por el artículo 111 de la Ley 24/2001⁴⁷, cuya admisibilidad, antes de su consagración legal, era más aceptada que la incorporación del documento público electrónico⁴⁸. En este supuesto, si bien es efectivo que los contratantes se encuentran en diversos lugares, otorgando su consentimiento separadamente; el soporte del documento sigue siendo el papel, sin poder ser considerado, por tanto, como un supuesto de documento público electrónico.

VI. Problemas que presenta la incorporación del documento público electrónico

Si bien hay opiniones⁴⁹ que expresan que el formato electrónico no afecta fundamentalmente la función notarial, otorgándole en cambio más eficacia y rapidez; las reformas que la Ley 24/2001 ha incorporado a esta función traen consigo una serie de inconvenientes prácticos que dificultan la *consideración real* de un documento público notarial en formato electrónico⁵⁰.

Primeramente, la propia Ley 24/2001 deja un reducido margen a la existencia del documento público electrónico pues, si se analiza lo dispuesto por la disposición transitoria undécima agregada por el artículo 115.2 a la Ley del Notariado, se limita la existencia de esa clase de documentos sólo a las copias autorizadas de escrituras o pólizas, cuyo original habrá de constar y formalizarse necesariamente y por el momento, en papel; no siendo posible su directa formalización electrónica⁵¹.

Asimismo, la doctrina ha destacado que existen una serie de problemas tecnológicos y prácticos que quedan sin resolver mediante la incorporación legal de estos documentos, sobre todo aquellos relativos a: la "escindibilidad" de la firma electrónica, la conservación del documento, ruptura de claves,

⁴⁷ Artículo 111. Formalización de negocios jurídicos a distancia. Por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público.

⁴⁸ Vid., en este sentido, COUTO CALVIÑO, R.: "La intervención notarial en la..., Op. cit., p. 65; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 128-130.

⁴⁹ Vid., BOSCH I CARRERA, A.: "Perspectiva de las últimas reformas y sus efectos en la función notarial", en VVAA.: El notariado y la reforma de la Fe pública, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2007, p. 110.

⁵⁰ Esto ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en COUTO CALVIÑO, R.: "La intervención notarial en la..., Op. cit., p. 54 y ss.

⁵¹ *Ídem.*, p. 59.

temporalidad de la firma y cesación en la actividad de la entidad privada certificante⁵².

Respecto a la escindibilidad de la firma, ya se ha enunciado que, a diferencia de lo que ocurre con la firma manuscrita (indisolublemente unida a un sujeto), la firma electrónica resulta perfectamente separable del titular, de manera que la apropiación por otro del mecanismo de creación de firma (clave privada) permite la suplantación de aquél sin rastro alguno⁵³.

De ello deriva, que aun cuando se esté frente a un documento signado con firma electrónica reconocida, ésta podrá garantizar la *integridad del documento* pero, no garantizar que efectivamente es el firmante *quien* utilizó la firma. Lo anterior puede presentarse, por ejemplo, cuando la clave de acceso o el dispositivo de creación de la firma, ya sea por error o por voluntad, sean utilizados por un tercero⁵⁴; pues en este caso, el sujeto será responsable del uso de la firma si no ha denunciado que la clave ha sido comprometida, pero aun así surgen las siguientes preguntas: ¿Puede en este caso existir un contrato válido si no hay consentimiento efectivo? ¿Puede la equivalencia en funciones equiparar en esta situación un consentimiento válidamente otorgado?

Por lo tanto, mientras en la firma manuscrita se verifica que efectivamente un sujeto ha signado un documento, en un acto de asunción de lo que en él se

- 52 *Cfr.*, GARCÍA MÁS, F.: "El documento público..., *Op. cit.*, p. 114. Es preciso recordar, que el legislador quizás advirtiendo la situación anterior incorporó mediante la Ley 24/2001 la ya mencionada disposición transitoria undécima.
- 53 Vid., en este sentido, BONARDELL LENZANO, R.: "La firma electrónica..., Op. cit., p. 60.
- 54 Vid., en este sentido, GARCÍA MÁS, F.: "El documento público..., Op. cit., p.130; DE PRADA GUAITA, V.: "Nuevos campos que abre la informática..., Op. cit., p. 342. En el mismo sentido, Rodríguez Adrados critica la definición legal de firma electrónica contenida en el artículo 3.1 de la Ley 59/2003, pues al conceptualizarla como "conjunto de datos.... que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante", dicha norma sostendría que esos datos sólo podrán usarse como medio de identificación del "titular" de la firma electrónica, pero no del "firmante" o de la persona que en cada caso concreto acciona el dispositivo de creación de firma electrónica, que en definitiva es al único que podemos denominar "firmante"". Cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: Firma electrónica y..., Op. cit., p. 52-53. Este mismo autor, además entrega un ejemplo clarificador en esta materia: en el caso de la firma electrónica "el certificado reconocido del prestador del servicio de certificación acreditará, con la eficacia que sea, quién es el titular de la clave pública con la que el documento ha sido desencriptado; y de ello resultará quien es el titular de la clave privada con la que fue encriptado, porque el titular de ambas claves tiene que ser la misma persona, pero esta persona no tiene que ser necesariamente la que ha codificado el texto, pues ese certificado, por reconocido que sea, en manera alguna puede acreditar que el titular mismo de ambas claves es quien ha actuado su clave privada para cifrar el documento, hecho que el certificador ignora por completo, porque no estaba allí: toda la tecnología de la doble clave asimétrica no puede determinar quien accionó la clave privada; lo mismo que la matrícula de un coche sirve para identificar a su titular, pero no para saber quien lo conducía al tiempo de un accidente. La firma electrónica avanzada, por tanto, identifica al titular de la pareja asimétrica de claves, pero no identifica al firmante, que puede ser otra persona distinta". RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La firma electrónica..., Op. cit., p. 391-392.

contiene (esto sin considerar posibles vicios de la voluntad); en el caso de la firma electrónica, no se puede conocer a ciencia cierta si efectivamente ha sido utilizada por su titular o por un tercero. Por ello, la firma electrónica sólo puede garantizar que la firma empleada está registrada a nombre de un determinado sujeto, pero no que ha sido *utilizada efectivamente por esa persona*; la certificación de la firma acreditará la identidad de quien "debiera" ser el firmante, pero no podrá considerarse como vehículo de expresión de voluntad.

De estos argumentos se infiere que la similitud funcional entre la firma manuscrita y la electrónica, no puede producirse respecto a la manifestación del consentimiento pues, en estos casos, "la despersonalización de los medios telemáticos impide corroborar fehacientemente que la declaración de voluntad ha sido emitida realmente por el verdadero titular de la firma electrónica; tampoco es posible en estos casos hacer un examen de o juicio de capacidad en los casos de un documento con firma electrónica, tanto en su vertiente de aptitud natural y de aptitud jurídica; surge el problema también con la existencia de posibles vicios del consentimiento"555.

Lo anterior predetermina la dificultad de asimilar al documento público electrónico, con aquél contenido en soporte papel, sobre todo considerando que la firma electrónica, pese a la equivalencia sostenida legalmente, no puede igualarse en la práctica a la firma manuscrita⁵⁶.

De igual forma, e intrínsecamente relacionado con la firma electrónica, surge el problema de su temporalidad, pues mientras la firma manuscrita acompaña al individuo a lo largo de su vida (salvo posibles cambios), la firma electrónica tiene una vigencia cronológica limitada⁵⁷ Esto invita a cuestionarse: ¿qué sucederá con la calidad del documento público electrónico, por ejemplo, cuando expiren los certificados de la firma electrónica de los otorgantes o del propio notario?⁵⁸

Otra cuestión que subyace al otorgamiento de los documentos públicos electrónicos, dice relación con la exigencia de firma electrónica avanzada respecto de los otorgantes del documento y respecto del notario. Así, respecto a los otorgantes, se sostiene que se debería aceptar la firma electrónica no avanzada puesto que, si se entiende tal como se desprende de las exigencias del artículo 17 bis que han sido puestas en presencia de un notario que ha

⁵⁵ Ídem., p. 18-19.

La doctrina ha sostenido la importancia de la firma manuscrita, señalando que "la firma, como acción, como actuación personal, es por ello imprescindible en los documentos negociales, aquellos por los que se verifica una declaración de voluntad (o se confiesa una declaración de voluntad precedente): en ellos la firma no es un mero "requisito" del documento, como suele decirse, sino que es lo que "hace" documento de lo que antes de ella no era más que un proyecto". RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La firma electrónica..., *Op. cit.*, p. 394.

⁵⁷ Cfr., BONARDELL LENZANO, R.: "La firma electrónica..., Op. cit., p. 61.

⁵⁸ En este sentido no se deben olvidar lo prescrito por el artículo 8 de la Ley 59/2003 que explicita una serie de situaciones que implican la pérdida de vigencia de los certificados electrónicos.

precedido a su identificación, no sería necesaria ninguna certificación accesoria o adicional⁵⁹.

Respecto del notario se sostiene que exigir, esta certificación de la firma subordina la eficacia y existencia del documento público a la certificación de un prestador de servicios de certificación; lo que va contra la naturaleza de estos documentos que, en virtud del ordenamiento jurídico, están destinados a "probarse por sí mismos", sin aditamento alguno⁶⁰.

Finalmente surgen dudas respecto a la forma cómo se llevará a cabo en la práctica el otorgamiento⁶¹ del documento público electrónico, sobre todo considerando las críticas que se planteaban respecto a esta cuestión; antes de la entrada en vigor del artículo 17 bis (dudas que no por eso dejan de presentarse en la actualidad). En ese sentido, la doctrina sostenía que era probable que con la existencia de esta clase de instrumentos, se provocara la desaparición de la unidad de acto documental, además de la necesidad de considerar una nueva regulación de los mecanismos de oferta y de aceptación, con la presencia física de distintos notarios en aquellos momentos, lo que asimismo implicaría cambios normativos en torno a: la forma, fuerza y valor probatorio de estos documentos, cambios en la legislación notarial respecto al protocolo, a la expedición de copias, entre otras⁶².

Estos cuestionamientos del mismo modo llevan a una inquietud final: ¿cuál es la diferencia entre el otorgamiento de un documento en soporte papel y uno en soporte electrónico, si el artículo 17 bis pareciese exigir la comparecencia personal de las partes?⁶³ De esta inquietud además se deriva: cuál sería la utilidad del documento público electrónico si los firmantes debieran presentarse

- 59 Cfr., RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Firma electrónica..., Op. cit., p. 120-121.
- 60 *Ídem.*, p. 108.
- 61 El otorgamiento es la parte de las escrituras públicas en la que las partes hacen suyo tanto el texto del documento leído como el negocio en él contenido; así, a través de este acto se concede el consentimiento al contenido del contrato bajo la fe pública notarial, por ello la lectura del documento, su asunción por las partes mediante su firma y la autorización del notario, se producen de forma simultánea sin interrupción. Esta simultaneidad, recibe el nombre técnico de *unidad de acto;* la cual se puede ser sustantiva-negocial y formal-documental. La unidad de acto sustantiva implica que en un contrato bilateral o plurilateral, todas las declaraciones deben producirse simultáneamente en unos mismos lugar y tiempo. Mientras que la unidad de acto formal, consiste en la necesidad de que cada documento se otorgue en unidad de acto respecto del otorgante, que debe leer y firmar el documento en presencia del notario. *Cfr.*, BOLÁS ALFONSO, J.: "Firma electrónica, comercio electrónico..., *Op. cit.*, p. 39-40.
- 62 *Cfr.*, GARCÍA MÁS, F.: "La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico", en VVAA.: *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 92; GARCÍA MÁS, F.: "El estatuto del notariado..., *Op. cit.*, p. 68; GARCÍA MÁS, F.: "El notariado como seguridad preventiva..., *Op. cit.*, p. 216.
- 63 Al exigir la norma que el notario "deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes".

ante el notario, de la misma forma que si otorgaran un documento en soporte papel; lo mismo sucedería si estas personas se encontraran en distintos lugares físicos, pues las exigencias de la norma en comento llevarían, más que al otorgamiento de un documento público electrónico, a una formalización de negocios a distancia⁶⁴.

Del análisis de los múltiples inconvenientes que acarrea el documento público electrónico, puede inferirse su disminuida efectividad práctica, lo ha predeterminado según algunos autores, que a la fecha en el ordenamiento español sea una ficción más que una realidad⁶⁵.

Finalmente, y dada la serie de inconvenientes que plantea en la práctica el documento público electrónico notarial, hay autores que han sugerido que "en el ámbito electrónico, la intervención notarial quizás sea más conveniente que adopte una función más simplemente legitimadora y acreditativa de la realidad y contenido de un contrato, mediante la comprobación de la regularidad de las firmas electrónicas, y el sellado temporal y depósito del documento electrónico firmado, que posibilitaría la certificación de su contenido"66.

VII. Análisis de la situación en Chile

La norma que regula las cuestiones relativas al fenómeno de la contratación electrónica en Chile, es la Ley 19.799 de 12 de abril de 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma; siendo su finalidad principal, según el mensaje presidencial que le dio origen, establecer una normativa jurídica que regulara la firma electrónica, para que ella tuviese validez legal y otorgue a los actos jurídicos celebrados por medios electrónicos el mismo reconocimiento y protección ante la ley que reciben los celebrados de manera convencional, es decir, en soporte papel⁶⁷.

Esta normativa, tal como señala su nombre, regula el documento electrónico y sus efectos legales, definiéndolo en el artículo 2 como: "toda representación

⁶⁴ Vid., en un sentido similar, COUTO CALVIÑO, R.: "La intervención notarial en..., Op. cit., p. 65-66; GARCÍA MÁS, F.: "El notariado como seguridad preventiva, realidad de la intervención notarial en el mundo de Internet y el tráfico jurídico electrónico", en VVAA.: La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 216. Rodríguez Adrados al hablar sobre las dificultades del documento público electrónico plantea: "en la contratación a distancia, que es donde mayores beneficios puede reportar, no es pues posible "una" escritura pública electrónica, porque el negocio único necesariamente habrá de constar en dos (o más) escrituras públicas electrónicas. La escritura pública sólo podrá existir cuando sea otorgada, con unidad de acto o sin ella, ante un mismo Notario; pero no veo las ventajas que vaya a tener sobre la escritura en papel con copia sobre soporte electrónico". RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Firma electrónica..., Op. cit., p. 130.

⁶⁵ COUTO CALVIÑO, R.: "La intervención notarial en..., Op. cit.

⁶⁶ *Ídem.*, p. 75.

⁶⁷ La historia de la Ley 19.799 se encuentra disponible en: http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf.

de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior".

Por su parte, el artículo 3 de la citada ley se encarga "formalmente" de homologar o equiparar de manera general a los documentos e instrumentos tradicionalmente soportados en papel o escriturados y firmados olográficamente con aquellos que, hoy en día, se soportan en archivos electrónicos y que –también firmados- se envían o intercambian mediante redes computacionales para realizar actos y contratos electrónicos a distancia y entre ausentes, los que en definitiva la ley reputa como escritos⁶⁹.

El citado artículo 3 señala además que, aquellos actos que requieran de una solemnidad⁷⁰ que no sea susceptible de cumplirse por medios electrónicos y aquellas que requieran la intervención personal de las partes⁷¹, no podrán otorgarse en formato electrónico. Esto en principio llevaría a entender que los instrumentos públicos no podrían otorgarse en esta clase de formato.

Sin embargo, el artículo 4 de la ley reconoce la posible existencia de esta clase de documentos, sólo limitándose a señalar que: "los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada⁷²". Este escueto reconocimiento, se debe según el mensaje presidencial, "a que regularlas conllevaría, de modo contrario al enfoque de esta propuesta, una reforma más amplia de cuerpos legales como el Código Orgánico de Tribunales, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y otras normas legales y reglamentarias", recurriendo a esta amplitud

- 68 La doctrina coetánea a la dictación de la ley, sostenía que la incorporación del artículo 3, era "formalmente revolucionaria", porque la realidad y el desarrollo alcanzado hasta la fecha por el comercio electrónico no ha requerido de normas legales, sino que se ha validado contractualmente, y porque eventuales discrepancias entre las partes intervinientes –por ejemplo un proveedor y una empresa concentradora- nunca han llegado ni llegarán hasta los tribunales de justicia, toda vez que, en el evento remoto de producirse un conflicto, siempre se recurre a la instancia de un juez árbitro. JIJENA LEIVA, R.: *Comercio electrónico..., Op. cit.*, Pág. 266.
 - 69 Ídem., Pág. 251.
- 70 El mensaje presidencial señalaba respecto a esta excepción, que ella se fundamentaba en "si bien desde el punto de vista estrictamente técnico, es posible celebrar por medio de documentos electrónicos algunos actos y contratos solemnes, como por ejemplo los que requieren escritura pública o inscripción en un registro especial, su reconocimiento legal implicaría reformas más profundas al ordenamiento jurídico, finalidad que es ajena a este proyecto de ley". *Vid.*, Historia de la Ley 19.799, p. 17. Disponible en http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf.
- 71 Por su parte el mensaje presidencial, se refería a esta excepción, basándola en se refiere a los actos y contratos que exigen la comparecencia de los otorgantes que, obviamente, no puede suplirse a través de un documento electrónico.
- 72 En el caso chileno, la firma electrónica avanzada, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 19.799, es aquella "que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría".

de reconocimiento con la perspectiva "de que, una vez autorizada por otra ley la creación de documentos electrónicos públicos, éstos tendrán pleno valor en conformidad a sus disposiciones"⁷³.

Lo anterior determina que el documento público electrónico sólo se encuentra reconocido nominalmente en la legislación chilena, regulando la Ley 19.799 a la fecha, sólo los aspectos relacionados con el valor probatorio de los documentos electrónicos que tengan el carácter de privados y, de aquellos que emanen de la administración pública.

VIII Papel del notariado en la contratación electrónica

En Chile la actividad notarial, en materia electrónica, ha sido bastante reducida; limitándose hasta la fecha sólo a la utilización por parte de los notarios de la firma electrónica *avanzada*. Esta utilización ha sido regulada por la Corte Suprema, máximo Tribunal chileno, el cual con fecha 13 de octubre del año 2006, dicta el Auto Acordado⁷⁴ sobre uso de documento y firma electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales⁷⁵. Dicho Auto Acordado regula el uso de la firma electrónica en consonancia con lo prescrito en la Ley 19.799; por ello reconoce en los mismos términos que la ley, la imposibilidad de adoptar la firma electrónica notarial para aquellos actos o contratos en que se exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico y, en aquellos actos en que se requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.

El punto primero de la parte resolutiva reconoce que, los notarios suplentes y titulares, podrán utilizar la firma electrónica personal y exclusiva; que deberá ser avanzada, prescribiendo además que, dicha firma deberá cumplir con dos requisitos adicionales: vincular los datos de verificación de la firma a la identidad del sujeto, cargo que sirve, calidad en que lo hace, y territorio en que ejerce su competencia y además, que dicha firma sólo tendrá por finalidad la suscripción y el otorgamiento de documentos electrónicos en el ejercicio de la función notarial.

⁷³ $\it Vid.$, Historia de la Ley 19.799, p. 17. Disponible en http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf .

⁷⁴ El texto completo de dicho Auto Acordado puede consultarse en: http://fojas.conservadores.cl/scripts/noticias/detalle noticias.asp?id=65.

⁷⁵ En el artículo primero del Auto Acordado se sostiene: "Los Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales titulares, suplentes e interinos, podrán utilizar la firma electrónica personal y exclusiva, la que deberá ser avanzada y a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la ley 19.799 y su reglamento, debiendo cumplir con los siguientes requisitos adicionales: a) Vincular los datos de verificación de la firma a la identidad del auxiliar, cargo que sirve y la calidad en que lo hace, según los casos, así como el territorio en el cual ejerce su competencia, y b) Que tiene como finalidad la suscripción y otorgamiento de documentos electrónicos en ejercicio de la función notarial, conservatoria o de archivero, según corresponda".

Asimismo, faculta a emitir electrónicamente, mediante el uso de firma electrónica avanzada, todos los documentos que la ley permita, especialmente: copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia, protestos y, constataciones de hechos y certificaciones referidas a registros y actuaciones.

Al igual que en el caso español, se hace responsable al notario de la custodia de los mecanismos de seguridad del funcionamiento del sistema de certificación, prescribiendo también que, éste no podrá en caso alguno permitir a terceros el uso de su dispositivo de firma electrónica. Se advierte igualmente que las copias de un documento electrónico expedido por el notario autorizante del documento matriz no perderán su carácter, valor y efectos, por el hecho de su traslado a papel; en la medida que, dicho traslado lo efectúe el notario al que se le hubieren remitido, quien firmará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

Llama la atención asimismo, el último punto de la parte resolutiva de este Auto Acordado, el cual dispone que: "en los casos en que el Notario autorice una firma digital estampada en su presencia, deberá dar fe de habérsele acreditado la identidad del firmante en los términos establecidos en el Código Orgánico de Tribunales"; lo cual parece propender a un doble trámite de acreditación de la firma, sobre todo en aquellos casos en los que se esté frente a una firma electrónica avanzada (el mencionado punto no distingue), que ya cuenta con un certificado que acredita la identidad del firmante.

Considerando las matrices básicas del Auto Acordado, se puede inferir que ostenta una serie de similitudes con la normativa que se refiere a la utilización de la firma electrónica por parte de los notarios en el sistema español, sin que aún se llegue a reconocer la categoría de los instrumentos públicos electrónicos.

Sin embargo, dicha norma ha sido objeto de críticas atendido a la falta de claridad en su redacción; y asimismo, por ciertos factores técnicos agregados que desvirtúan, tal como se presentaba antes de la incorporación de la firma electrónica notarial en España, la función notarial⁷⁶. En este sentido, se advierte que dicha norma no permite que sean los propios notarios, como en el caso español, quienes emitan los certificados habilitadores para firmar y generar sus propias firmas, pese a la autorización contemplada con dicho fin en la Ley 19.799⁷⁷; criticándose también, la exigencia que los prestadores acreditados de

⁷⁶ En este sentido, la doctrina española criticaba que la actividad de prestadores de servicios no quedara entregada a los propios notarios, por intermedio del Consejo General del Notariado, toda vez que permitir que un ente extraño debiera otorgar un certificado para validar la firma notarial, dejaba supedita la labor de fedatarios públicos a estos prestadores, al depender de éstos la validez de la actuación notarial, y por lo tanto del documento en el cual intervinieran. *Vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Firma electrónica y...*, *Op. cit.*, p. 106 y ss; GARCÍA MÁS, F.: "Incorporación de técnicas electrónicas..., *Op. cit.*, p. 316.

⁷⁷ Artículo 9°.- "La certificación de las firmas electrónicas avanzadas de las autoridades o funcionarios de los órganos del Estado se realizará por los respectivos ministros de fe..."

servicios de certificación sólo puedan emitir certificados que autentifiquen las firmas electrónicas de los notarios, cuando éstos les hayan justificado la autentificación de los datos de verificación de firma, mediante la certificación de su condición de notario, emitida por el Secretario de la Corte de Apelaciones respectiva, o quien le reemplace, haciendo depender la existencia de la firma electrónica notarial de un tercero⁷⁸.

Finalmente, hasta la fecha es posible verificar la integridad y autenticidad del documento que ha sido firmado electrónicamente por parte de los notarios en la página web destinada al efecto⁷⁹, pero sin que hoy existan estadísticas claras de su real ocupación por parte del notariado⁸⁰.

IX. Documento público electrónico: posible inclusión en el ordenamiento jurídico chileno

En marzo del año 2008 el ejecutivo envió al congreso un proyecto de ley que tiene por objeto reformar y modernizar al sistema registral y notarial de nuestro país. En dicho proyecto se realizan importantes modificaciones, entre las que se encuentran por ejemplo el paso de un folio personal en el sistema de propiedad, a uno de folio real.

La modificación que más interesa a objeto del presente trabajo, es aquella que dice relación con la incorporación de una "plataforma registral y notarial electrónica", mediante la cual se busca que los instrumentos públicos sean otorgados en dicha plataforma o portal electrónico, así como también conservar y administrar los registros conservatorios y notariales mediante un soporte electrónico⁸¹.

Con dicho proyecto se incorporaría al ordenamiento jurídico chileno, el documento público electrónico a través del artículo 184, el cual sostiene:

"Artículo 184: Instrumentos y escrituras públicas electrónicos. Todos los actos, contratos o transacciones, cualquiera sea su naturaleza, que de conformidad con las leyes y reglamentos deban o puedan inscribirse o subinscribirse u originar anotaciones en los libros y registros a cargo de los conservadores, deberán obligatoriamente generarse y otorgarse en soporte electrónico a través del portal.

⁷⁸ Las críticas al texto de dicho Auto Acordado se encuentran en: JIJENA LEIVA, R.: "Firma Electrónica y Derecho Registral en Chile. Sobre los errores de un Auto Acordado"; en *Revista de Derecho Informático*: Alfa-Redi, nº 99, octubre 2006. Disponible en http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7694.

⁷⁹ Vid., http://www.siri.cl/notarios/.

⁸⁰ Uno de los pocos datos verídicos que dicen relación con su utilización, es la autorización otorgada por la Corte Suprema para el uso de documento y firma electrónica avanzada que data del 27 de septiembre del año 2008. *Vid.*, http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/destacados/HOM firma electronica.php?opc menu=&opc item=.

⁸¹ Vid., Antecedentes del mensaje n ° 1234-355 de 3 de marzo de 2008.

Todo soporte electrónico en el que se contengan los instrumentos y escrituras públicas que deban otorgarse a través del portal deberá contener a lo menos, todas las enunciaciones y requisitos que sean exigidos por las leyes para la existencia, validez y eficacia de los actos jurídicos o contratos a los que ellos se refieren, como asimismo, para la existencia, validez y eficacia del instrumento público o escritura pública que los contiene. Todo ello sin perjuicio de los demás pactos particulares que las partes o los otorgantes puedan incorporar en el mismo.

Los instrumentos públicos y escrituras públicas que de conformidad con lo dispuesto en esta ley deban otorgarse en soporte electrónico a través del Portal y que sean suscritos por los conservadores o notarios con firma electrónica avanzada conforme con los (sic) dispuesto en el artículo 181 de esta ley, serán válidos de la misma manera y producirán los mismo efectos que los otorgados por escrito y en soporte papel, gozando del carácter de instrumento público o de escritura pública, según corresponda, para todos los efectos legales, sin que sea aplicable a estos actos el inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 19.799."

A diferencia de lo que ocurre en el caso español, la norma incluida en el actual proyecto no se encarga de revelar la forma a través de la cual se otorgará el documento público electrónico, ni tampoco en qué consistirá la actuación notarial en dicho otorgamiento; limitándose a señalar que dichos documentos se otorgarán en la plataforma electrónica⁸² creada para tal efecto y, que dichos documentos deberán cumplir con los requisitos legales tanto para la validez del contrato que contienen, como del instrumento público en sí.

Posteriormente, en el artículo 211 de dicho proyecto, se advierte que será un reglamento el que regulará el procedimiento que deberá seguirse para los efectos de poner a disposición del notario respectivo, a través del portal, los instrumentos o escrituras que han sido concluidas y completadas por las partes u otorgantes en soporte electrónico, señalando además en el artículo 212 que: los instrumentos o escrituras podrán ser firmados por las partes contratantes o, por los otorgantes mediante firma electrónica avanzada, a través de los sistemas de información del portal, sosteniendo que, en el caso que las partes no cuenten con firma electrónica avanzada, firmarán ante el notario mediante los medios tecnológicos que el reglamento determine.

⁸² El Libro Tercero del proyecto se encarga de regular la Plataforma Registral y Notarial Electrónica o también denominada "Portal", entendiéndose por tal según el artículo 175: "el sistema informático y accesible en línea que permitirá administrar y conservar los registros que deben mantener los conservadores y notarios. Asimismo, integrarán este Portal los otros registros existentes que la ley o el Reglamento determinen. El Portal deberá permitir la suscripción en línea de los instrumentos públicos que la ley señale, debiendo los notarios y conservadores aportar los antecedentes que esta ley y su Reglamento determinen".

Por lo tanto, la regulación detallada del documento público electrónico quedará entregada a una norma reglamentaria⁸³, cuestión que llama la atención debido a los posibles problemas de constitucionalidad que pudiese producir.

Finalmente, la incorporación del instrumento público electrónico viene acompañada del reconocimiento legal de la *firma electrónica notarial* en el artículo 181 del proyecto⁸⁴, reconociéndose ésta de forma similar a lo contenido en el Auto Acordado al que se ha hecho mención en el acápite anterior de este trabajo, agregando además la obligación de custodia de los mecanismos de seguridad por parte de los notarios.

X. Problemas que suscita la incorporación del instrumento público notarial en Chile

La incorporación del documento público electrónico en el caso de Chile, produce también una serie de inconvenientes, los cuales deberán ser considerados antes de su adopción en el ordenamiento jurídico.

Primeramente, debe advertirse que la normativa que regula la intervención notarial en los instrumentos públicos en general, dista en algunos sentidos de aquella que reglamenta la misma materia en el ordenamiento español. Así por ejemplo, en Chile no existe norma alguna que prescriba que el notario⁸⁵ es el encargado de la redacción del documento pues incluso se exige en ciertos casos, que sea un profesional del Derecho (abogado) el que deba redactar las minutas de algunos instrumentos del tráfico jurídico⁸⁶.

- 83 La Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile ha criticado el envío de este tipo de materias a un reglamento por la inseguridad que dicha cuestión pudiese producir (además de ser notoriamente críticos con el proyecto en general). *Cfr.*, http://www.notariosyconservadores.cl/noticias.php?id=149.
- 84 Art. 181 [Firma electrónica]. Los conservadores y notarios deberán, para la adecuada prestación de sus funciones y, en especial, las que les encomienda esta ley, hacer uso de firma electrónica avanzada a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la ley N°19.799 y su reglamento, debiendo cumplir con el requisito adicional de vincular los datos de verificación de la firma a su identidad, cargo que sirve y la calidad en que lo hace, según los casos, así como el territorio en el cual desempeñen sus funciones.
- 85 Si bien el notariado chileno pertenece a la Unión Internacional del Notariado Latino, no existe en Chile, el mismo estudio acabado sobre el tema, y realizado por los propios notarios como sucede en el caso español. Asimismo, el artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales sólo se limita a señalar que los notarios deberán: extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieren las partes otorgantes.

 86 Artículo 413 del Código Orgánico de Tribunales: Las escrituras de constitución,
- 86 Artículo 413 del Código Orgánico de Tribunales: Las escrituras de constitución, modificación, resciliación o liquidación de sociedades, de liquidación de sociedades conyugales, de partición de bienes, escrituras constitutivas de personalidad jurídica, de asociaciones de canalistas, cooperativas, contratos de transacciones y contratos de emisión de bonos de sociedades anónimas, sólo podrán ser extendidas en los protocolos notariales sobre la base de minutas firmadas por algún abogado.

Lo anterior permite sostener que, si bien no existe una completa asimilación, los problemas que existen en el ordenamiento jurídico español, y que se presentan en la incorporación del documento público electrónico, pueden ser extrapolados al ordenamiento chileno (escindibilidad de la firma, temporalidad de ella, forma de otorgamiento de los documentos, papel del notariado en la producción de la firma electrónica, etc.); debiendo asimismo, considerar una serie de problemas complementarios, en atención a que el proyecto chileno dista de ser coherente y de contener una regulación detallada de la materia.

En este sentido, y ya con el objeto de sólo dejar planteada esta problemática, surge particularmente la duda respecto a lo que sucederá con el valor probatorio del documento público electrónico, sobre todo si el citado artículo 184 sostiene expresamente que estos documentos "serán válidos de la misma manera y producirán los mismos *efectos* que los otorgados por escrito y en soporte papel".

Analizados los inconvenientes planteados a lo largo del presente trabajo, surge la interrogante no menos importante, respecto a si efectivamente puede existir una equivalencia funcional completa entre el documento público en soporte papel y el otorgado en soporte electrónico.

En un principio y, si se consideran los motivos que otorgan valor probatorio a estos documentos y que le conceden prevalencia sobre los demás, se podrá inferir *a priori*, que será difícil otorgarles la misma validez y aplicar efectivamente el principio de la equivalencia funcional. Ello, ya que el instrumento público en Chile, es aquél autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, lo cual exige, que para que un instrumento tenga la calidad de público sea necesario que su autorización se lleve a cabo "por un funcionario público que esté facultado por ley para dar fe de la autenticidad de un acto otorgado ante él (no podría hacerlo el que se halle destituido o suspendido de sus funciones); que tenga competencia en relación con la materia que se trata y dentro del territorio en que actúa (o sea competencia real y territorial) y se cumplan las solemnidades legales" ²⁸⁷.

De esto deriva que en el ordenamiento jurídico chileno, sea esencial (en el concepto de instrumento público) la presencia del sujeto que da fe de la autenticidad del acto que es otorgado ante él; trascendencia que parte de la base de que los participantes se encuentran fisicamente, ante el ministro de fe.

Si en el caso del documento público electrónico no existe esta presencia física, presuponiendo que su regulación será semejante al caso español (el artículo 184 sólo se limita a señalar que un reglamento regulará la materia), aquello lleva a cuestionarse, cómo será posible que en el ordenamiento jurídico puedan otorgarse esta clase de documentos de forma tal que no afecte la normativa existente, sobre todo respecto al valor de aquellos documentos.

⁸⁷ PAILLAS P., E.: Estudios de derecho probatorio, Editorial jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2002, Pág. 46.

De igual forma surge no menos despreciable interrogante, de si efectivamente tal cambio podrá ser llevado a cabo, considerando que en el ordenamiento jurídico español, en el cual los notarios se encuentran mayormente familiarizados con el fenómeno de la contratación electrónica, esta reforma ha sido más ficticia que real.

XI. Conclusiones

- 1. En el fenómeno de la contratación electrónica, es esencial otorgar a los contratantes un grado se seguridad semejante al otorgado en el comercio tradicional, lo que responde principalmente a la inseguridad que provoca en los sujetos la plataforma electrónica.
- 2. Esta seguridad podría ser otorgada por los notarios, sujetos que desde siempre se han encargado de dicha cuestión en el comercio tradicional. Sin embargo, surge la duda de si esa intervención podría extenderse a la existencia de un documento público electrónico notarial en su consideración matriz.
- Lo anterior se produce en atención a la serie de inconvenientes prácticos y tecnológicos a los que se ha hecho alusión, que hacen diferir sustancialmente la impronta del documento público en papel y el documento público en soporte electrónico.
- 4. Esta cuestión es reafirmada por la práctica del caso español, el cual pese a haber contemplado dicha figura desde el año 2001, no ha llevado a la realidad dicha incorporación por la gran cantidad de inconvenientes ya mencionados.
- 5. El análisis de la situación en España lleva a cuestionar, si realmente en el caso chileno se podrá llevar a efecto una reforma de estas medidas, sobre todo considerando que el notariado chileno siempre ha tenido un perfil menor en estas cuestiones, lo que demuestra que a la fecha, su intervención en el fenómeno de la contratación electrónica se limita a la utilización de la firma electrónica avanzada; lo que también, se ve agravado por las características del proyecto que incluye esta clase de intervención.
- 6. Por estos motivos, quizá sería preferible que la intervención notarial en dicha materia se limitase a aquella en la cual el notario sirva como autentificador de firmas o a su participación en el envío de documentos entre autoridades con el fin de dar agilidad a la contratación, por intermedio de las plataformas electrónicas, y no a través del documento público electrónico, que más que seguridades, podría incorporar una serie de incertidumbres que se han plasmado a lo largo del presente trabajo.

Los contratos electrónicos

María Jeleztcheva* y Luisa Rodríguez Grillo**

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco jurídico de los contratos electrónicos. III. Concepto y características del contrato electrónico. IV. Principios de la contratación electrónica. V. Los sujetos de la contratación electrónica. VI. La oferta del contrato electrónico. VII. La aceptación. VIII. La formación del contrato electrónico. IX. Control de su cumplimiento. X. Conclusiones.

Resumen

En el presente trabajo se estudian las nociones fundamentales en relación con los contratos electrónicos. Se investiga el marco normativo, el concepto de dichos contratos, sus características, los principios de la contratación electrónica, los sujetos y la formalización de estos contratos. Se enfatiza la importancia del control sobre los contratos electrónicos. Al final del trabajo se exponen las conclusiones de nuestro estudio.

Palabras clave: Documentos electrónicos. Contratos electrónicos. Firma electrónica.

Abstract

In this work we research the basic notions related to the electronic contracts. We investigate the regulatory framework, the concept and the characteristics of the econtracts, the principles of the e-contracts realization, the subjects and the formalization of these contracts. We emphasize the importance of the control on the e-contracts. Finally we expose the conclusions of our research.

Key words: Electronic Documents. Electronic Contracts. Electronic Signatures.

Recibido: 28/6/2010 • Aceptado: 15/9/2010

* Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Profesora de Derecho Mercantil y Derecho de las Cooperativas Universidad Carlos III de Madrid

159-188

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010 ISSN: 1317-9306

I. Introducción

Mirando al pasado encontramos que los orígenes de Internet se sitúan en los Estados Unidos de América a finales de los años sesenta, cuando, con propósitos militares, se crea la red ARPANET por la *Advanced Research Projects Agency*, dependencia del Departamento de Defensa de ese país, con la finalidad de interconectar varios centros de cálculo. Su finalidad militar se vio ampliada muy pronto, cuando a este proyecto se fueron uniendo universidades y centros de investigación¹. Lo cierto es que estas interconexiones son las que han servido de base a la contratación electrónica, al posibilitar que personas que se encuentran en lugares diferentes puedan expresar su voluntad para establecer vínculos de carácter jurídico en los cuales se reflejan derechos y obligaciones para las mismas.

Ya en los años setenta, comienza a aplicarse esta nueva tecnología al intercambio electrónico de fondos entre entidades financieras y años después su utilización se extiende a otros tipos de negocios. Ya en los años 80 Internet se perfila como una nueva forma de realizar negocios, a través de una tecnología sencilla y fácilmente asequible y es tal su impacto que su uso deja de ser privilegio de grandes compañías para acercarse a las pequeñas y medianas empresas.

Es indudable que la era informática es el producto de una revolución tecnológica de incalculables dimensiones que, en el ámbito comercial, ha creado un mercado que permite al empresario dar a conocer sus productos y servicios al mundo entero.

II. Marco jurídico de los contratos electrónicos

Lógicamente que este tráfico comercial electrónico ha determinado la necesidad de que se dicten normas jurídicas que lo regulen². Se puede afirmar que el reconocimiento de la validez y eficacia de la contratación realizada por medios electrónicos se produce a partir de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico (UNCITRAL), aprobada por la Resolución 51/62 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996, cuyo artículo 11 regula la validez y formación de los contratos electrónicos cuando dispone: En la formación del contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y la aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará

BARRIUSO RUIZ, C. *La Contratación Electrónica*, 2ª ed. Dykinson 2002, pp. 37 y 38. BARRIUSO RUIZ, C. *Ob. Cit.* p. 30 señala al respecto que ...*El Derecho, sensible a*

estas implicaciones jurídicas que conlleva la electrónica, la informática y la telemática con las denominadas "Autopistas de la Información", creadoras del ciberespacio, con acceso interactivo a cualquier información en tiempo real y desde cualquier parte del planeta, y en general, las nuevas tecnologías de la Información y de la comunicación, demanda redefinir conceptos bajo esta perspectiva y crea nuevas formas de regulación...

la validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

Otra cuestión a destacar respecto a dicha norma es que, aunque no define el contrato electrónico, sí define el mensaje de datos. Así, su art. 2 establece que "el mensaje de datos es toda información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares como pueden ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax". Este precepto se completa con lo establecido en el art. 5 que dispone que "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos"³.

Resulta indudable que esta Ley, dando respuesta a las exigencias imperantes, ha venido cumpliendo su objetivo de facilitar el uso de los nuevos medios de comunicación e información al establecer la equivalencia funcional de los contratos electrónicos con los contratos realizados conforme a los medios tradicionales con soporte papel⁴.

La otra norma decisiva para el desarrollo de la contratación electrónica es la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Firma Electrónica, aprobada por la Resolución 56/80 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001, la cual también fue acompañada de una Guía para su incorporación al Derecho interno. En su art. 2 encontramos la definición de la firma electrónica según la cual "se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos". La Ley parte del supuesto de que la firma electrónica debe cumplir determinados requisitos técnicos que avalen su fiabilidad.

El objetivo de esta Ley es dotar de una mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica y a tales efectos establece que ésta será equiparable a la firma manuscrita siempre que cumpla determinados requisitos técnicos. Otro aspecto de singular importancia en esta norma es el criterio de neutralidad tecnológica que recoge con la finalidad de no favorecer a ningún producto técnico en particular. Por último y no por ello menos importante resulta el hecho

- 3 CAMACHO CLAVIJO, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Ed. Reus, Madrid 2005, pp. 65-66 reflexiona sobre la definición del mensaje de datos y plantea que el mismo "es información electrónicamente tratada que incorpora declaraciones de voluntad, de ciencia o conocimiento y objetos inmateriales susceptibles de contratación y entrega electrónica", asimismo señala que "la información adquiere categoría de mensaje de datos sólo en la medida en que tiene tratamiento electrónico, óptico o similar... y, por último que "este tratamiento....de la información constitutiva de un mensaje de datos debe producirse en una de las siguientes fases: generación, envío, recepción, archivo o comunicación".
- 4 Respecto a esta Ley cabe también señalar en su favor que fue acompañada de una "Guía para la incorporación al Derecho interno".

de la regulación en la misma de determinadas reglas básicas de conducta que permiten evaluar las obligaciones y la responsabilidad del que la suscribe, así como de terceros que puedan ejercer como fiadores del procedimiento utilizado así como de toda parte en una transacción comercial que haya actuado fiándose de la firma.

Pasando ahora al ámbito europeo, resultan decisivas en el tema que nos ocupa la Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999, que dispone un conjunto de normas para el establecimiento de un marco comunitario para la firma electrónica⁵ (Directiva sobre firma electrónica), sobre la cual volveremos en otro acápite de este trabajo, así como también la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre cuestiones relativas a la Sociedad de la Información y en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico). Esta última exige a los Estados miembros la obligación de velar porque sus legislaciones permitan la celebración de contratos por vía electrónica y establece el régimen jurídico aplicable a dichos contratos.

En cumplimiento de esta Directiva fue aprobada en España la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (en adelante LSSICE). En su Exposición de Motivos se declara que la Ley tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, la cual tiene como finalidad que se garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información⁶.

En su articulado, la LSSICE no define lo que se entiende por servicios de la Sociedad de la Información, sino que lo hace en un anexo en el que dispone que se entiende como tales a todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Este anexo contiene una lista de determinadas actividades que constituyen servicios de la Sociedad de la Información, siempre que signifiquen una actividad económica, tales como: la contratación de bienes o servicios por vía electrónica; la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; la gestión de compras en la Red por grupo de personas; el envío de comunicaciones comerciales; el suministro de información por vía telemática; el video bajo demanda, como servicio que el usuario puede seleccionar a través de la Red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

5 DOCE nº L13 de 19 de enero de 2000.

⁶ El significado del término "servicios de la sociedad de la información", emana de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE que entienden como tales los relativos "a cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio", quedando expresamente excluidos aquellos que no conlleven un tratamiento y almacenamiento de datos.

Asimismo, se señalan en el anexo un conjunto de actividades que no tienen la consideración de servicios de la Sociedad de la Información, con carácter general, las que no reúnan las características señaladas anteriormente y, en particular los siguientes: los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex; el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; los servicios de radiodifusión televisiva o sonora, el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de plataformas televisivas.

Estos anexos nos permiten acotar el ámbito material de aplicación de la Ley, veamos ahora su ámbito de aplicación territorial. En este sentido, dispone que la misma se aplicará a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información establecidos en España; a los residentes o domiciliados en otro Estado que los ofrezca a través de un establecimiento permanente situado en España así como también a los establecidos en otros estados miembros de la UE, cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten determinadas materias. Expresamente se excluyen de la aplicación de esta Ley los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y a aquellos en los que la Ley exija para su validez o efectos la forma documental pública o la intervención de determinados órganos profesionales, entre otros.

Por su parte, también se debe hacer referencia a la legislación española en materia de firma electrónica: Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de la firma electrónica, cuyos objetivos son garantizar un mínimo de seguridad tanto en la identidad de las partes que intervienen en un contrato electrónico así como sobre el contenido de éste⁷.

Esta Ley define la firma electrónica en su art. 3.1 como "...el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante". Ahora bien, el inciso 2 de este precepto define otra forma de firma electrónica, a saber, la firma electrónica avanzada que es aquella "que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control"8.

Al respecto podemos discernir que la definición del art. 3.1 es bastante amplia y se corresponde con lo que se denomina firma electrónica "simple", ya que su garantía técnica es limitada. Puede consistir en la utilización de un PIN

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España de 1997. Esta sentencia reconoce que existe un medio de autentificación diferente al tradicional "Por medio de cifras, signos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permiten asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido".

⁸ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. J. Vid. "La firma electrónica". Ed. Reus, Madrid, 2006

o una clave. A diferencia de ésta, la firma "avanzada" debe ser creada por medios que el firmante tenga bajo su absoluto control, por lo que ha de estar vinculada a éste de una manera única así como a los datos a los que se refiere la firma.

Existe además otro tipo de firma, recogida en el art. 3.3., es la denominada "firma reconocida" o cualificada. Este precepto establece al respecto que "se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma". Es precisamente a este tipo de firma al que la Ley le atribuye equivalencia con la firma manuscrita¹⁰.

Cuando se había del marco legal de la contratación electrónica, es necesario hacer referencia a otras leyes especiales que tienen estrecha vinculación con ella y que están dirigidas a impedir la existencia de desbalances entre los derechos de las partes contratantes. Nos referiremos primeramente a la Ley 7/1998, de 13 de abril Ley de las Condiciones Generales de Contratación¹¹ (LCGC), la cual transpone al Derecho interno la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta Ley tiene su fundamento en España, en el art. 38 de la Constitución que es, a nuestro entender, la piedra angular de su modelo económico, caracterizado por el compromiso impuesto a los poderes públicos de realizar el Estado social en el marco de la economía de mercado, también llamado "economía del mercado social" Este modelo tiene como objetivo corregir los desequilibrios que conlleva la economía de mercado, y es por ello que la Carta Magna, contempla el Estado como un mecanismo de actuación sobre la sociedad civil¹³. Es por ello que se produce una intervención del Estado en la economía, a fin de ordenar adecuadamente las relaciones mercantiles y defender un conjunto de derechos, entre los cuales se encuentran los de los consumidores y usuarios (art. 51 de la Constitución española).

⁹ CRUZ RIVERO, D. "La firma electrónica reconocida", Colegios Notariales de España, 1ª edición, 2006.

¹⁰ Ley 59/2003, de la Firma Electrónica establece en el art. 3.4. que "la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel".

¹¹ La Ley define como condiciones generales de contratación, e su art. 1.1. como "las cláusulas contractuales predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

¹² TAMAMES, R. "Constitución española", Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 70.

¹³ TORRES DEL MORAL, A. "Principios del Derecho Constitucional Español", Átomo ediciones, T. I, Madrid, 1985.

Como muy bien apunta VEGA VEGA, J. A.¹⁴ ...el Derecho privado, en general, y el Derecho Mercantil en particular, sufren una gran trasformación, porque el Estado social deroga parcialmente el dogma de la autonomía de la voluntad en determinados sectores en los que se producen relaciones de subordinación o dominación en la contratación (consumidores, usuarios, pequeños inversores, etc)...

La contratación en masa ha determinado la proliferación del uso de las condiciones generales de contratación, redactadas por el predisponente sin la presencia del adherente, lo cual supone una situación de desventaja para este último que el Derecho debe tratar de equilibrar con vista a que no se produzcan desigualdades que afecten a la parte más débil. Este equilibrio se pretende lograr impidiendo que en las mismas existan "cláusulas abusivas", las cuales se caracterizan por ser contrarias a la buena fe y causar un perjuicio al consumidor al romper el principio de la equivalencia de las prestaciones; a tales efectos la Ley que comentamos las declara nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

Consideramos que las condiciones generales de contratación son de aplicación a los contratos electrónicos, los cuales, exceptuando el medio a través del cual se realizan, se corresponde con los principios de la contratación vigentes en los códigos y leyes especiales. Pensemos simplemente, en la situación en que nos encontramos, cuando compramos *on line* un billete de avión con una compañía aérea que generalmente es una gran empresa con abogados a su disposición para responder a las reclamaciones de los usuarios, si no existiesen normas que protegieran nuestros derechos.

Vinculado con lo anterior, es necesario hacer referencia al Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en la cual se establecen, entre otras cosas los derechos básicos de consumidores y usuarios¹⁵.

- 14 VEGA VEGA, J. A. "Las Condiciones Generales de la Contratación Electrónica" *Revista de la Contratación Electrónica* nº 101, año 2009, p. 7.
 - 15 Artículo 8. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:
 - a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
 - c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e. La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f. La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Resulta interesante apuntar que la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Firma Electrónica, en su art. 1 dispone que la misma... "no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor".

Existen además otras normas de carácter especial que resultan de aplicación a los contratos electrónicos tales como: a) la Ley 26/199 sobre los Contratos Celebrados fuera del Establecimiento Mercantil, la cual establece el derecho de información y de revocación del contrato por parte del consumidor, dicha Ley incorpora la Directiva 85/77 CEE, del Consejo sobre protección a consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; b) el Real Decreto de 17 de diciembre de 1997 que reguló por primera vez en España la contratación telefónica y electrónica utilizando condiciones generales de contratación y que atribuyó a los consumidores los derechos a la información previa, a que se le entregase toda la información necesaria y a la resolución del contrato; c) la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2000 para la transposición al ordenamiento jurídico español la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias; queremos destacar que en su art. 40 regula el contenido y los requisitos de las ofertas de venta a distancia, las cuales deben aplicarse en el ámbito de la contratación electrónica¹⁶.

- 16 1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz, eficaz y suficiente, la siguiente información:
 - a. La identidad del vendedor y su dirección.
 - b. Las características esenciales del producto.
 - c. El precio, incluidos todos los impuestos.
 - d. Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
 - e. La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- f. La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el artículo 45.
- g. El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
 - h. El plazo de validez de la oferta y del precio.
- i. La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.
- j. Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.
- k. En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.
- 2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Añadimos, por su interés el art. 41 que dispone que "en ningún caso la falta de respuesta a la oferte de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.

III. Concepto y características del contrato electrónico

El Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, de 18 de enero de 2001, definió el contrato electrónico como "todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético".

Por otro lado, la Ley 34/2002 de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico, en el inciso h) de su anexo define el contrato electrónico "como todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectado a una red de telecomunicaciones".

Desde el punto de vista doctrinal se han elaborado distintas definiciones del contrato electrónico, así por ejemplo, la que ofrece COELLO VERA, C.A.¹⁷: "Contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo". Podemos decir, entonces, de acuerdo con el contenido de la definición, que estamos frente a un contrato electrónico cuando se ponen de acuerdo dos o más personas sobre una declaración de voluntades en común, tendientes a reglar sus derechos, a través de un medio computarizado.

Por su parte, CAMPITELLI, A. 18 señala que "el contrato electrónico es el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles". En el caso de ONTIVEROS RODRÍGUEZ y MORA LORENZO 19 conceptúan el contrato electrónico como "aquella modalidad contractual que se caracteriza porque su formación y perfección se produce de modo electrónico u on-line, es decir, mediante la transmisión de datos a través de redes telemáticas".

De todas las definiciones anteriores y de otras que pudiéramos citar advertimos que el elemento esencial que distingue la contratación electrónica, es el medio (electrónico) a través del cual ella se realiza que influye en todas las etapas del contrato, ya que el contrato en sí mismo, conserva sus propias

¹⁷ COELLO VERA, C. A. "El Contrato Electrónico". Revista digital de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=27 Datos tomados el 5/3/2010.

¹⁸ CAMPITELLLI, A. "Monografias". Argentina http://www.monografias.com/trabajos12/monogrr/monogrr2.shtml Datos tomados el 5/3/2010.

¹⁹ ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F y MORA LORENZO, C. "La Contratación Electrónica". Ed. La Ley, 2003, p. 1377

características: éstas se encuentran contenidas en los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil español que respectivamente disponen, que "el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio y que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"²⁰.

En cuanto a las características de los contratos electrónicos podemos resumirlas del siguiente modo:

- Son contratos consensuales ya que se perfeccionan con el consentimiento de las partes sobre el objeto y la causa del contrato. Al respecto, los Principios Generales de UNIDROIT de 1994, que son de aplicación a los contratos internacionales civiles y comerciales, establecen en su art. 3.2 que "el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de partes sin ningún otro requisito". Por otro lado, para el Código de Comercio Uniforme, el contrato es una obligación que resulta del consentimiento de las partes.
- Son contratos a distancia, toda vez que los contratantes se encuentran en lugares diferentes²¹, en tal sentido se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, C.²² señalando que en la doctrina muchos autores lo consideran como contrato entre ausentes, pero cualquiera que sea la denominación adoptada la esencia es la misma: se realizan sin la presencia física simultánea de las partes²³.
- Son onerosos, ya que las contraprestaciones son recíprocas. La contratación electrónica se realiza hoy día, mayoritariamente, a través de las páginas web de los empresarios que ofertan sus productos o servicios a través de ellas a modo de tiendas virtuales, en las que el comprador elige y adquiere el producto o servicio y paga por él el precio estipulado.
- Rige para ellos el principio de libertad de forma establecido en el art. 1.278 del Código Civil, en el art. 51 del Código de Comercio y, como acabamos
- 20 NOVLIA, A. "Perfeccionamiento de los contratos en el Comercio Electrónico", AR: *Revista de Derecho Informático*, ed. Alfa-Redi, nº 083, junio 2005, señala que "la normativa internacional que aborda el concepto de contrato está contenida en a Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (de 1980), Principios de Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, de 1994).
- 21 DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, p. 2001, entiende que los contratos electrónicos deben tomarse «como una contratación entre *ausentes* y aplicarles todas las normas que se aplicarían al caso de la correspondencia».
- 22 VATTIER FUENZALIDA, C.: "En tomo a los contratos electrónicos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, p. 75 y ss. y p. 84.
- 23 BERROCAL LANZAROT, A.. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en "RCE" N 100, 2009.

de ver en el art. 3.2 de los Principios Generales de UNIDROIT. Al respecto RICO CARRILLO, M.²⁴ expresa que este principio es de singular importancia para la contratación electrónica ya que "aún antes de existir un reconocimiento legal expreso sobre la admisión de la contratación por medios electrónicos, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitían este nuevo medio de contratar sobre la base del principio de la libertad de forma"²⁵.

No obstante, es preciso señalar que existen algunos contratos para los cuales la Ley exige la forma escrita, tal es el caso de los contratos concluidos con consumidores en los cuales la Ley especial exige la forma escrita para que tengan plena validez²⁶, así como aquellos en que la existencia del contrato depende de un documento escrito otorgado ante autoridad competente, en cuyo caso, la falta de dicho requisito determina la nulidad del contrato. Resulta de interés acotar que en el Derecho español existe la posibilidad de intervención de los notarios y registradores en el proceso de contratación con la finalidad de dar fe de las declaraciones de las partes mediante la utilización de soportes electrónicos²⁷.

La Ley de Firma Electrónica de 2003, en su art. 3.6 establece que los documentos electrónicos serán soportes de documentos públicos cuando estén firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

Como colofón de todo lo expresado anteriormente debemos destacar que los contratos electrónicos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque bien es cierto que en los casos de la utilización de condiciones generales de contratación aquélla se encuentra bastante limitada.

²⁴ RICO CARRILLO, M. "La forma en la contratación económica", *Revista Derecho de los Negocios* nº 172, enero 2005, Madrid, p. 16.

²⁵ Véase al respecto la nota nº 6 de este trabajo sobre una Sentencia del Tribunal Supremo de España de 1997.

²⁶ Téngase en cuenta la frecuente utilización de las condiciones generales de contratación que requieren la forma escrita.

²⁷ La Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en la Sección VIII regula la utilización de la firma electrónica en el ámbito de los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles, a quienes se exige la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información.

IV. Principios de la contratación electrónica

Constituyen el basamento que inspira la regulación jurídica de los contratos electrónicos, sobre ellos se erige el entramado de toda la legislación sobre esta materia; estos principios constituyen elementos esenciales y universales que distinguen y cualifican a los contratos celebrados por vía electrónica. "Componen todos ellos el mínimo común denominador del derecho del C-E"28. Los mismos aparecen reflejados en las normas a las que se ha hecho referencia anteriormente y son los siguientes²⁹:

 Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos con los no electrónicos.

Es este, a nuestro juicio, la clave que ha permitido el desarrollo del comercio electrónico, ya que proporciona la misma validez jurídica a estos contratos que a aquellos celebrados de manera tradicional en soporte papel o verbalmente. Como se ha señalado, se encuentra recogido en el art. 5 de la LMCE.

No se altera del Derecho de obligaciones y contratos existentes.

Esto significa, que el hecho de utilizar un soporte electrónico no conlleva el desconocimiento de la ley, tanto nacional como internacional, aplicable a los contratos. La Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y la Contratación Electrónica, en su art. 23.1, párrafo 2º, enuncia este principio al disponer que los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Neutralidad Tecnológica.

Este principio resuelve la situación relativa a la velocidad con que se desarrollan las tecnologías de la información y las comunicaciones, al admitir como válidas no sólo aquellas de que disponemos en los momentos actuales sino aquellas que en el futuro aparezcan, fruto de la labor de investigación e innovación en este ámbito. Su expresión jurídica la encontramos en lo dispuesto en la Guía para la Incorporación de la LMCE que en su art. 8 se dispone que "cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de

²⁸ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P. *Derecho mercantil internacional*, ed. Tirant lo Blanch Madrid, 2003, p. 332 y ss.

²⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España. 2001. Señala que los principios que inspiran este Derecho son los siguientes.1. Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos; 2. Neutralidad Tecnológica; 3. Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados; 4. Buena fe y; libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico.

comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo".

Buena fe.

Es este un principio que preside las relaciones contractuales en general y que resulta de vital importancia para la seguridad jurídica de éstas cuando se desarrollan en soportes electrónicos, en la medida en que se trata de nuevas tecnologías desconocidas para muchos y sobre las cuales el factor confianza debe ser fortalecido por todos los medios posibles. Su implementación jurídica la encontramos en el art. 3.1. de la LMCE que dispone: "En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe".

Autonomía de la voluntad.

Es también una regla que preside la contratación en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y que se aplica, como ya se ha visto, a los contratos concluidos por vía electrónica y que queda plasmado en la LMCE, art. 4.1. que expresamente declara: "Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del Capítulo III, podrán ser modificadas mediante acuerdo". Precisamente, este Capítulo es el referido a las relaciones contractuales de carácter electrónico.

V. Los sujetos en los contratos electrónicos

El desarrollo del comercio electrónico³⁰, entendido como conjunto de relaciones entre empresarios; empresarios y consumidores o usuarios y a través de los cuales se formalizan relaciones de compraventa, de suministro y otros muchos tipos de contratos nos lleva a pensar que, precisamente, según el contrato en cuestión, esas serán las partes, así, en el caso de la compraventa tenemos al comprador y al vendedor; en el caso de contratos de servicios bancarios, a la entidad suministradora de los mismos y la persona física o jurídica que los adquiere, etc.

No obstante, de lo que se trata en este epígrafe, es de encontrar una definición de las partes del contrato en sentido general, que abarque a todos los que se puedan realizar por vía electrónica. Para ello hemos de remitirnos a la Disposición Adicional cuarta de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio electrónico.

³⁰ PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato. Tomo II. Vol. 1. 3ª ed. ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 172.

Esta disposición tiene como objetivo modificar el Código Civil y el Código de Comercio a los efectos de determinar el momento en que se produce el consentimiento en contratos en que las partes se encuentran en lugares distintos y a tales efectos utiliza los términos oferente y aceptante. A tales efectos, el oferente obviamente es la persona física o jurídica que hace la propuesta contractual a la otra parte, el aceptante. Esta propuesta contiene la información necesaria para que el aceptante pueda decidir si realmente desea realizar o no la transacción o lo que es lo mismo, si acepta o no la oferta.

Cuando se utilizan las condiciones generales de contratación, el aceptante deviene adherente del contrato predispuesto por el empresario.

No obstante, si nos remitimos a otras normas, como por ejemplo la LMCE, encontramos que define, en su art. 2, tres figuras que participan en el contrato electrónico: el iniciador, el destinatario y el intermediario³¹. El elemento clave de estas definiciones lo constituye el rol que desempeñan estos sujetos respecto al mensaje de datos: el iniciador es quien lo emite; el destinatario es quien deba recibirlo y el intermediario es la persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

En cuanto al iniciador, que puede ser una persona física o jurídica, consideramos que es el ofertante del contrato, quien emite su oferta a través de un mensaje de datos. En este mensaje debe quedar indicada la identidad del mismo así como también la persona a quien va dirigido. El archivo electrónico del mensaje podrá corresponder al propio destinatario o a un tercero que actúe por cuenta de éste.

En relación con el destinatario destacaremos que la única persona que puede serlo es la que designe el iniciador específicamente, así "quien, por tanto conozca y reciba un mensaje de datos sin ser en su texto designado destinatario, no podrá adquirir derecho ni obligación alguna derivados del contenido del mensaje en cuestión"³².

31 Artículo 2. — Definiciones

- c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;
- d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;
- e) Por "intermediario", en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;
 - 32 ILLESCAS ORTIŽ, R. y PERALES VISCASILLAS, P. Ob. Cit. p. 343.

VI. La oferta en los contratos electrónicos

La regulación básica de la oferta en el Derecho español se encuentra en el art. 1262 del CC. Partiremos de la regulación de la oferta en el Convenio de Viena (en adelante CV) que según su art.14.1 "la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos". Según la doctrina más reciente (DIEZ PICAZO, PERALES VISCASILLAS, VICENT CHULIÁ) el CV puede aplicarse por analogía a la formación de todos los contratos (incluidos, en nuestra opinión, los electrónicos), dado que existe "identidad de razón" (art.4.1 C. c.) y dado que el CV incorpora el régimen más avanzado de los contratos³³.

Si se recurre a la doctrina se podría extraer una cierta variedad de definiciones de la oferta: en palabras de DIEZ-PICAZO y GUILLÓN BALLESTEROS la oferta es "una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato" según Jiménez Sánchez "se entiende por oferta una declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo" la oferta es una declaración unilateral de voluntad (ánimus), dirigida a la perfección de un contrato y que incorpora los elementos fundamentales del mismo. En palabras de PEINADO GRACIA esta propuesta no genera obligaciones propias del contrato proyectado, ni tan siquiera vincula al declarante en los propios términos de la declaración realizada, porque es revocable.

Normalmente el oferente se dirige a una persona concreta, pero en el caso de los contratos electrónicos son muy frecuentes las ofertas publicitarias, dirigidas por correo electrónico o a través de páginas web a un indeterminado número de personas. Se pueden distinguir dos supuestos en cuanto la formulación de la

³³ Ver VICENT CHULIÁ, F. "Introducción al derecho mercantil", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 18.ed., 2009, p.764.

³⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GUILLÉN BALLESTEROS, A. "Sistemas de derecho civil", vol. II, 9ed., Tecnos, Madrid, p.65.

³⁵ JIMÉNEZ SÁNCĤEZ, G. J. (coord.) "Lecciones de derecho mercantil", 11ed., ed. Tecnos, Madrid, p. 326.

³⁶ PENADO GRACIA, J. I. "El contrato mercantil: nociones generales" en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.) "Derecho mercantil II", 12ed., ed Ariel, Barcelona, p. 233. Ver también PERALES VISCASILLAS, P. "Formación del contrato electrónico" en CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A, ILLESCAS, R. "Régimen jurídico de Internet", La Ley, Madrid, 2002, p. 886; GONZALEZ GONZALO, A. "La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico", ed. Comares, Granada, p. 9.

oferta³⁷: podría haber fase de negocios preliminares previos o directamente se puede presentar una propuesta "firme".

La oferta debe contener los siguientes requisitos, idénticos a lo estipulado por el Derecho civil³⁸:

- 1) La oferta debe ser completa: esto significa que debe contener todos los elementos del futuro contrato, es decir, objeto y causa- art. 1262.1 Código civil. Por su parte, el art. 14.1 CV emplea los términos "suficientemente precisa" y el art. 2.201 UNIDROIT se asemeja a lo estipulado para la oferta en el CV.
- 2) Según el art. 1254 Código Čivil el contrato existe, desde que una o más personas consienten en obligarse, es decir debe existir ánimus de obligarse. Se trata de una oferta "seria", destinada al cumplimiento del contrato⁴⁰.
- 3) La oferta ha de tener un carácter recepticio, es decir, debe ir dirigida a una o más personas para que esta persona o personas la acepten. En el segundo caso se trata de indeterminación inicial de las personas, pero determinación a posteriori, concretamente en el momento de aceptación de la oferta por parte de estas personas⁴¹.
- 4) La oferta debe tener una cierta previsión de duración, establecida por el oferente y siempre puede revocarse⁴². En palabras de DIEZ PICAZO la revocación es una declaración de voluntad que suprime la oferta, una vez haya sido conocida por el destinatario e impide la perfección del contrato, pudiéndose efectuar de manera expresa o tácita⁴³. El límite de la posibilidad de revocación es el momento de la aceptación por la otra parte.

Hay que distinguir la revocación de la retirada de la oferta, que se puede efectuar antes del momento de la llegada de la oferta al aceptante. Una vez

- 37 Ver BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 24.
- 38 Ver PEINADO GRACIA, J. I. "El contrato mercantil: nociones generales" en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.) "Derecho mercantil II", 12ed., ed Ariel, Barcelona, p.233-234; BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en RCE N 100, 2009, pp. 25-35.
- 39 Ver también DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6 ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p. 331, según que el oferente puede establecer en su propuesta, aparte de los elementos esenciales, un contenido más amplio.
 - 40 Ibid., p. 330 donde se analiza la posibilidad de indemnizar al aceptante.
- 41 Ver BERROCAL LANZAROT, Á. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 28; GONZALEZ GONZALO, A. "La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico", ed. Comares, Granada, p. 19.
- 42 Según Jiménez Sánchez una de las características de la oferta es su revocabilidad- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.) "*Lecciones de derecho mercantil*", 11ed., ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 326
- 43 DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6 ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p. 340.

llegada la oferta, pero antes de la aceptación de la misma hablamos de revocación. En la mayoría de los casos de contratos electrónicos la retirada equivale a la revocación, porque el período de tiempo entre el envío y la llegada es mínimo.

5) Se trata de una declaración personal no contractual, el oferente no se obliga, aunque afirma su ánimo de obligarse. Por ejemplo, en el caso de declaración de incapacidad del oferente durante el transcurso de la oferta, la misma no obliga a su tutor.

Hay que enfatizar que no son requisitos de la oferta ni la forma, ni que la misma se realice por una persona, ya que es posible la realización automática por ordenador de la oferta, cuando se dan las condiciones predispuestas por los oferentes (contratación mediante agentes inteligentes)⁴⁴.

En relación con la oferta es necesario destacar el deber de información previa que pesa sobre el oferente- se trata de un deber precontractual⁴⁵. Este deber se encuentra previsto en la Directiva sobre comercio electrónico (art.4 y 5)⁴⁶; y se refiere a la información detallada y puesta a disposición de las condiciones generales. Excepciones a estas normas se prevén en contratos en que las partes no son consumidores y así lo acuerden; además algunas informaciones no se exigen cuando el contrato se celebra exclusivamente por correo electrónico. La citada Directiva, como se ha dicho, se incorporó al Derecho español mediante la LSSICE; el art. 27 de esta ley establece las mismas excepciones. La conclusión es que dicha obligación es imperativa cuando se trata de contratos celebrados entre empresarios y consumidores⁴⁷.

Según ILLESCAS ORTIZ "... se trata de una obligación legal de carácter predominantemente tuitivo y protector de la presumida contraparte contractual débil- la que es consumidor o no es PSI (prestador de servicios informáticos)-pero que, por su formulación, se extiende a todos los supuestos de comercio electrónico salvo el consabido pacto contrario autorizado por la ley". El contenido de la información a proporcionar es meramente informativo y operativo; se extiende la misma a los siguientes extremos: a) trámites tendentes a la celebración del contrato b) archivo y la eventual accesibilidad futura del contrato c) medios

⁴⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 25

⁴⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la Contratación electrónica", II ed., ed.Thomson-Civitas, 2009, p. 247.

⁴⁶ Ver comentario de los art.4 y 5 de la citada Directiva en CANDELARIO MACÍAS, I. "La euronormalización: análisis de algunas de las consecuencias en el derecho mercantil europeo", Universitas, Bogotá, Colombia, N 102, diciembre 2001, pp. 362-363.

⁴⁷ Ver ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la Contratación electrónica", II ed., ed. Thomson-Civitas, 2009, pp. 246-247.

para la corrección de errores informáticos por la parte no PSI iv) lengua(s) contractuales disponibles⁴⁸.

PERALES VISCASILLAS estudia el problema de la obligación de proporcionar información en el nuevo Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), publicado en enero del 2008 y destinado a unificar el Derecho privado europeo también en relación con la contratación electrónica: la información que se facilite ha de ser clara y precisa, a la vez que expresada en un lenguaje claro y comprensible, el empresario debe facilitar al consumidor información acerca de las principales características de los bienes o servicios, el precio incluyendo los gastos de envío, impuestos y otros gastos, la dirección y entidad del empresario, los términos del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes del contrato⁴⁹.

1. La aceptación

La aceptación está regulada por el art. 1262 del Código de Comercio y a nivel internacional por el art.18 de la CV que dispone lo siguiente: "1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, en este caso la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente".

Según DIEZ-PICAZO la aceptación es "aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con

⁴⁸ ILLESCAS ORTIZ, R. "*Derecho de la Contratación electrónica*", II ed., ed.Thomson-Civitas, 2009, p. 247; sobre algunos aspectos del deber de información previa se puede consultar también el artículo de JULIÁ BARCELÓ, R. "Formación del contrato electrónico:consideraciones prácticas" en *REC*, N 18, p. 36-37.

⁴⁹ PERALES VISCASILLAS, P. "La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference", *RCE* N 100, 2009, p. 109.

ésta. Constituye, en sentido propio una declaración de voluntad negocial que puede realizarse de forma expresa o tácita"⁵⁰ .Y en palabras de JIMÉNEZ SÁNCHEZ la aceptación es una declaración unilateral de voluntad que debe ir dirigida al proponente del contrato y ceñirse a los términos de la oferta⁵¹.

No es exigible forma alguna para la aceptación, pero el contenido de la aceptación debe coincidir con el contenido de la oferta. DIEZ- PICAZO⁵² enumera algunas excepciones cuando sí se establece una determinada forma para la aceptación: a) cuando esta forma está prevista por el oferente; b) si existe una norma o un acuerdo entre las partes en tal sentido y; c) si lo prevén así los usos del negocio o los usos particulares de las partes intervinientes.

En caso de introducción de modificaciones o adiciones se entiende que la oferta se rechaza y estamos ante el supuesto de una contraoferta (STS de 20 de abril del 2001), excepto en el caso en que la oferta no se altere sustancialmente⁵³.La aceptación se puede deducir, además por la misma conducta del aceptante, por ejemplo ejecutando el contrato. Pero puede darse también el caso que según la misma oferta, las prácticas que las partes hayan establecido o los usos el destinatario puede asentir a través de un acto relativo. El art.18 de la CV prevé que el silencio o inacción no constituyen aceptación, es decir, carecen de efectos jurídicos, porque representan una simple abstención de no decir o de no hacer, salvo pacto en contrario entre las partes⁵⁴.

La aceptación debe contener los siguientes requisitos:

- a) La aceptación debe corresponderse con los términos de la propuesta recibida respecto al precio, pago, calidad, cantidad, lugar y fecha de la entrega, el grado de responsabilidad de las partes, la solución de las controversias⁵⁵. Se ha mencionado anteriormente la importancia de esta correspondencia íntegra entre la oferta y la aceptación para la perfección del contrato.
- 50 DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6 ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p. 352; ver también PERALES VISCASILLAS, P. "Formación del contrato electrónico" en Régimen jurídico de internet / coord. por Miguel Angel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Javier CREMADES GARCÍA, La Ley, 2001, p. 902.
- 51 Jiménez Sánchez, G. J. (coord.) "Lecciones de derecho mercantil", 11ed., ed. Tecnos, Madrid, p. 326.
- 52 DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p.p. 352-353; BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en RCE N 100, 2009, p. 36-37.
- 53 Ver VICENT CHULIA, F. "Introducción al Derecho Mercantil", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 17 ed., 2004, p. 766.
- 54 Ver BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p.27, también DIEZ-PICAZO, L. "*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*", 6ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p.p. 355-356.
- 55 VICENT CHULIA, F. "Introducción al Derecho Mercantil", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 17 ed., p. 764.

- b) Se trata de una declaración que debe ser recibida por el oferente. En el caso del correo electrónico debe ser remitida al oferente y en caso de contratos realizados por páginas web, hay que cliquear sobre el botón correspondiente⁵⁶ de la página web.
- c) La aceptación debe ser oportuna y tempestiva, es decir, debe ser emitida en el plazo de vigencia de la oferta. Es decir, en el momento de remitir la aceptación, la oferta debe estar todavía vigente. En caso de que no se haya previsto plazo de vigencia de la oferta DIEZ PICAZO entiende que para que sea tempestiva la aceptación debe emitirse y llegar al oferente en un plazo razonable. El autor entiende por plazo razonable aquel que resulte del cumplimiento de las reglas de la diligencia y de buena fe⁵⁷.

El citado art. 18 de la CV precisa, que la "razonabilidad" del plazo se relaciona con las circunstancias de la transacción y en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. El art. 21.1 de esta norma establece una regla importante respecto a la aceptación tardía (como regla general la aceptación tardía no perfecciona el contrato): la aceptación tardía surtirá efectos únicamente si el oferente, sin demora, informa verbalmente al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido. Otro caso diferente se da cuando la aceptación ha sido expedida durante la vigencia de la oferta, pero no llega a tiempo al oferente⁵⁸ por un error del sistema informático. BERROCAL LANZAROT expone los dos diferentes planteamientos doctrinales sobre el riesgo del mal funcionamiento del sistema informático:

- Para una parte de la doctrina este riesgo debe recaer sobre el aceptante, así que el contrato no se perfecciona y la aceptación puede tener el sentido de contraoferta.
- Para la mayoría de la doctrina, si el retraso es por causas ajenas al aceptante, se aplica el art. 21.2 del CV- "Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido". Es decir, en este caso la aceptación perfeccionará el contrato lo que parece la solución lógica.

⁵⁶ Ver BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 39

⁵⁷ DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6ed. Thompson-Civitas, Navarra, 2007, p. 354.

⁵⁸ Ver BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 43.

d) La aceptación es irrevocable: una vez remitida, el contrato es perfecto, porque no se puede dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del mismo (art.1256 Código Civil). Este criterio se relaciona directamente con la seriedad de la aceptación y la exigencia de buena fe durante todo el período de negociación, perfección y formación del contrato. Esto significa, además que no se puede incluir fórmula alguna de aplazamiento⁵⁹ o revocación posterior. Es decir, igual que en el caso de la oferta, debe existir *animus* de obligarse. Se trata de una aceptación seria y definitiva, destinada al cumplimiento del contrato.

2. Perfección del contrato

La cuestión de la perfección del contrato es relativa a la conclusión del intercambio de declaraciones y está regulada por los arts. 1262 del CC y el 54 del Código de Comercio. La concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato⁶⁰ perfecciona el contrato según el art. 23 del CV, que establece que "el contrato se perfecciona en el momento de surtir efectos la aceptación de la oferta". El problema básico en el caso de la contratación electrónica ha sido siempre la determinación de este momento de perfección del contrato⁶¹, es decir, el momento en el que nace el contrato, existiendo una división de la doctrina al respecto⁶²:

- Para una parte de la doctrina la inmediatez de la comunicación telemática no se produce y existe sólo en teoría⁶³.
- Otros mantienen que el intervalo temporal entre la emisión de la aceptación y el conocimiento por el oferente es irrelevante debido a la extraordinaria rapidez del medio de comunicación empleado⁶⁴.

La mayoría de la doctrina mantiene la postura de que se trata de contratos celebrados entre ausentes⁶⁵, siguiendo los principios de la Directiva 2000/31/

- 59 *Ibid*.
- 60 Ver RAMOS HERRANZ, I. "El contrato electrónico: validez y eficacia", *RCE* N 39, junio 2003, pp. 10-17, donde la autora estudia las pautas referentes al consentimiento, el objeto y la causa en los contratos electrónicos.
 - 61 Ver CANDELARIO MACÍ
- AS, M. I. y RODRIGUEZ GRILLO, L. "Seguro de crédito on-line" en *RCE* N39, 2003, p. 55.
- 62 ORTEGA DÍAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE* N 86, 2007, p. 64.
- 63 SIERRA FLORES Doña, M. "Impacto del comercio electrónico en el derecho en la contratación", *Cuadernos de Derecho Mercantil*, ER 2002, p. 133.
- 64 ORTEGA DIAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE* N 86, 2007, p.64; APARICIO VAQUERO, J. P. "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", *RdNT* N 5, 2004-2, pp. 101-118.
- 65 Ver ILLESCAS ORTIZ, R. "*Derecho de la Contratación electrónica*", II ed., ed. Thomson-Civitas, 2009, p.249.

CE reguladora del comercio electrónico y la normativa general civil y mercantil en este aspecto.

La determinación del momento de perfección del contrato es importante por los siguientes motivos⁶⁶: a) para saber el momento en el que nacen las obligaciones de las partes; b) para conocer hasta que momento pueden ser retiradas y revocadas la oferta y la aceptación; c) para determinar la capacidad de las partes contratantes; d) para saber la norma aplicable en caso de modificaciones legislativas; e) para determinar el límite de retroactividad del contrato sometido a condición suspensiva y; f) para determinar el momento desde que se da o no la posibilidad de rescindir los contratos que existen en fraude de los acreedores.

La doctrina mantiene la postura que la única diferencia respecto a la determinación del momento de la perfección del contrato entre los contratos electrónicos y los demás contratos entre ausentes es que en el caso de los contratos electrónicos el consentimiento se realiza por vía telemática y esto no altera de ninguna manera la naturaleza de este consentimiento⁶⁷. De seguido se analizarán las últimas novedades de la doctrina referentes a dicho momento de perfección.

Como es sabido, en Derecho civil y mercantil existen cuatro teorías para determinar el momento de la perfección⁶⁸:

- Teoría de la aceptación: el contrato se considera perfeccionado desde que se realiza la aceptación por el aceptante;
- Teoría de la expedición (emisión): el contrato se considera perfeccionado cuando la aceptación sea expedida, remitida o enviada al oferente
- Teoría de la recepción: el contrato se considera perfeccionado cuando se produzca la recepción por el oferente de la aceptación
- Teoría del conocimiento: cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación realizada por el aceptante.
- 66 BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 47; ROGEL VIDE, C. "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", Homenaje al Profesor Luis Puig y Ferrol, vol. II, coord. ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. "*Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2006, p. 2157; ARIAS POU, M. "*El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet*", la ley n 4, 2006, p. 1531.
- 67 ORTEGA DÍAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE* N 86, 2007, p.70; DIEZ-PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 6ed. Thompson- Civitas, Navarra, 2007, p. 112; SIERRA FLORES Doña, M. "Impacto del comercio electrónico en el derecho en la contratación", Cuadernos de Derecho Mercantil, ER 2002, p. 123.
- 68 Ver CANDELARIO MACÍAS, M.I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. "Seguro de crédito on-line" en *RCE* N 39, 2003, p. 55; VICENT CHULIÁ, F. "*Introducción al Derecho Mercantil*", *op.cit.*, p. 767.

Es obvio que las cuatro teorías coinciden con las cuatro posibles fases temporales de la realización del consentimiento: a) la oferta es aceptada por el aceptante; b) el aceptante envía la aceptación; c) el oferente recibe la aceptación; y d) el oferente conoce la aceptación realizada por el aceptante. Como es sabido se ha aceptado la aplicación de la teoría de la recepción en los contratos entre ausentes por dos razones básicas:

- La no obstaculización de la fluidez del tráfico comercial: el legislador se interesa por un momento más avanzado que es la recepción por el oferente (no la aceptación o la remisión por el aceptante).
- La facilidad de la prueba de la recepción de la aceptación para que no se produzcan abusos por parte del oferente.

Entendemos lógica la aplicación de estas razones y criterios también para los contratos electrónicos, sobre todo por la facilidad de la prueba que ofrece la teoría de la recepción.

ORTEGA DÍAZ⁶⁹ analiza detalladamente el art. 1262.2CC, exponiendo las dos partes de dicho artículo: "hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación" o "desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe"⁷⁰. El autor encuentra una clara contradicción entre ellas, proponiendo al legislador eliminar la inclinación hacia el criterio del conocimiento eliminando la primera de las dos expresiones. La conclusión es, añadiendo, además la norma del art.24 del CV "A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual". Que los contratos electrónicos siguen la teoría de la recepción⁷¹, establecida para los

⁶⁹ ORTEGA DÍAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", op.cit., pp. 70-71.

⁷⁰ MARTÍNEZ MARTESANZ, C. y RUIZ MUÑOZ, M. "Algunos aspectos jurídico-privados del proyecto de LSSICE del 8 de febrero de 2002", *RCE* N 27, 2002, pp. 28-58.

⁷¹ Un análisis detallado de los criterios aceptados por el art.1262 CC y 54 CCom- en ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la contratación electrónica", II ed., op.cit. pp. 254-261; algunos autores como Berrocal Lanzarot abogan por la teoría de la conocimiento. "la cognición atemperada que ya conocemos y, una regla especial" en cuanto a los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos en el caso de los cuales se opta por la teoría de la aceptación-BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en RCE N 100, 2009, p 79.

Ver también FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. "La perfección del contrato electrónico", *Cuadernos de Derecho Judicial* N 5, 2006, p. 184; ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C. "*La contratación electrónica*", La Ley N 2, 2003, p. 1380; ROGEL

contratos entre ausentes, con la excepción de los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos, para los que rige la teoría de la emisión⁷².Un ejemplo de contratos electrónicos celebrados vía dispositivos automáticos son los contratos realizados a través de páginas web. En este caso el consentimiento se produce cuando el aceptante presiona el botón aceptar, es decir, rige la teoría de la emisión⁷³.

Es importante determinar el lugar de celebración del contrato con vistas a conocer: 1) el lugar donde nacen las obligaciones de las partes; 2) la normativa aplicable; y 3) la jurisdicción competente.

El art.29 LSSICE determina el lugar de celebración del contrato en sus dos posibles vertientes: a) en el caso de que una de las partes es consumidor, los contratos se presumen celebrados donde el mismo tenga su residencia habitual, sin que el legislador prevea la posibilidad de pacto entre las partes: así se establece una regla en defensa del consumidor y; b) los contratos entre empresarios se presumen celebrados en el lugar en el que esté establecido el prestador de servicios, salvo pacto entre las partes.

Respecto de los contratos con elemento extraterritorial se recurre al art.26 LSSICE que remite a las normas del Derecho Internacional Privado. Según ILLESCAS ORTIZ "el lugar de perfección del contrato electrónico -a ser fijado por la voluntad de sus partes y, en su ausencia, por las reglas del derecho aplicable- será primordial y alternativamente el lugar del establecimiento del iniciador del MD⁷⁴ que contiene la aceptación de la oferta o el lugar del establecimiento del destinatario del MD que contiene tal género de declaración", pudiéndose establecer legalmente también otros criterios⁷⁵.

En el marco de la Unión Europea se aplican el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (dicho Reglamento sustituye al Convenio de Roma, por el que se establecieron normas uniformes para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea) y el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷⁶.

- VIDE, C. "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", Homenaje al Profesor Luis Puig y Ferrol, vol.II, coord. ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M. E. "*Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2006, p. 2168.
- 72 Ver ORTEGA DIAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual", *RCE* N 86, 2007, pp. 71-73.
 - 73 *Ibid.*, p. 72-73;
 - 74 MD: mensaje de datos
- 75 ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la Contratación electrónica", II ed., ed.Thomson-Civitas, 2009, p. 261;
- 76 Un detallado estudio de los supuestos con elemento extraterritorial encontramos en ORTEGA DIAZ, J. F. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte

VIII. La formación del contrato electrónico

Antes de proceder a analizar la formación del contrato electrónico es necesario indagar al menos cuatro importantes cuestiones⁷⁷:

- a. En primer lugar, en cuanto a la oferta: si se trata de una verdadera oferta con la contestación a la cual el aceptante se considera obligado o si es una mera invitación que ofrece información sobre un producto o servicio, caso en el que no existen obligaciones por parte del oferente o el aceptante.
- b. El aceptante (consumidor) debe verificar el cumplimiento del deber de información previa por parte del empresario.
- c. El oferente debe verificar si la contestación a la oferta es aceptación o es una mera solicitud de información, caso en el que tampoco nacen obligaciones para el oferente o el aceptante.
- d. El oferente debe determinar si la contestación de la oferta contiene importantes condiciones o modificaciones, caso en el que, como se ha dicho anteriormente no sería oferta, sino una contraoferta.

Pasada la anterior fase de verificaciones, el consentimiento se puede manifestar de cuatro diferentes maneras:

- a. Formación del contrato realizado a través de e-mail, en cuyo caso el consentimiento se manifiesta por escrito, contestando al e- mail de la oferta.
- b. Formación del contrato realizado a través de páginas web, caso en que el consentimiento se emite a través de la pulsación del botón "aceptar".
- c. Formación del contrato en los casos de consentimiento tácito. Se trata de actos que exteriorizan la ejecución del contrato (por ej. cumplimiento de alguna de las obligaciones por parte del oferente).
- d. Formación del contrato cuando el consentimiento se manifiesta por medios orales de comunicación (videoconferencia).

Según se ha mencionado anteriormente, en la doctrina mayoritariamente se acepta que en los contratos electrónicos tenemos presente una contratación entre ausentes⁷⁸, excepto el caso de la videoconferencia. Dicho esto, hay que

contractual", *RCE* N 86, 2007, pp. 73-77. Ver asimismo Candelario Macías, I. "Breves apuntes sobre la formación del contrato electrónico", *Revista Ambito jurídico* disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5513.pdf.

⁷⁷ BERROCAL LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, pp. 74-75.

⁷⁸ Ver ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la contratación electrónica", *op.cit.*, p. 249; otros autores les entienden como "contratos concluidos entre personas distantes" – BERROCAL

enfatizar que aunque no existe forma exigida legalmente para la formación de los contratos electrónicos ellos son contratos consensuales y la forma escrita es necesaria como medio de prueba.

Para fomentar la seguridad jurídica en las comunicaciones comerciales y con objetivo de defender los intereses de los consumidores y usuarios, el legislador comunitario y nacional se ha visto obligado de introducir ciertas reglas para la formalización de los contratos electrónicos. A nivel comunitario existen las ya mencionadas Directiva sobre comercio electrónico y Directiva sobre firma electrónica que regula la firma electrónica y establece la equidad entre la firma electrónica y la firma manuscrita. La formación de contrato electrónico a nivel nacional es regulado por la LSSICE y por la Ley de firma electrónica. Así, la exigencia de forma escrita se entenderá cumplida si el contrato se contiene en un soporte electrónico, que será admitido como prueba documental, siendo de aplicación la legislación sobre firma electrónica (art.23 y 24 LSSICE⁷⁹).

Es necesario advertir que ni el mensaje de la oferta, ni el mensaje de la aceptación, ni el acuse de recibo, ni la confirmación probarán en juicio el autor del mensaje de datos o su contenido, porque cualquiera puede enviar un mensaje pretendiendo ser otra persona, en caso de que el mensaje no se firma de alguna manera⁸⁰. La idea principal, además es que la firma digital sea segura: dicha firma debe servir como prueba de la identidad de la persona y la integridad del documento⁸¹. Para que se consigan estos objetivos, la firma electrónica debe reunir los siguientes requisitos⁸²: a) que no pueda ser usada por otra persona; b) que se pueda demostrar que el mensaje enviado bajo dicha firma es exactamente el que envió el emisor y que el destinatario no pueda negar que lo ha recibido y; c) que no pueda ser recibido por una persona distinta de su destinatario.

La Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre distingue entre firma electrónica que sirve para identificar y autentificar datos (puede ser una firma de un mensaje electrónico con un nombre o con un código PIN) y la firma electrónica avanzada. Dicha distinción existía también en el RDL 14/1999 de 17 de septiembre⁸³ (derogado por la Ley 59/2003 de Firma Electrónica) que regulaba la firma electrónica, la firma electrónica avanzada, los servicios de certificación y su

- 79 VICENT CHULIÁ, F. "Introducción al Derecho Mercantil", op.cit., p. 774.
- 80 Ver JULIÁ BARCELÓ, R. "Formación del contrato electrónico...", op.cit., p. 43.
- 81 Ver Exposición de Motivos de la Ley 59/2003.
- 82 VICENT CHULIÁ, F. "*Introducción al Derecho Mercantil...*, p. 772; ver también el artículo de PAREJO NAVAJAS, T. "Análisis de las figuras esenciales del régimen jurídico de firma electrónica: la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica", *RCE* N 70, 2006.
- 83 Ver un análisis de las nociones básicas establecidas por el RDL 14/1999 en MARTÍNEZ NADAL, A. "*La Ley española de firma electrónica*" en ILLESCAS ORTIZ, R.(dir.) y RAMOS HERRANZ, I. (coord.), *Derecho del comercio electrónico*, ed. La Ley, 2001, pp. 82-88.

LANZAROT, A. I. "Perfección del contrato en la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico: unificación de criterios" en *RCE* N 100, 2009, p. 75.

control y disciplina administrativa⁸⁴. Una de las novedades que la Ley 59/2003 de Firma Electrónica ofrece respecto del Real Decreto-ley 14/1999, es la denominación como firma electrónica reconocida de la firma electrónica que se equipara funcionalmente a la firma manuscrita. Se trata de la creación de un concepto nuevo demandado por el sector, sin que ello implique modificación alguna de los requisitos sustantivos que tanto la Directiva 1999/93/CE como el propio Real Decreto-ley 14/1999 venían exigiendo. Así no basta con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la firma manuscrita; es preciso que la firma electrónica avanzada esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación.

1. La prueba del contrato electrónico

En cuanto a la prueba del contrato electrónico se puede distinguir entre los supuestos de contratos celebrados a través de correo electrónico y contratos celebrados a través de páginas web.

Según el artículo 11.1 de la Directiva sobre comercio electrónico:

"Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes:

- el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,
- se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos".

Así, la Directiva establece que, salvo pacto entre las partes en caso de que no sean consumidores, es obligación del oferente- prestador de servicios expedir acuse de recibo sin faltar la buena fe ("sin demora indebida") y utilizando la misma vía electrónica. La Directiva es imprecisa respecto al segundo principio, porque no determina el contenido de acceso al pedido y al acuse de recibo. En estos términos el aceptante puede alegar que no ha tenido la posibilidad de acceso al acuse de recibo y de esta manera se dificultará la prueba.

La LSSICE en su art.28, titulado "Información posterior a la celebración del contrato" establece que el oferente debe confirmar la recepción de la aceptación por alguno de los siguientes medios:

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya

⁸⁴ Ver RAMOS HERRANZ, I. "El contrato electrónico: validez y eficacia", *RCE* N 39, junio 2003, pp. 15.

señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario".

Es decir, tanto el acuse de recibo como la confirmación tienen que ser enviadas por vía electrónica y deben ser dirigidas al oferente - prestador de servicios o a otra persona designada por el mismo. Según Illescas Ortíz⁸⁵, la diferencia entre la confirmación y el acuse de recibo es que la confirmación puede atribuir certidumbre respecto al contenido del mensaje de datos únicamente cuando reitera el contenido del mismo. En nuestra opinión no es necesario que el legislador establezca la opción de emitir confirmación en vez de AR: en caso de no reiteración del contenido de la oferta surgen dudas respecto al consentimiento.

El art. 28.2 de la LSSICE precisa el segundo principio anunciado en la Directiva de comercio electrónico respecto a la prueba de los contratos realizados, es decir, determina los términos de "acceso" al acuse de recibo de la siguiente manera: "Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello". Se tiene constancia cuando se da la siguiente presunción legal: "En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones". Así la norma determina que el destinatario tiene constancia desde el momento en que⁸⁶: a) el acuse de recibo ha sido almacenado en su servidor y b) el acuse de recibo ha sido almacenado en otro dispositivo que el destinatario utiliza para la recepción de sus correos

Así el riesgo de no haber conocido el acuse de recibo o la confirmación se desplaza al destinatario, que esté interesado en almacenar dicha prueba del contrato. Este problema se da en el caso de la contratación por e-mail, pero no existe en el caso de la contratación vía páginas web, porque el acuse de recibo igualmente se emite instantáneamente, independientemente de que se puede enviar también por e-mail.

⁸⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. "Derecho de la contratación electrónica", op.cit., p. 240.

⁸⁶ Ver GONZÁLEZ GONZALO, A. "La formación del contrato...", op.cit., p. 243; PERALES VISCASILLAS, P. "Formación del contrato electrónico", op. cit., pp. 919-920.

El inciso 3 del mencionado art. 28 establece las excepciones de la obligación de emitir acuse de recibo/confirmación cuando dispone que "no será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación".

En esta norma se repite la excepción prevista en la Directiva sobre comercio electrónico: puede existir pacto entre las partes de no acusar recibo cuando ninguna de ellas es consumidor, así se establece otra regla en defensa del consumidor. En el caso de contratación vía e-mail la expedición del acuse de recibo tampoco es obligatoria (los mismos correos electrónicos enviados por las partes pueden servir como prueba documental) siempre y cuando se cumplan los principios de buena fe en la contratación.

IX. Control de su cumplimiento

En este punto nos interesa entrar a considerar los contratos electrónicos celebrados entre sujetos que residan en diferentes países y uno de ellos sea consumidor. En estos supuestos el problema se presenta cuando se produce un incumplimiento por parte de una empresa con la cual contrata una persona física en calidad de consumidor e incluso un pequeño empresario.

Independientemente de la normativa analizada en materia de defensa de consumidores y usuarios, en la mayoría de los casos la parte más débil queda prácticamente en estado de indefensión, algo distinto a lo que sucede cuando contratan *on-line* dos grandes empresas al existir un equilibrio entre las partes que disponen de recursos suficientes para promover un proceso ante un arbitraje internacional o utilizar la vía jurisdiccional competente.

La experiencia demuestra que cuando el consumidor establece una reclamación por incumplimiento contractual con una empresa, ésta responde con reiteradas "justificaciones", para evadir la responsabilidad derivada del incumplimiento. A modo de ejemplo, tenemos la compra a través de Internet de un billete de avión para las vacaciones navideñas con vuelo directo Aeropuerto de Barajas, Madrid-Aeropuerto Internacional de Miami, Estados Unidos, adquirido con seis meses de antelación. En este caso la compañía aérea, sin consultar con el consumidor, hace una modificación que consiste en incorporar una escala al vuelo, nada menos que en Filadelfía, con todas dificultades que esto conlleva como es el incremento de las horas de vuelo y la estadía en el aeropuerto de esta ciudad para recoger el equipaje e incorporarse a otro vuelo.

En este supuesto, el consumidor acude a la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) de España; sus especialistas al revisar la documentación dan la razón al consumidor pero su apoyo llega sólo a informar a éste de sus derechos y de la forma de poner una demanda a la compañía. Por supuesto, el consumidor no dispone de medios para asumir el coste de un proceso de este tipo en los tribunales españoles, el cual asciende a 2.100€, excluidos los posibles recursos posteriores, casi el triple de lo que costó el billete.

Otros ejemplos frecuentes son los casos de compraventa internacional *online* de mercancías específicas y lo que el recibe el consumidor, que puede ser una persona física o una pequeña empresa, es otra similar pero con características diferentes a las que aparecían en la oferta. Aquí surge el problema de a qué jurisdicción debe acudir el consumidor en caso de que ésta no haya sido fijada en el contrato, en cuyo caso la vía sería el costoso arbitraje internacional.

Ante tales situaciones proponemos que en las condiciones generales de contratación, que son la forma contractual mayormente se utiliza para los contratos electrónicos en el tráfico mercantil, se debe establecer claramente la jurisdicción de referencia en caso de incumplimiento y que cuando el afectado es un consumidor, debe ser siempre el Tribunal del domicilio de éste. Asimismo, y no lo que más importante somos de la opinión que estos procedimientos deben ser excluidos de coste para el consumidor, a no ser que éste, a juicio del Tribunal o la Corte Arbitral, resuelva que no se produjo el incumplimiento.

X. Conclusiones

A modo de conclusión podemos señalar dos cuestiones fundamentales:

- 1. Los contratos electrónicos no constituyen un nuevo tipo de contrato, sino de contratos concertados mediante un soporte diferente al tradicional, producto del desarrollo de las nuevas tecnologías así como de la globalización, que comportan reducción de obstáculos como son las distancias y el tiempo.
- 2. Pese a la profusa legislación existente en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, éstos no encuentran efectivamente protegidos sus derechos, sobre todo cuando se trata de transacciones internacionales.



Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España

Apolonia Martínez Nadal*
Jordi Herrera-Joancomarti**
Cristina Pérez-Solà***

SUMARIO: I. Introducción. II. La Ley Orgánica 3/1984 desde el punto de vista técnico. 1. Proceso de recogida de firmas. 2. Identificación de los procesos tradicionales en un entorno digital. III. Aplicación de recogida de firmas. 1. Validaciones que realiza la aplicación. 2. Especificaciones del formato de datos. 3. Beneficios de la aplicación. IV. Análisis jurídico. 1. Sujetos que intervienen y naturaleza jurídica. 2. procedimientos de desarrollo de una ILP. Validación jurídica de la plataforma de recogida de firmas digitales objeto de estudio. V. Conclusiones.

Resumen

En España, la Constitución de 1978 reconoce la denominada Iniciativa Legislativa Popular (ILP), consistente en un proceso en virtud del cual los ciudadanos pueden presentar proposiciones de ley suscritas por un número mínimo de firmantes. Con la aparición de los dispositivos de firma electrónica, los procesos de ILP pueden llegar a sufrir una importante transformación puesto que la posibilidad de recogida de firmas digitales puede llegar a ser muy versátil. En este artículo se analiza, tanto desde el punto de vista técnico como el punto de vista jurídico, cómo la recogida de firmas mediante mecanismos digitales puede afectar a las Iniciativas Legislativas Populares.

Palabras clave: Iniciativa legislativa popular. Firmas digitales. DNI electrónico.

Recibido: 30/9/2010 • Aceptado: 8/10/2010

ISSN: 1317-9306

^{*} Catedrática de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho, Universitat de les Illes Balears (España). apollonia.martinez@uib.es

^{**} Profesor Agregado de la Escuela de Ingeniería de la Universitat Autónoma de Barcelona (España) y IN3 – Internet Interdisciplinari Institute. jherrera@ deic.uab.cat

^{***} Estudiante de Doctorado en la Escuela de Ingeniería de la Universitat Autónoma de Barcelona (España) cperez@deic.uab.cat

Abstract

In Spain, the 1978 Constitution recognizes the Popular Legislative Initiative (ILP). This is a process whereby citizens can submit bills signed by a minimum number of signatories. With the advent of electronic signature devices, the processes of ILP may suffer a major transformation since the possibility of collecting digital signatures can be very versatile. This paper analyzes from a technical and a legal point of view, how the collection of signatures by digital mechanisms can affect Popular Legislative Initiatives.

Keywords Popular Legislative Initiative. Digital Signatures. Electronic DNI.

I. Introducción

La Constitución Española reconoce varias formas de participación directa de los ciudadanos en la vida pública y, en concreto, en su art. 87.3, prevé la participación directa de los mismos en el proceso de producción normativa, configurando al pueblo, mediante la presentación de 500.000 firmas, como sujeto de la iniciativa legislativa. Esta participación prevista constitucionalmente se encuentra regulada por la Ley Orgánica 3/1984, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular (ILP). Dicha ley permite a los ciudadanos presentar proposiciones de ley suscritas, como mínimo, por el número de firmas mencionado. La Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, modifica la citada Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, introduciendo un nuevo art. 7.4, que establece, respecto de la naturaleza de las firmas, que "Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente".

Por último, la posibilidad de realizar recogidas de firmas electrónicas para Iniciativas Legislativas Populares se confirma en la sesión de la Junta Electoral Central del 17 de septiembre de 2009, donde se reconoce el uso de la firma electrónica para la recogida de firmas a efectos de la presentación de una Iniciativa Legislativa Popular, estableciendo que la Comisión Promotora deberá comunicar a la Junta Electoral Central el sistema de firma electrónica que pretenda utilizar y facilitar a ésta, en el caso de que fuera necesario, el sistema utilizado para la verificación de las firmas electrónicas.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, puede afirmarse que existe un marco legal que posibilita el desarrollo de una Iniciativa Legislativa Popular a través de la recogida de firmas electrónicas. Cuestión distinta es la utilización que se haga en la práctica de esta posibilidad.

En España, los trabajos realizados hasta la fecha en este campo no son demasiados y las iniciativas que han recogido sus firmas a través de medios digitales son escasas.

Por un lado, desde el punto de vista técnico, encontramos distintas herramientas que permiten la firma de documentos de forma telemática. De entre ellas, destacan *CryptoApplet*, *ViaFirma* y @Firma.

CryptoApplet¹ es un applet de Java desarrollado por un equipo de la Universitat Jaume I de Castelló (España). Esta herramienta es la base para la realización de las firmas digitales utilizando el navegador web puesto que permite realizar firmas electrónicas avanzadas, propiamente dichas, en diversos formatos así como su validación. También permite realizar sellos de tiempo. Al ser un applet de Java, éste es multiplataforma, requiriendo para su ejecución la máquina virtual de Java.

ViaFirma² es una plataforma de firma digital completa realizada también en Java que permite autenticar usuarios a partir de certificados digitales, realizar firmas digitales y custodiar los documentos firmados. La plataforma soporta diferentes formatos de firma digital así como diferentes procedimientos de firma, lo que hace de *viaFirma* una plataforma versátil de firma digital. Entre sus características, cabe destacar la gran compatibilidad que ofrece con distintos sistemas, siendo operativa en Internet Explorer, Google Chrome sobre Windows, Firefox, Opera y Safari.

@Firma³ es la solución tecnológica de firma electrónica que ofrece el Ministerio de Administraciones Públicas español. La plataforma está disponible para todo organismo o entidad pública perteneciente a las diferentes Administraciones Públicas. La aplicación ofrece, además de firmas electrónicas en múltiples formatos, comprobación de certificados, validación de firmas y sellado de tiempo.

En el marco de la Administración electrónica, el proyecto Drupal X509⁴ ofrece un módulo para el gestor de contenidos Drupal que permite la creación de portales de participación ciudadana. El módulo permite la creación de formularios y su firma utilizando el documento nacional de identidad (DNI) digital.

Sin embargo, las herramientas que hemos descrito hasta este punto, están pensadas para la firma de distintos documentos por un conjunto de usuarios, gestionándose dichas firmas de forma separada. Nótese que en una ILP, los condicionantes son distintos, puesto que se pretende realizar la firma digital sobre un único documento, la propuesta, por múltiples usuarios. Además, la

¹ SANTAPAU NEBOT, P. y BORILLO DOMENECH, R.: Cryptoapplet. Applet de realización de firma digital multiformato. Universitat Jaume I.

² Viavansi, Grupo. Viafirma. http://www.viafirma.com/.

³ Ministerio de Administraciones Públicas. @firma. plataforma de validación y firma electrónica.

⁴ BLASCO DÍAZ, J. L., FABRA VALLS, M., MOLLAR VILLANUEVA, M., SANTAPAU NEBOT, P. y MANZANO ROMERO, S.: *Drupal aplicado a la Administración electrónica*.

gestión de todas las firmas es una gestión conjunta puesto que la validez de la ILP radica en la presentación de 500.000 firmas en su totalidad.

Desde una vertiente más académica⁵, los autores proponen un sistema de recogida de firmas digitales enfocada a procesos de ILP. En dicho artículo, se presenta el diseño de la plataforma eFIC (Firma Ciudadana), una plataforma que permite la recogida de firmas. Sin embargo, la descripción que se hace de la plataforma es a muy alto nivel y únicamente se indica la utilización de servicios web para la realización de las funcionalidades. No nos consta, a día de hoy, que la plataforma propuesta en dicho artículo se hava implementado.

Finalmente, desde el punto de vista práctico, únicamente un proceso de ILP contempla la recogida de firmas digitales: el proceso de ILP pro-trasvase Tajo-Segura⁶. Esta ILP ofrece un esquema mixto de recogida de firmas: aceptan firmas manuscritas tradicionales realizadas en puntos específicos de recogida y, a su vez, también aceptan firmas digitales que se pueden realizar a través de su portal web utilizando el DNI electrónico. La aplicación que se encarga de la gestión de las firmas digitales es una aplicación desarrollada a tal efecto por el Departamento de Informática de la Universidad de Murcia (España). Más allá del "Manual del firmante" que se encuentra disponible en la web de la Iniciativa, y que limita su uso a la utilización de Internet Explorer en Windows 2000/XP, no se disponen de más detalles de la aplicación.

Desde el punto de vista jurídico, no tenemos conocimiento, a día de hoy, de la existencia entre la doctrina española de publicaciones dedicadas específicamente a la recogida de firmas electrónicas para el desarrollo de una Iniciativa Legislativa Popular, por lo que el tema es abordado de forma incidental en trabajos generalistas y sin entrar a resolver de forma completa la concreta problemática jurídica planteada.

En este artículo se presenta una aplicación que permite la recogida y validación de firmas digitales para una Iniciativa Legislativa Popular. Se pretende que la aplicación propuesta cumpla con los requisitos establecidos por la ley y dicho cumplimiento se analiza en el presente artículo tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista jurídico. La organización del artículo es la siguiente. En la Sección II se analiza la ley que regula los procesos de ILP y se detalla cómo se identifican los procesos tradicionales en un entorno digital. La Sección III presenta las principales características de la aplicación desarrollada y las verificaciones técnicas que se realizan para cumplir con lo estipulado por la Ley Orgánica 3/1984. En la Sección IV se presenta un análisis jurídico de las implicaciones de la recogida de firmas digitales en una ILP y se analiza, también desde el punto de vista jurídico, la adecuación de la aplicación

⁵ CONDE MELGUIZO, R., MUÑOZ MUÑOZ, A. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. L., Recogida de firmas electrónicas dentro del marco legal español. eparticipación basada en edni. CollECTeR Iberoamérica, 2008.

⁶ Defendemos el trasvase. *ILP en defensa del trasvase Tajo-Segura*. http://www.defendemoseltrasvase.es/index.php.

propuesta a los requisitos legales. Finalmente, en la Sección V se presentan las conclusiones del artículo.

II. La Ley Orgánica 3/1984 desde el punto de vista técnico

La presentación de una Iniciativa Legislativa Popular da comienzo con la constitución de una Comisión Promotora, encargada de presentar el texto que será objeto de la Iniciativa. La comisión promotora deberá presentar el texto a la Mesa del Congreso, que llevará a cabo un examen de admisibilidad con el fin de evitar gastos y esfuerzos inútiles. Si la propuesta es rechazada, la Comisión Promotora puede decidir presentar un recurso al Tribunal Constitucional. Si la propuesta es admitida, se prosigue con la Iniciativa Legislativa Popular.

El proceso de recogida de firmas se inicia en el momento en el que la Mesa del Congreso admite la proposición y lo comunica a la Junta Electoral Central (JEC) y termina con la entrega de las firmas recogidas a la JEC, para su posterior comprobación y recuento definitivo. Se requieren un mínimo de 500.000 firmas que deben ser recogidas y validadas en un plazo de nueve meses.

Una vez recogidas las firmas exigidas y entregadas a la JEC, ésta procederá a su comprobación y recuento definitivos, invalidando las firmas que no cumplan los requisitos establecidos. La JEC elevará al Congreso de los Diputados la certificación acreditativa del número de firmas válidas y procederá a destruir los pliegos que contenían las firmas.

Por último, se inicia la tramitación parlamentaria. Recibida la acreditación con el número de firmas exigido, la Mesa ordenará la publicación de la proposición, que quedará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno.

1. Proceso de recogida de firmas

Una vez se ha admitido la proposición, la Mesa del Congreso lo comunica a la JEC, que a su vez lo comunica a la Comisión Promotora, dando comienzo al plazo de recogida de firmas.

La Comisión Promotora presentará entonces los pliegos necesarios para la recogida de firmas, que deberán reproducir el texto íntegro de la proposición. La JEC, una vez aprobado el texto que contienen los pliegos, los devolverá sellados y numerados a la Comisión Promotora, que se encargará de la recogida de firmas.

Una vez que la Comisión Promotora ha obtenido los pliegos de la JEC, se procede a la recogida de firmas. Las firmas recolectadas deberán ir acompañadas del nombre, apellidos, número del documento nacional de identidad y municipio en cuyas listas electorales se encuentre inscrito el elector. Además, deberán ser autenticadas por un Notario, un Secretario Judicial, el Secretario

municipal o por fedatarios especiales designados por la comisión promotora. La autenticación deberá incluir la fecha, que podrá ser colectiva, pliego por pliego.

El procedimiento de recogida de firmas debe finalizar con la entrega de las firmas recogidas a la JEC en el plazo de nueve meses (que pueden ser prorrogados por tres meses por causa mayor si la Mesa del Congreso así lo estima) desde la notificación. Las firmas deberán ir acompañadas de los certificados que acrediten la inscripción de los firmantes en el censo electoral como mayores de edad.

2 Identificación de los procesos tradicionales en un entorno digital

Existen distintos mecanismos electrónicos que permiten realizar el proceso de recogida de firmas descrito en el apartado anterior a través de medios digitales. Obviamente, el más importante es el consistente en la realización y validación de las firmas digitales. La notación que utilizaremos para las firmas digitales es la siguiente. Cada usuario *Y* dispondrá de un par de claves (pública y privada). De forma general, la firma digital de un documento *x* por un usuario *Y* se denotará *F*

 $F_{x,y}$. A continuación pasamos a detallar cómo se identifican los documentos y procesos establecidos por la ley en un entorno digital.

El texto íntegro de la proposición es un documento electrónico con el mismo contenido, que denotaremos por *P*. El equivalente digital de los pliegos serán unos documentos digitales análogos. A diferencia de los pliegos en papel, que contienen espacio para distintas firmas manuscritas, los pliegos en formato digital solamente contendrán la firma digital de un único ciudadano (no por dificultad tecnológica sino por simplificación conceptual). La información que contendrá un pliego digital será:

$$Pliego = \{P, st_{p}, F_{p,JEC}, nombre, DNI, municipio\}$$

donde P es el documento con el texto íntegro de la proposición, $F_{P,JEC}$ es la firma de la JEC sobre la propuesta y su sello de tiempo, st_{J} , nombre es el nombre y apellidos del ciudadano, DNI es el número del documento nacional de identidad, y municipio es el municipio en cuyas listas electorales se encuentre inscrito el ciudadano.

Nótese que el equivalente digital al sellado de los pliegos por parte de la Junta Electoral Central es la firma de la propuesta por parte de la JEC, $F_{P,JEC}$, y su inclusión dentro del propio pliego. Esta firma digital, que va acompañada de un sello de tiempo st_I , permitirá establecer el inicio del periodo de recogida de firmas.

La recogida de firmas manuscritas se convierte ahora en una recogida de firmas digitales. Los ciudadanos que deseen dar su apoyo a la iniciativa, deberán

firmar digitalmente el Pliego. De este modo, para un ciudadano C se obtendrá el documento F_{Pliego} .

La contabilización de una firma digital en la ILP vendrá determinada (más allá de su correcta validación, que discutimos más adelante) por la validez legal de la firma digital emitida. Dicha validez dependerá de la autoridad de certificación que haya emitido el certificado digital que cada ciudadano esté utilizando para realizar la firma. Para ello, el sistema que realiza la validación de las firmas digitales deberá especificar las autoridades de certificación aceptadas para la firma de una propuesta.

La correcta contabilización de la firma para la propuesta de ILP debe contener las siguientes validaciones:

- 1. La firma debe estar realizada correctamente por el suscriptor del certificado digital.
- 2. El certificado digital debe estar vigente a fecha de realización de la firma.
- 3. La firma no se ha realizado antes de la fecha de inicio de recogida de firmas.
- 4. La firma no se ha realizado con posterioridad a la fecha límite de recogida de firmas.
 - 5. Un usuario no puede firmar más de una vez.
 - 6. El usuario debe ser mayor de edad.

Dichas validaciones las puede efectuar tanto la Comisión Promotora, como la JEC. En la Sección 3.1 se describen los mecanismos específicos que se han implementado en la aplicación para realizar dichas validaciones.

La entrega de las firmas digitales a la JEC se realizará en soporte digital. Para ello, se remitirán todos los documentos, Pliego, y sus correspondientes firmas, $F_{Pliego,C}$ para que la JEC pueda realizar las comprobaciones oportunas para efectuar el recuento final.

III. Aplicación de recogida de firmas

La aplicación de recogida de firmas se ha desarrollado utilizando una arquitectura estándar cliente - servidor. El servidor dispone de una base de datos en la que se almacenan las proposiciones creadas⁷ y las firmas realizadas para cada una de ellas. También el servidor es el encargado de realizar todas las tareas necesarias de validación y sellado de tiempo. El cliente, para realizar la firma digital de la proposición deseada, sólo necesita un navegador web y un

7 Si bien la puesta en marcha de una ILP no es tarea trivial y posiblemente una Comisión Promotora únicamente tratará con una única propuesta, la plataforma permite la gestión de múltiples propuestas de modo que la aplicación se pueda utilizar más allá de una ILP en una recogida de firmas de tipo más informal.

par de claves certificadas por una autoridad de certificación reconocida por la JEC. En el caso que las claves no estén en el navegador web del usuario, éste puede precisar también dispositivos para el acceso a las claves (como un lector de tarjetas inteligentes en el caso del DNIe).

La aplicación no se ha desarrollado como una aplicación *standalone* sino que se ha desarrollado como componente de *Joomla*⁸. *Joomla* es un gestor de contenidos versátil que permite crear sitios web de diversa índole. Esto permite integrar la aplicación de recogida de firmas en cualquier sitio construido sobre esta plataforma. Tanto *Joomla* como el componente de recogida de firmas están diseñados para ser instalados fácilmente por personal no especializado, lo que permite que cualquier usuario con unos conocimientos básicos de informática sea capaz de montar una plataforma de recogida de firmas. El componente de firma digital se ha desarrollado utilizando PHP como lenguaje de programación y MySQL como sistema gestor de base de datos.

La aplicación dispone de tres perfiles de usuario diferenciados: el administrador, que se ocupará del funcionamiento de la plataforma; el gestor, la persona que creará las propuestas; y el usuario, el ciudadano que podrá firmar las propuestas.

Él administrador es el encargado de gestionar la plataforma y, como tal, dispone de una interfaz especial donde configurar las diversas opciones. Las tres principales acciones de administración son:

- a) la configuración de las autoridades de certificación y sellado de tiempo,
- b) la configuración de la visibilidad de las proposiciones,
- c) la descarga de las firmas realizadas.

La configuración de las autoridades de certificación permite al administrador especificar qué tipo de certificados digitales podrán ser aceptados por la aplicación para realizar las firmas de una propuesta. La aplicación proporciona al administrador la opción de instalar los certificados raíz de dichas autoridades de certificación para que las firmas realizadas con certificados emitidos por ellas puedan ser validadas. Para que un gestor pueda crear una nueva proposición que acepte una determinada autoridad de certificación, el administrador tiene que haber insertado la autoridad de certificación en la base de datos junto con su certificado. La segunda de las acciones de administración, la configuración de la visibilidad de las proposiciones, permite decidir si las propuestas son publicadas inmediatamente después de ser creadas por el gestor o si, por el contrario, necesitan la aprobación del administrador antes de ser publicadas. La tercera de las acciones, la descarga de firmas, permite realizar el último trámite del procedimiento de recogida de firmas. Mediante esta opción, el administrador crea un fichero con el texto de la propuesta y las firmas

8 Joomla. http://www.joomla.org.

efectuadas, que deberá ser entregado a la JEC para su validación y recuento final

Existen otras opciones menos relevantes que la aplicación ofrece al administrador. Entre ellas destaca la definición de categorías, que permitirá a los gestores enmarcar su proposición dentro de un contexto (por ejemplo, tecnología, medio ambiente...). Dicha opción es interesante en el caso que la aplicación se utilice simultáneamente para un número elevado de propuestas distintas, con el fin de organizar de forma coherente las mismas. Otra opción del administrador es la activación o desactivación de la recogida de firmas.

El gestor es la persona que crea la proposición en la plataforma y ejerce, por tanto, el papel de Comisión Promotora. Las acciones que puede realizar el gestor son:

- a) la inclusión en la aplicación del *Pliego* de la propuesta, que contendrá del texto integro de la proposición, P, así como la firma de la misma realizada por la JEC, $F_{\tiny PBFC}$
 - b) la determinación de las autoridades de certificación aceptadas,
 - c) la determinación de la categoría donde se clasificará la proposición.

Para la creación de la proposición, el gestor debe incluir el texto de la propuesta en la aplicación, tal y como ha sido aprobado y firmado por la JEC. Posteriormente, establece cuáles de las autoridades de certificación que el administrador ha configurado desea que sean reconocidas para firmar la proposición. El hecho de aceptar unas autoridades de certificación u otras permitirá crear proposiciones válidas para ser presentadas como Iniciativas Legislativas Populares o recogidas de firmas más informales. También en el momento de la creación, el gestor deberá decidir en qué categorías clasifica la misma. Esto facilitará las búsquedas de proposiciones por parte de los usuarios.

Los usuarios de la plataforma son los ciudadanos que desean firmar las proposiciones. Los usuarios pueden listar las proposiciones creadas por los gestores (que han sido aprobadas por el administrador) y pueden firmar las que deseen. Con el objetivo de agilizar la búsqueda de la proposición a firmar, los usuarios disponen de filtros aplicables a las proposiciones. Estos filtros pueden actuar sobre las categorías de la proposición y sobre el gestor que las ha creado. Una vez localizada la proposición a firmar, el usuario puede acceder al contenido completo de la misma así como a la opción de firma. La opción de firma se encuentra disponible únicamente en la página que contiene el texto íntegro de la proposición, asegurando que los usuarios tengan conocimiento de la iniciativa que suscriben (tal y como se muestra en la Figura 1). Además, el propio navegador exige una confirmación por parte del usuario antes de realizar la firma. En algunos navegadores, el mismo diálogo de confirmación muestra el texto íntegro a firmar, reafirmando el conocimiento del texto que se está firmando (ver Figura 2). Para que un usuario pueda firmar una proposición, es necesario que éste

disponga de un certificado de firma emitido por alguna de las autoridades de certificación que fueron seleccionadas por el gestor en el momento de la creación. En caso que así sea, el usuario puede proceder a realizar la firma de la proposición.



Figura 1. La opción de firma se muestra en la página que contiene el texto de la proposición

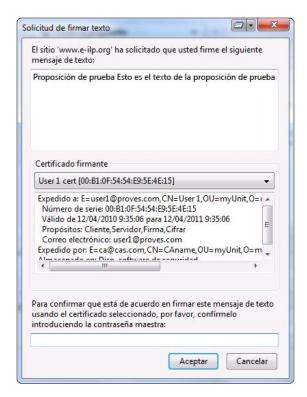


Figura 2. Diálogo de confirmación de firma

1. Validaciones que realiza la aplicación

Más allá de las funcionalidades de gestión que realiza la aplicación, un punto muy importante son las validaciones que ésta realiza sobre las firmas digitales que obtiene, puesto que la eficacia de la aplicación radica en la verificabilidad de las firmas obtenidas. En la aplicación se han implementado aquellas validaciones que realizará posteriormente la JEC para certificar el número de firmas válidas.

En primer lugar, se comprueba que la firma haya sido realizada correctamente por el suscriptor del certificado digital. Esta comprobación permite asegurar que la firma realizada por el usuario corresponda a una firma del pliego en cuestión. Esta verificación es necesaria puesto que la firma digital se realiza en el dispositivo del cliente y el texto que se firma puede haber sido modificado y puede diferir, por tanto, del texto original de la proposición. Para

que una firma sea considerada como válida también es necesario comprobar que el certificado con el cual se ha realizado es adecuado.

En segundo lugar, se verifica que el certificado que el ciudadano ha usado para firmar está vigente a fecha de realización de la firma. Esta comprobación requiere la verificación del periodo de vigencia del certificado y de su estado de revocación. La verificación del periodo de vigencia se realiza comprobando los campos de validez del certificado. La comprobación del estado de revocación del certificado es llevada a cabo a través del protocolo OCSP. Esta validación precisa de un sello de tiempo que se puede incluir en cada una de las firmas digitales de cada usuario. Si bien esta opción es técnicamente válida, la obtención de un sellado de tiempo tiene un coste económico asociado (del orden de 20.000 euros para 500.000 sellos), de modo que el sellado de tiempo de cada una de las firmas recogidas incrementa de forma muy notable el coste económico de la ILP. Sin embargo, dado que la ley permite que el establecimiento de la fecha pueda ser colectivo, se puede aplicar a un conjunto determinado de firmas digitales un único sellado de tiempo, acreditando de este modo que dichas firmas no se han realizado con posterioridad a la fecha del sellado. Es importante destacar que la opción del sellado de tiempo colectivo implica que la fecha de realización de la firma difiera de la fecha en la que se puede demostrar que efectivamente se ha realizado la firma (fecha en la que se realiza el sellado de tiempo) y por tanto es necesario que el certificado sea válido en esta segunda, de modo que, de forma efectiva, la comprobación de la vigencia del certificado es realizada después del sellado de tiempo.

En tercer lugar, es necesario comprobar que la firma no se haya realizado antes de la fecha de inicio del periodo de recogida de firmas. Nótese que la firma $F_{\textit{Pliego}}$ ya asegura que la firma no se ha realizado antes de la fecha de inicio de recogida de firmas puesto que el ciudadano incluye en su firma el valor st_1 , que equivale al sellado del pliego por parte de la JEC y que ya incluye la fecha en la que la JEC realizó la firma.

En cuarto lugar, se debe comprobar que la firma no se ha realizado con posterioridad a la fecha límite de recogida de firmas. Para asegurar este punto se dispone del sello de tiempo que se realiza para la firma, ya sea éste para cada firma o para un conjunto de ellas.

En quinto lugar, se debe asegurar que el usuario no pueda firmar más de una vez la misma proposición. El control de duplicados es llevado a cabo por el sistema gestor de la base de datos en base al número de DNI del firmante, que se extrae del certificado que éste ha usado para firmar.

Por último, queda por comprobar que el usuario que ha realizado la firma es mayor de edad. Esta comprobación se puede realizar si el certificado usado para firmar contiene la fecha de nacimiento de su propietario.

2. Especificación del formato de los datos

Las firmas realizadas por los usuarios son almacenadas en una base de datos relacional, lo que permite manejar grandes cantidades de firmas de manera eficiente. En concreto, se almacena un objeto signedData de PKCS#79 codificado en base 64, que contiene tanto el certificado del usuario como el de la autoridad de certificación que lo ha emitido y la firma realizada. El objeto también contiene información básica sobre la firma como el algoritmo usado para calcular el valor de resumen del contenido a firmar o el algoritmo usado para firmar el mismo. El objeto PKCS#7 no contiene el texto que se ha firmado, es decir, la firma es detached. Esto supone un ahorro de espacio considerable puesto que, en caso contrario, sería necesario almacenar el texto a firmar tantas veces como firmas se hubieran realizado. Aunque sería suficiente con guardar el objeto PKCS#7 con la firma, algunos campos son añadidos a la base de datos para agilizar las tareas de control de duplicados. En concreto, el campo Subject del certificado del usuario es almacenado y usado para extraer el número de DNI del firmante. El DNI del usuario que firma la proposición es almacenado en un campo en la tabla correspondiente de la base de datos con una restricción de unicidad respecto a cada propuesta, delegando el control de duplicados al sistema gestor de la base de datos.

Las comprobaciones de revocación de certificados también se almacenan en la base de datos. Es este caso, las respuestas del servidor OCSP¹⁰ son almacenadas en un campo y codificadas en base 64.

Los sellos de tiempo realizados sobre las firmas son también almacenados en la base de datos. Estos sellos tienen el formato de *timestamp response* especificado en la RFC 3161¹¹codificado en base 64.

Una vez se ha alcanzado el número de firmas necesarias, estas deben ser presentadas ante la JEC. La exportación de las firmas se realiza mediante un fichero XML que contiene toda la información relativa a la proposición. El documento contiene el texto completo de la proposición, todas las firmas recogidas con sus respectivas comprobaciones de revocación y los sellos de tiempo realizados sobre las firmas.

⁹ KALISKI, B. PKCS 7: Cryptographic Message Syntax Version 1.5. Mar. 1998. RFC 2315 (Informational).

¹⁰ MYERS, M., ANKNEY, R., MALPINI, A., GALPERIN, S. y ADAMS, C.: RFC 2560 - X.509 Internet Public Key Infrastructure. Online Certificate Status Protocol - OCSP. 1999.

¹¹ ADAMS, C., CAÍN, P., PINKAS, D. y ZUCCHERATO, R.: Internet X.509 Public Key Infrastructure Time-Stamp Protocol (TSP). 2001. RFC 3161.

3. Beneficios de la aplicación

Una recogida de firmas digital supone una mejora en la facilidad de recogida de las mismas: mientras que se mantiene la opción tradicional de efectuar la recogida de firmas por la calle (por ejemplo, mediante el uso de ordenadores portátiles con lectores de tarjetas inteligentes), se añade la posibilidad de la participación *online*, permitiendo a los ciudadanos firmar una propuesta desde cualquier localización con acceso a Internet y en cualquier momento. Esto permite que la recogida de firmas pueda tener una mayor difusión.

Otro de los principales beneficios es la reducción de costes. Con una recogida digital, se pueden minimizar los mismos al disminuir las necesidades de transporte y de personal necesario para la campaña. También pueden reducirse notablemente los costes de difusión y publicidad de la campaña, usando, por ejemplo, las redes sociales *online* existentes para realizar la promoción. En este sentido, se ha desarrollado un componente para la red social *Facebook* que permite ofrecer la plataforma como una aplicación de dicha red, alcanzando a un número de usuarios muy elevado.

Así mismo, el coste en materiales se ve reducido notablemente. La desaparición de la necesidad del uso de papel supone, además del ya comentado ahorro económico, una alternativa más ecológica.

Uno de los aspectos que más mejora frente a un proceso tradicional es la gestión de la recogida de firmas. Al convertirse en un procedimiento digital, éste puede automatizarse, reduciendo notablemente el trabajo de la Comisión Promotora. Tareas como el cómputo total del número de firmas recogidas, la verificación de la validez de la firma o el control de duplicados pasan a ser realizadas por la aplicación, reduciendo el trabajo necesario para llevar a cabo la iniciativa. Aparte de la reducción de trabajo que supone la recogida de firmas digital, ésta también permite tener datos actualizados en tiempo real sobre el desarrollo de la misma, cosa dificilmente concebible en el proceso tradicional.

IV. Análisis jurídico

Como se ha expuesto, tanto la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa (tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo) como la Junta Electoral española (por Acuerdo de 17 de septiembre de 2009) permiten declarar, de forma genérica, la admisibilidad legal de una recogida de firmas realizada por medios electrónicos. A partir de esta admisibilidad genérica, se trata de analizar el cumplimiento de los distintos requisitos que, de forma concreta, se establecen legalmente para el desarrollo de una iniciativa legislativa popular (en adelante, también, ILP) en caso de que esta se desarrolle por medios electrónicos; y en concreto, el cumplimento de esos requisitos por parte de la aplicación informática objeto de este trabajo. Para este análisis, nos centramos en el Derecho español, y en

concreto en la legislación estatal en la materia, sin entrar, por razones de espacio, en las distintas iniciativas legislativas autonómicas existentes en la materia.

Téngase en cuenta que no ha existido, hasta el momento, una regulación detallada de los requisitos que deben cumplirse en caso de recogida de firmas digitales: es cierto que la Junta Electoral ha ratificado su admisibilidad pero no ha establecido unos requisitos que, publicados *a priori*, deban cumplirse por toda plataforma sino que, al menos en esta fase incipiente de recogida de firmas digitales para el desarrollo de iniciativas legislativas populares, se parte de la obligación de comunicación a la Junta del sistema de firma digital que se pretende validar, a fin de que esta declare su admisibilidad en el caso concreto.

Es por ello que las consideraciones que se realizan son propuestas para el cumplimiento de los requisitos legales, que pueden no ser las únicas posibles, y que pueden depender en buena medida de la concreta plataforma electrónica de recogida de firma que se valide jurídicamente, y de otros criterios como el nivel de seguridad deseado, los costes asumibles, etc. De ahí que, de cara el futuro, resulte deseable este establecimiento previo de los requisitos que deben cumplirse (de forma similar a las especificaciones técnicas establecidas por la Agencia Española de Administración Tributaria - AEAT a través de la Orden Ministerial HAC/1181/2003), ya sea a través de normativa de desarrollo de la Ley Orgánica, ya sea a través de una Instrucción de la propia Junta Electoral Central, etc.

1. Sujetos que intervienen y naturaleza jurídica

De entrada, una aclaración previa respecto de los sujetos, entidades o entes implicados. En la aplicación informática objeto de este estudio, aparecen el administrador, el gestor y los clientes o usuarios. Desde el punto de vista legal, sujetos relevantes son, en principio los dos últimos, que nos conducen, en orden inverso, a las figuras legales de, por una parte, los ciudadanos firmantes, que son los sujetos titulares de la facultad de proponer una iniciativa legislativa popular; y, por otra parte, de la Comisión promotora, proponente de la iniciativa legislativa, impulsora de la misma, y, en algunos casos, consagrada legalmente como representante de los ciudadanos firmantes a tales efectos.

La figura técnica del administrador, sin equivalente legal, puede tener, según los casos, distinta naturaleza jurídica: en principio, puede tratarse de un prestador de servicios que ofrece al gestor, o Comisión Promotora, la infraestructura y la cobertura técnica necesaria para el desarrollo de la ILP por medios electrónicos, y cuya función y responsabilidad quedan al margen de la normativa reguladora de la ILP; puede ocurrir que el gestor sea la vez el administrador, en la medida que desarrolla ambas funciones en una aplicación informática de creación propia o adquirida a un tercero; incluso, como veremos, en algunos casos podría atribuirse al administrador un papel jurídicamente contemplado por la normativa

reguladora de la ILP (p.ej., el de de fedatario especial a efectos de autenticación de firmas).

2. Procedimiento de desarrollo de una ILP. Validación jurídica de la plataforma de recogida de firmas digitales objeto de estudio

Entramos ya en el procedimiento de desarrollo de una ILP y sus requisitos particulares, al mismo tiempo que valoramos el cumplimiento de tales requisitos legales por parte de la plataforma de recogida de firmas digitales que constituye el objeto de este trabajo.

2.1 Presentación de la ILP ante el Congreso y trámite de admisión

El procedimiento se inicia, conforme a los art. 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular (en adelante, también, LOILP), mediante un "escrito de presentación" ante la Mesa del Congreso de los Diputados, escrito que deberá contener a) el texto articulado de la proposición de Ley, precedido de una exposición de motivos (puesto que lo que se insta es una iniciativa legislativa y no un simple derecho de petición); b) la relación de los miembros que componen la Comisión Promotora de la iniciativa, con expresión de los datos personales de todos ellos (a fin de que los poderes públicos pueden identificar a las personas con quien deben comunicarse). En principio, no vemos inconveniente en que la presentación de tal escrito se realice también por medios electrónicos. No obstante, en estos momentos el Registro del Congreso de los Diputados sólo admite la entrada de documentos en soporte papel, aunque se está trabajando en la implantación de un registro telemático.

En el caso de que la propuesta presentada supere el trámite de admisión de la iniciativa previsto en el art. 5 LOILP, la resolución de admisión de la Mesa del Congreso de los Diputados, se notificará a la Comisión Promotora (notificación que también podría realizarse por medios telemáticos, con un sistema similar al establecido para el Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras, aunque no está implementado a día de hoy en el Congreso) y se publicará de acuerdo con las disposiciones del Reglamento del Congreso de los Diputados.

2.2 El procedimiento de recogida de firmas

Conforme al art. 7 LOILP, admitida la proposición puede iniciarse el procedimiento de recogida de firmas. En concreto, admitida la proposición, la Mesa del Congreso lo comunicará a la Junta Electoral Central, a quien corresponde garantizar la regularidad del procedimiento de recogida de firmas (art. 7.1). Y la Junta Electoral Central notificará (también, de momento, de

forma tradicional) a la Comisión Promotora la admisión de la proposición, al objeto de que proceda a la recogida de las firmas requeridas (art. 7.2).

A partir de ese momento, y cumplidos, como veremos determinados trámites, cabe entender que puede iniciarse el procedimiento de recogida de firmas, procedimiento que deberá finalizar con la entrega a la Junta Electoral Central de las firmas recogidas, en el plazo de nueve meses a contar desde la notificación anterior, salvo prórroga de tres por la Mesa del Congreso. Este plazo de 9 meses es una novedad introducida por la reforma de 2006 de la LOILP de 1984: el plazo inicial era de sólo 6 meses y hasta entonces aproximadamente un tercio de las iniciativas puestas en marcha caducaron por transcurso del plazo para la recogida de firmas.

Las firmas recogidas dentro de plazo deben entregarse a la Junta Electoral Central antes del agotamiento del plazo, si no, se produciría la caducidad de la iniciativa. Las firmas recogidas con anterioridad al inicio del periodo de recogida, y también las suscritas con posterioridad a la finalización de dicho plazo serían inválidas. De ahí la importancia de la prueba del momento temporal de realización de la firma, especialmente en el entorno electrónico, donde, como veremos, ha de recurrirse a los sellos temporales a tales efectos.

En efecto, como es sabido, en virtud de la reforma de la LOILP de 1984 realizada en 2006, se establece expresamente que "Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente" (art. 7.4). Y esta posibilidad genérica nos plantea distintas cuestiones y dudas a la vista de la concreta regulación del procedimiento de recogida de firmas establecido en los siguientes preceptos, básicamente porque dicha regulación sigue estando pensada para la recogida de las tradicionales firmas manuscritas.

A) Requisitos formales previos: los pliegos para la recogida de firmas (art. 8). Conforme a la LOIP (art. 8), y para el supuesto de recogida de firmas manuscritas tradicionales, la primera actuación de la Comisión Promotora, una vez admitida la proposición, es presentar ante la Junta Electoral Central los pliegos necesarios, en papel de oficio, para la recogida de las firmas. Esta exigencia se debe a que, como resulta comprensible, y a fin de garantizar siquiera formalmente el procedimiento, la recogida de firmas no puede realizase en cualquier tipo de soporte: la ley, pensando en el tradicional proceso de recogida manuscrita de firmas, establece que las firmas se recogerán sobre pliegos presentados en papel y debidamente sellados y numerados por la Junta Electoral Central, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación por la Comisión Promotora. En cuanto al contenido, estos pliegos deben contener el texto íntegro de la proposición, disponiéndose en el art. 8.2 LOILP determinadas previsiones para el supuesto de que el texto de la proposición sea muy amplio 12.

12 Art. 8 2 LOILP: "Si el texto de la proposición superase en extensión las tres caras de cada pliego, se acompañará en pliegos aparte, que se unirán al destinado a recoger las firmas, de modo

Asimismo, conforme al art. 9 LOILP, estos pliegos han de ir acompañados del folio de recogida de firmas; en este caso, junto a la firma del elector se indicará los datos personales que debe declarar el firmante: nombre y apellidos, número del documento nacional de identidad y municipio en cuyas listas electorales se halle inscrito.

Esta regulación de los pliegos del art. 8 LOILP nos sitúa ante un soporte documental en papel tradicional y unas garantías de legalización tendentes a dar garantías a la recogida de firmas de naturaleza manuscrita. Pero tales exigencias no pueden trasladarse literalmente al supuesto de recogida de firmas digitales, inexistente en el momento del establecimiento de esta regulación en 1984. Por tanto, se trataría de hacer una interpretación teleológica o finalista de tales exigencias, y considerar igualmente admisibles los sistemas de recogida de firmas digitales que ofrezcan las mismas garantías que ofrecen tales pliegos en papel para las firmas manuscritas tradicionales. En definitiva, se trataría de aplicar el principio de equivalencia funcional.

Pues bien, partimos del presupuesto de que la finalidad de tales exigencias de pliegos debidamente sellados y numerados es evitar posibles manipulaciones, falsedades o confusiones. Y, en la aplicación objeto de estudio entendemos que, efectivamente, se consiguen similares garantías por cuanto, de entrada, el texto íntegro de la propuesta legislativa es firmado por la Junta Electoral Central que, además, incluirá el correspondiente sello temporal (cuestión distinta es la posibilidad real de que la Junta disponga de medios técnicos para realizar tales actuaciones). Esta firma, junto con su inclusión, como veremos, en el pliego digital, es el equivalente funcional del sellado; y con esta firma se evitan cualquier manipulación del contenido de la propuesta, pues la firma afecta a la totalidad del contenido de la propuesta, de forma más completa que con el sellado de los pliegos tradicionales.

Además, en la aplicación objeto de estudio, el equivalente digital de los pliegos son unos documentos digitales análogos, unos "pliegos digitales" que contendrán la siguiente información: el documento con el texto íntegro de la proposición, la firma de la JEC sobre la propuesta y su sello de tiempo (en cumplimiento de las exigencias del art. 8 LOILP), y también el nombre y apellidos del ciudadano, el número del documento nacional de identidad, y el municipio en cuyas listas electorales se encuentre inscrito el ciudadano (en cumplimiento de las exigencias del art. 9 LOILP). Y cada uno de estos pliegos contendrá la firma digital de un ciudadano, firma que afectará a la totalidad de la información contenida en el pliego digital. De esta forma, los pliegos que contienen el texto íntegro de la propuesta firmada por la Junta Electoral quedan vinculados a la firma de los ciudadanos, por cuanto el documento que firman los usuarios es, precisamente, la propuesta firmada por la Junta electoral Central, y, nuevamente, la firma

que no puedan ser separados, sellándose y numerándose, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente".

digital, a diferencia de la firma manuscrita, afecta a la totalidad del contenido firmado; de esta forma se evitan posibles actuaciones fraudulentas (en el sentido de incluir firmas suscritas con finalidades distintas o utilizar las firmas recogidas para otros objetivos).

Por otra parte, la exigencia del art. 8 de que los pliegos reproduzcan el texto íntegro de la proposición, entendemos persigue la finalidad de que los firmantes tengan conocimiento pleno y fundado de la iniciativa que suscriben; y entendemos que ello puede conseguirse igualmente en el caso de ILP telemática incluyendo en la página de recogida de datos un enlace a la propuesta o incluso, configurándolo como página de paso obligatorio, e incluso con declaración expresa de conocimiento por parte del firmante; con lo que se garantiza y facilita formalmente en el entorno electrónico la finalidad tradicional de esta exigencia.

Además, recuérdese que, en la aplicación objeto de estudio, la firma digital de la Junta Electoral va acompañada de un sello de tiempo de especial relevancia a efectos de determinar la validez temporal de las firmas recogidas. En efecto, como es sabido, sólo las firmas recogidas dentro de plazo son firmas válidas, no siendo admisibles las recogidas con anterioridad al inicio del periodo de recogida, ni las suscritas con posterioridad a su finalización. De ahí la importancia de la prueba del momento temporal de realización de la firma. Y, en efecto, el sellado temporal individual de cada una de las firmas sería el sistema más simple que ofrece una prueba directa de la validez temporal de las firmas; no obstante, implica unos costes elevados dado el número de firmas que deben recogerse (500.000 como mínimo) que pueden no ser asumibles para la Comisión Promotora (incluso pese a la previsión legal de una compensación económica, pues esta sólo procede en el supuesto en que la ILP "alcance su tramitación parlamentaria", art. 15 LOILP). Por ello, en la aplicación objeto de análisis se proponen otros medios indirectos de prueba de la validez temporal de la firma recogida que pueden considerarse igualmente válidos, aun cuando con algunas matizaciones. Se trata de probar no tanto el momento exacto en que se ha realizado tal firma sino simplemente su realización dentro del periodo legalmente válido de recogida.

Pues bien, a tal efecto, de entrada, el sello de tiempo que acompaña la firma digital del texto íntegro de la propuesta por parte de la Junta Electoral Central permite establecer el inicio del periodo de recogida de firmas. Y recuérdese que el pliego digital firmado por el ciudadano incluye, entre sus contenidos, el mencionado sello temporal de la Junta Electoral Central. Y ello es ya una prueba o garantía de la que la firma del ciudadano no se ha suscrito antes de la fecha de inicio del periodo de recogidas de firmas. A continuación resta por demostrar que las firmas de los ciudadanos se han realizado antes de la finalización del plazo de recogida de firmas. En caso de descartar, por sus costes económicos, la opción del sellado temporal individual, en la aplicación objeto de estudio propone también, a fin de abaratar costes, un sellado de tiempo colectivo en el sentido de que se aplica un único sello temporal a un conjunto determinado de firmas; y de esta forma se prueba que las firmas afectadas por el sello colectivo se han

realizado con anterioridad a la fecha del sellado (y dentro del periodo de recogida de las firmas).

Este sistema de sellado colectivo nos parece jurídicamente admisible y efectivo a tales efectos; no obstante, presenta, como se verá, un inconveniente a efectos de validación de la firma digital, pues, en la medida que no existe un sello de tiempo individual para cada firma, y no puede probarse el momento exacto en que se realiza cada una de las firmas, existe un lapso de tiempo (entre el momento de la firma y el sello temporal colectivo) durante el cual se puede revocar anticipadamente (o incluso puede extinguirse de forma ordinaria por caducidad) el certificado que afecta a la firma realizada. Y tal firma no podría ser validada por cuanto, pese a que en el momento de la firma (que no puede probarse) el certificado estaba vigente, no lo estaba en el momento posterior del sellado colectivo (momento del que se queda constancia). En la aplicación objeto de estudio se propone una solución para tal problema consistente en proceder a la validación de las firmas después del sellado temporal colectivo, lo que permite demostrar la vigencia del certificado en ese momento. Con la consecuencia de que habrá que considerar inválidas, y eliminar de la aplicación a efectos de recuento, aquellas firmas cuyo certificado haya caducado o haya sido revocado entre el momento de la firma y el del sellado temporal. Resuelto de esta forma, y con las consideraciones realizadas, el tema de los pliegos de recogida, pasaríamos a la recogida de firmas digitales.

- B) Momento de la firma. Firmante y clases de firma digital (remisión a la legislación correspondiente). Los ciudadanos que deseen apoyar la iniciativa legislativa propuesta deberán firmar digitalmente el pliego digital, lo cual nos plantea, jurídicamente, dos cuestiones.
- a) Los firmantes: sujetos legitimados para firmar. De acuerdo con lo dispuesto en la LOILP (art. 1), pueden ejercer la iniciativa legislativa popular los ciudadanos españoles mayores de edad que se encuentren inscritos en el censo electoral (y en pleno ejercicio del derecho de sufragio activo).

Y, precisamente, a efectos de identificación y comprobación de la legitimación de los firmantes, el art. 9 LOILP, relativo a la autenticación de las firmas, dispone que, junto a la firma del elector, se indicará su nombre y apellidos, número del documento nacional de identidad y municipio en cuyas listas electorales se halle inscrito¹³. Además, en la práctica, es habitual solicitar otros datos como la fecha de nacimiento, lo que permite comprobar la mayoría de edad. Y, asimismo, en la práctica, en ocasiones, a efectos de facilitar la plena

¹³ Recuérdese que el análisis jurídico de este trabajo está centrado únicamente, por razones de espacio, en la LOILP estatal, por lo que no se entra en el análisis de las distintas normativas autonómicas en la materia, que pueden establecer exigencias distintas; así, p.ej., en materia de legitimación del firmante, la Ley 1/2006 de ILP catalana concede legitimación para firmar a toda persona que tenga más de 16 años.

comprobación de la legitimación, la Comisión Promotora, en el mismo momento de la recogida de firmas, solicita también por escrito a los firmantes autorización para la obtención del certificado de inscripción en el censo electoral. En el supuesto de recogida de firmas digitales, entendemos que la comprobación de la legitimación puede realizarse con igual o incluso superior seguridad y, sin ninguna duda, con mayor rapidez y eficacia. En concreto, en el caso de la aplicación objeto de estudio, si la firma digital admitida es la incorporada al denominado DNI electrónico, sería posible extraer esos datos personales de la misma información incorporada al chip electrónico del mismo y la aplicación puede realizar de forma automática la comprobación de la mayoría de edad. Respecto de la inscripción en el censo electoral, puede solicitarse, igual que en el caso de la recogida de firmas manuscritas, la autorización para solicitar a posteriori el certificado de inscripción en el censo electoral; pero incluso, y puesto que la Oficina del Censo Electoral dispone de sede electrónica a efectos de realización de trámites por medios telemáticos, podría articularse la posibilidad de solicitar el certificado por medios electrónicos en el mismo momento de la recogida de la firma, lo que permitiría negar a priori la posibilidad de firma a quien se comprobara que no está legitimado por falta de inscripción censal¹⁴.

b) La firma digital; clases de firma admisibles. Conforme al art. 7.4 del texto reformado de la LOILP, "Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente".

Con la reforma de 2006 de la LOILP de 1984, y la incorporación de este apartado 4 al art. 7, se abre la posibilidad de aplicación de las nuevas tecnologías a la ILP. No obstante, dado lo novedoso del sistema de firma, la escasa doctrina que ha abordado el tema considera necesario esperar a una norma de desarrollo que establezca los requisitos de seguridad que hagan posible y fiable el recurso a la firma electrónica para la recogida de firmas. Y doctrinalmente, se han apuntado dos posibilidades respecto del impulso de esta norma de desarrollo: un acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados o una Instrucción o Resolución de la Junta Electoral Central, considerándose más correcta esta última, por cuanto, conforme al art. 7 LOILP, corresponde a la JEC el control de la regularidad del procedimiento de recogida de firmas¹⁵.

En la práctica, de forma reciente, se ha optado por una vía próxima a esta segunda solución. En concreto, hemos de referirnos al Acuerdo de la Junta Electoral de 28 de mayo de 2009 que supone el primer pronunciamiento de la Junta Electoral respecto del uso de la firma digital en el desarrollo de ILP. Este pronunciamiento, en principio, no sería especialmente novedoso por cuanto, en

¹⁴ https://sede.ine.gob.es. Entre los trámites que pueden realizarse a través de dicha sede se encuentra, precisamente, la consulta telemática de la inscripción en el censo electoral.

¹⁵ ARANDA ALVAREZ, E., "La nueva Ley de Iniciativa Legislativa Popular", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 78, 2006, pág. 187 a 218, en particular, pág. 210.

su primera parte, se limita a condicionar la admisibilidad y validez de la recogida de firmas electrónicas a efectos de presentación de una ILP al cumplimiento de la normativa vigente, por una parte, en materia de firma electrónica (la Ley 59/ 2003), y, por otra parte, en materia de ILP (la LOILP), condicionamiento existente ya siquiera de forma implícita en el mismo art. 7.4 LOILP. La aportación novedosa aparece en la segunda parte del acuerdo que dispone que, a tal efecto, la Comisión Promotora debe comunicar a la Junta Electoral Central "el sistema de firma electrónica que pretenda utilizar y facilitar a ésta, en el caso de que fuera necesario, el sistema utilizado para la verificación de las firmas electrónicas". La finalidad de tal comunicación entendemos que es la validación por parte de la Junta de la validez legal del sistema de firma que se pretende utilizar. Obsérvese, pues, que la Junta Electoral, tras reiterar la admisibilidad de la recogida de firmas digitales para los procedimientos de ILP, no establece a continuación los requisitos que de forma general deban cumplir los sistema de firma digital (ni siguiera remite a una resolución o instrucción de desarrollo posterior) sino que adopta el mecanismo de la comunicación previa y autorización para cada caso concreto.

Y, por ello, este primer acuerdo va seguido de otro Acuerdo de 28 de enero de 2010 con el siguiente contenido:

"Visto el informe de la Oficina del Censo Electoral, en el que se reconoce que el formato de firma utilizado por la Comisión Promotora la Iniciativa Legislativa Popular de Acueducto Tajo-Segura cumple con el estándar requerido por el Instituto Nacional de Estadística y con los demás requisitos previstos en la legislación vigente, considerar que el sistema de firma electrónica propuesto por la citada Comisión Promotora de la citada Iniciativa Legislativa Popular sobre firma digital a efectos de recogida de firmas debe entenderse válido por acomodarse al ordenamiento jurídico vigente".

Por tanto, este segundo acuerdo nos sitúa ya ante la comunicación previa de un concreto sistema de firma digital por parte de una Comisión Promotora (la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular en defensa del trasvase Tajo-Segura) que pretende utilizar las nuevas tecnologías para la recogida de firmas y pretende obtener la autorización a tal efecto de la Junta Electoral. Y tal autorización se otorga por la mencionada Junta con el informe previo de la Oficina del Censo Electoral (que, conforme a la LOILP, interviene en la comprobación y recuento previos de las firmas recogidas).

Vistos estos aspectos procesales relativos a la autorización del sistema de firma, nos centramos ahora en aspectos sustantivos relativos a la clase de firma admisible. Y, en principio, ha de tenerse en cuenta la regulación de la firma electrónica que nos sitúa en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; y, de entre las distintas clases de firma electrónica que contempla la Ley, nos inclinamos por la utilización, para la recogida de firmas en los

procedimientos de ILP, de la denominada firma electrónica reconocida, que es aquella firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y realizada con un dispositivo seguro de creación de firma, y que, por sus características, está equiparada legalmente a la firma manuscrita (en virtud del art. 3 de la Ley 59/2003)

Mención especial merece el denominado DNI electrónico, regulado en los art. 15 y 16 de la Ley 59/2003 y en el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre. Conforme al art. 1 del mencionado Real Decreto, el Documento Nacional de Identidad permite a los españoles mayores de edad y que gocen de plena capacidad de obrar la identificación electrónica de su titular, así como realizar la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la Ley 59/2003; e, igual que en el supuesto de firma reconocida, se establece que la firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (art. 1.5 RD 1553/2005). Por ello, dada la seguridad que ofrece la firma incorporada, y dado el grado de difusión actual del DNI electrónico, resulta un instrumento especialmente adecuado para la recogida de firmas digitales para el desarrollo de una ILP.

De forma más concreta, el mencionado acuerdo de 28 de enero de 2010 de la Junta Electoral Central entiende válido el sistema de firma digital propuesto por la Comisión promotora comunicante basándose en el informe de la Oficina del Censo Electoral, "en el que se reconoce que el formato de firma utilizado por la Comisión Promotora la Iniciativa Legislativa Popular de Acueducto Tajo-Segura cumple con el estándar requerido por el Instituto Nacional de Estadística y con los demás requisitos previstos en la legislación vigente".

C) Autenticación de la firma. A fin de evitar fraudes, los art. 9 y 10 LOILP establecen las exigencias de autenticación de las firmas, exigencias cuyo cumplimiento constituye una de las condiciones impuestas por la Junta Electoral para la admisibilidad de las firmas digitales.

En concreto, dispone el art. 9.2 que, en principio, la firma debe ser autenticada por un Notario, por un Secretario Judicial o por el Secretario municipal correspondiente al municipio en cuyo censo electoral se halle inscrito el firmante. La autenticación deberá indicar la fecha y podrá ser colectiva, pliego por pliego. En este caso, junto a la fecha deberá consignarse el número de firmas contenidas en el pliego.

Junto a esta autenticación realizada por los fedatarios tradicionales, el art. 10 de la LOILP abre una interesante posibilidad para los supuestos de ILP electrónica, en la medida que establece que "las firmas podrán también ser autenticadas por fedatarios especiales designados por la Comisión Promotora". Posibilidad que permite que actúen como fedatarios personas con los conocimientos técnicos suficientes y necesarios para la autenticación de firmas

electrónicas, personas que podrían ser propuestas por el administrador de la aplicación informática de entre sus empleados, lo que permitiría un procedimiento de autenticación más ágil y eficaz. Téngase en cuenta que para adquirir esta condición de fedatarios especiales debemos estar ante "ciudadanos españoles que, en plena posesión de sus derechos civiles y políticos y careciendo de antecedentes penales, juren o prometan ante las Juntas Electorales provinciales dar fe de la autenticidad de las firmas de los signatarios de la proposición de Ley" (art. 10.2); y que, dada la trascendencia de su actuación, la adquisición de tal condición no es irrelevante pues, en caso de falsedad, los fedatarios especiales puede incurrir en responsabilidad penal (art. 10.3).

En cualquier caso, cabe plantear en qué consistiría la autenticación en el supuesto de recogida de firmas digitales. En este caso, partimos de la utilización de certificados identificativos que permiten articular la presunción *iuris tantum* de que quien está firmando es efectivamente el titular del par de claves certificadas; por ello, la autenticación o bien sería inexistente, por innecesaria, o bien consistiría en la validación o verificación de la firma electrónica, en el sentido de comprobar que se cumplen con los requisitos de verificación necesarios para considerarla una firma válida, requisitos ya expuestos en la parte técnica de este trabajo. Estas validaciones, de forma automatizada a través de la aplicación de recogida de firmas, las puede efectuar la Comisión Promotora, directamente o a través de la entidad (p.ej., el administrador de la plataforma) que le da apoyo técnico. Y obsérvese que estas mismas actuaciones son las que deberían efectuar nuevamente tanto la Oficina del Censo Electoral como la JEC a efectos de la comprobación inicial y el recuento definitivo de firmas.

2.3 Remisión de los pliegos a la Junta Electoral. Comprobación y recuento de firmas

Una vez finalizada la recogida de firmas y su autenticación, conforme al art. 11.1 LOILP los pliegos que contengan las firmas se han de enviar a la Junta Electoral Central. La Junta Electoral Central, a su vez, los remite a la Oficina del Censo Electoral para que acredite la inscripción de los firmantes en el Censo Electoral como mayores de edad, y lleve a cabo la comprobación y el recuento inicial de dichas firmas. La Oficina del Censo Electoral, en el plazo de quince días, remitirá a la Junta Electoral Central certificación de todo ello (art. 11). Y, conforme al art. 12.1, una vez remitidos los pliegos a la Junta Electoral Central, esta procederá a su comprobación y recuento definitivos. En este momento, las "firmas que no reúnan los requisitos exigidos en esta Ley se declararán inválidas y no serán computadas" (art. 12.2).

En la aplicación objeto de estudio, la entrega de las firmas digitales a la JEC se realizará en soporte digital; para ello, se remitirán todos los documentos o pliegos y sus correspondientes firmas, junto con los elementos complementarios necesarios para su validación, para que la JEC pueda realizar las comprobaciones

oportunas para efectuar el recuento final. Recuérdese asimismo que en el Acuerdo de 28 de mayo de 2010 de la Junta Electoral se establece que la Comisión Promotora, además de comunicar a la Junta Electoral Central el sistema de firma electrónica que pretenda utilizar, debe también "facilitar a ésta, en el caso de que fuera necesario, el sistema utilizado para la verificación de las firmas electrónicas". Comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos para la válida presentación de la proposición (en concreto, la consecución de las, como mínimo, 500.000 firmas válidas), la Junta Electoral Central elevará al Congreso de los Diputados certificación acreditativa del número de firmas válidas y procederá a destruir los pliegos de firmas que obren en su poder.

Y, a partir de ese momento se iniciaría la tramitación parlamentaria de la proposición; en concreto, conforme al art. 13 LO, recibida la notificación que acredite haberse reunido el número de firmas exigido, la Mesa ordenará la publicación de la Proposición, que deberá ser incluida en el orden del día del Pleno en el plazo máximo de seis meses para su toma en consideración En cualquier caso, debe advertirse que el inicio de la tramitación parlamentaria no supone, en modo alguno la aprobación de la proposición, que queda en manos del Pleno del Congreso, tal como demuestra la experiencia en la materia¹⁶.

V. Conclusiones

En este trabajo hemos presentado una aplicación que permite la recogida de firmas digitales para el desarrollo de una iniciativa legislativa popular. Hemos descrito sus principales características y hemos detallado las validaciones que se llevan a cabo para cumplir con los requisitos legales.

Desde el punto de vista jurídico, en el Derecho español resulta positivo el reconocimiento expreso, en virtud del art. 7.4 de la LOILP, de la admisibilidad de recogida de firmas digitales para el desarrollo de una iniciativa legislativa popular. No obstante consideramos mejorable la situación jurídica por cuanto sigue sin existir una regulación detallada de los requisitos que deben cumplirse para la recogida de firmas digitales. Es cierto que la Junta Electoral ha ratificado su admisibilidad, pero no ha establecido unos requisitos que, publicados a priori, deban ser cumplidos por toda plataforma sino que, al menos en esta fase incipiente

¹⁶ Incluimos los siguientes datos que son manifestación significativa de las dificultades para conseguir el desarrollo de una ILP: hasta la VIII Legislatura, y, más concretamente, a 31 de octubre de 2007, se habían iniciado 45 procedimientos de ILP, de los cuales 40 habían finalizado. De ellos, 31 no alcanzaron la tramitación parlamentaria (15 se inadmitieron a trámite, 1 fue retirado por la Comisión promotora, y otros 15 caducaron antes de conseguir las firmas); por tanto, únicamente 9 proposiciones consiguieron ser admitidas a trámite y reunir las firmas suficientes para someterse a la toma en consideración del Congreso, formalidad en la que decayeron 8 de ellas y que sólo fue superada por 1, que llegó a convertirse en ley, pero subsumida en otra iniciativa parlamentaria. Fuente: MARCO MARCO, J. J., "El letargo participativo: la iniciativa legislativa popular en España". *Revista de las Cortes Generales*, n. 69, 2006, pág. 39-82., pág. 69).

del desarrollo de recogidas de firmas digitales para el desarrollo de iniciativas legislativas populares, se parte de la obligación de comunicación a la Junta del sistema de firma que pretende utilizar, a fin de que esta declare su admisibilidad en cada caso concreto. De ahí que, de cara al futuro, resulte deseable este establecimiento previo de los requisitos que deben cumplirse (de forma similar a las especificaciones técnicas establecidas, p.ej., por la Agencia Española de Administración Tributaria - AEAT a través de la Orden Ministerial HAC/1181/2003), ya sea a través de normativa de desarrollo de la Ley Orgánica, ya sea través de una Instrucción de la propia Junta Electoral.



Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a los autores. Su situación actual

(Google Book Settlement and the amended Google Book Settlement)

Wilson Rafael Ríos Ruiz*

SUMARIO: I. Introducción. II. Modelo de negocios de Google. III. Evolución. IV. Cronología. V. Los productos de Google. VI. Como funciona Google. VII. Google y sus proyectos de Biblioteca Digital y Virtual. VIII. Las condiciones planteadas por Google. IX. Los procesos y los fallos de las Cortes norteamericanas y europeas. X. Obras y autores sujetos al Acuerdo enmendado. XI. Plazos y nuevas fechas límites establecidas en la enmienda. XII. Derechos y facultades que adquiere Google según el Acuerdo enmendado. a) Los derechos y facultades adquiridos por Google no son exclusivos. b) Otras prerrogativas que conservan los autores, titulares y editores de las obras incluidas en el Acuerdo enmendado. c) Obras huérfanas y derechos no reclamados. d) Exoneraciones y beneficios que obtiene Google con la suscripción y aceptación del Acuerdo enmendado. XIII. Google Editions. El nuevo Proyecto. XIV. Conclusiones.

Resumen

Para entender de mejor manera y en contexto este proyecto y sus repercusiones jurídicas actuales y futuras, empezaremos por hacer una presentación del funcionamiento del modelo de negocios de Google, de sus productos y servicios, de sus bondades y tecnología utilizada, para luego abordar los aspectos legales tanto del Proyecto de Bibliotecas Digitales Virtuales y Google Editions, como de las acciones emprendidas en contra de Google; así como de las soluciones que se plantean a través del denominado acuerdo y enmiendas al acuerdo de Google (Google Book Settlement y Amended Google Book Settlement).

Recibido: 25/5/2010 • Aceptado: 30/7/2010

* Profesor Universitario y Abogado Especialista en Propiedad Intelectual y Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC's). — <a href="write:write

ISSN: 1317-9306

219-244

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010

Palabras Clave: Bibliotecas Virtuales y Digitales de Google. Acciones emprendidas en contra de estos proyectos. Soluciones planteadas a través del acuerdo de Google y su enmienda.

Abstract

To understand context and in this project and its current and future legal implications, we begin by making a presentation of the operation of the business model of Google, its products and services, their advantages and technology used, and then go into the legal aspects of both the digital library project, Google virtual, (Google Book and Google Search) and Google Editions, as the action taken against Google, as well as the solutions that arise through the so-called Google Book Settlement and Amended Google Book Settlement.

Keywords: Google Virtual and Digital Libraries. Legal actions taken against these projects. Solutions offered through the Google Book Settlement and Google Book Settlement.

I. Introducción

A través del presente artículo pretendemos presentar y explicar de manera clara, ágil y sencilla todas las vicisitudes, dadas desde el momento en que Google inicio sus proyectos de Bibliotecas Digitales y Virtuales, con las cuales pretende digitalizar—escanear millones de textos, libros y obras que se encuentran tanto dominio público, como en dominio privado; y que desde ese momento generaron toda serie de cuestionamientos desde la perspectiva de los titulares de derechos de propiedad intelectual en general, pero de manera particular en los autores y titulares de derechos de autor en todo el globo, los cuales eventualmente se han visto afectados por esta utilización que se dio sin mediar en la mayoría de los casos, la autorización previa y expresa de los titulares de tales derechos.

Vale anotar que los proyectos de bibliotecas mencionados, iniciados a instancia de Google, son sin duda una magnifica idea y por supuesto serán el escenario natural donde el derecho al libre acceso a la cultura se podrá dar de manera efectiva y real desde cualquier parte del mundo; pero no es menos cierto que en un proyecto de tal magnitud, deben conciliarse y ponerse en el justo medio, tanto los derechos de los titulares de derechos de autor, y los de todos los ciudadanos del mundo que tenemos el derecho de acceder al conocimiento y a las ciencias.

Mencionaremos y explicaremos en nuestro estudio el nuevo proyecto planteado por Google, GOOGLE EDITIONS, el cual aparecerá en junio-julio de 2010, y que entrará a incursionar en un terreno hasta ahora no explorado por Google. De igual forma analizaremos la reciente reclamación y acción de grupo presentada por los fotógrafos, ilustradores y en general artistas gráficos y visuales.

Para entender de mejor manera y en contexto este magno proyecto y sus repercusiones jurídicas actuales y futuras, empezaremos por hacer una presentación del funcionamiento del modelo de negocios de Google, de sus productos y servicios, de sus bondades y tecnología utilizada, para luego abordar los aspectos legales tanto del proyecto de bibliotecas, como de las acciones emprendidas en contra de Google; así como de las soluciones que se plantean a través del denominado acuerdo y enmiendas al acuerdo de Google (Google Book Settlement y Amended Google Book Settlement).

II. Modelo de negocios de Google

El desarrollo actual de Internet como una red de contenidos eminentemente comerciales, el advenimiento de las herramientas Web 2.0 y 3.0, dejando atrás los tiempos en que la Red tenía propósitos eminentemente académicos y luego militares; ha generado el escenario perfecto para que se gestarán toda suerte de proyectos liderados en la mayoría de los casos por emprendedores *-entrepreneurs-*, que con modelos de negocios audaces e inimaginados años atrás han conquistado los mercados, la fama y la riqueza, tornándose en visionarios y prestidigitadores capaces de transformar una oportunidad en un negocio; y que con la conjunción de varios de estos elementos logran cambiar la historia.

Un par de nombres que lograron esto, son los de Sergey Brin y Larry Page, quienes siendo estudiantes de Ingeniería Informática — Computer Science— en 1995 transformaron sus dormitorios de la Universidad de Stanford (Estados Unidos) en el caldo de cultivo perfecto para gestar "BackRub", el prototipo de un motor de búsqueda, que luego se transformaría en Google el mayor y más rápido buscador en la red, que entraría a desafiar a los titanes de las tecnologías como Amazon, Yahoo, Altavista, e incluso a Microsoft.

Desde su nacimiento Google no ha dejado de lanzar nuevos productos y servicios para mantener cautivos a sus usuarios; servicios como los key words, Gmail, el correo electrónico gratuito con mayor capacidad de Internet, Froogle, Google News, Google Print, Google Book, Google Earth, etc., y sus variaciones de buscadores de libros que podría llegar a cambiar los hábitos de lectura de los seres humanos pasando del papel a los libros en línea y los e– Books.

Luego de dejar rezagados a sus competidores inmediatos, de romper el Nasdaq, hoy Google ha incursionado en los mercados bursátiles mundiales y cotiza en la Bolsa de New York y otras grandes del planeta, compra compañías emergentes de gran éxito como *Youtube* y busca incursionar en todos los reductos de la tecnología.

III. Evolución

En 1995 Google apareció con una versión de prueba desarrollada en Java y Python, y corría sobre computadores *Sun Ultra* e *Intel Pentium* con sistema operativo Linux, mientras que la base de datos con los enlaces a toda clase de sitios Web se alojaba en un computador *Sun Ultra II* con apenas 28 GB de capacidad en disco duro.

Como las burbujas punto com. aumentaban de una manera exponencial, y los sitios web aparecían por doquier, la capacidad de almacenamiento de un buscador como Google debía crecer a la par y más tiempo le demandaba a sus creadores en su desarrollo y expansión. En 1997, Page y Brin registraron su creación en el banco de proyectos tecnológicos de la Universidad de Stanford y allí se dio la explosión que hoy conocemos.

Los desarrolladores de Google dejaron la Universidad y se entraron a dedicarse de lleno a su prometedor negocio. Se une a Ellos Andy Bechtolsheim, cofundador de Sun Microsystems, y consiguen financiamiento por cerca de 100.000 dólares. Firman al tiempo un contrato con RedHat una de las productoras más famosas y comerciales del Software libre, e instalan toda una red de servidores con sistema operativo Linux.

IV. Cronología

1994: Jerry Yang y David Filo fundan Yahoo y establecen su centro de operaciones en una casa remolque estacionado en los predios de la Universidad de Stanford.

1995: Sergey Brin (23 años) y Larry Page (24 años), que después fundarían Google, se conocen en la Universidad de Stanford y comienzan a trabajar en un proyecto al que llaman BackRub (*Back Links*); es un motor de búsqueda que permitirá a los usuarios de Internet encontrar la información que necesitan en poco tiempo. El mismo año, el buscador AltaVista empieza a funcionar en la Red.

1996: Yahoo ingresa en la Bolsa de valores de Nueva York y logra una capitalización de 849 millones de dólares antes de que acabe el año, con un precio por acción de 33 dólares.

1997: BackRub (*Back links*) es rebautizado como Google, un nombre inspirado en el número googol (10 elevado a la potencia de 1.000; es decir, un uno seguido de 1.000 ceros); este simboliza la gran cantidad de contenidos presentes en Internet. El buscador cuenta en su base de datos con 24 millones de enlaces a diferentes páginas y sus creadores deciden venderlo a alguna firma de tecnología.

Yahoo, por su parte, incrementa el valor de sus acciones en 511 por ciento, hasta alcanzar un precio por acción de 169 dólares.

1998: al no encontrar a alguien interesado en comprar su motor de búsqueda, Brin y Page deciden administrar Google como una empresa independiente y convencen a Andy Bechtolsheim (cofundador de Sun Microsystems) de que los financie con 100.000 dólares, lo que les permite comprar más computadores para guardar su creciente base de datos. La revista PC Magazine incluye a Google dentro de su 'Top 100 de sitios web'.

1999: Sin invertir en publicidad, Google llega a atender 500.000 consultas diarias y firma un contrato con RedHat para que provea a sus servidores con Linux.

Entre tanto, AltaVista firma un contrato con el portal MSN (de Microsoft) para convertirse en su motor de búsqueda, trabajo que era desarrollado por la tecnología Inktomi.

2000: Yahoo también anuncia que deja Inktomi para contratar el motor de búsqueda de Google para su sitio. AltaVista introduce su servicio de búsqueda de multimedia, con el que ofrece fotografía y archivos de MP3 y video.

2001: Google se alía con la firma japonesa de telefonía móvil DoCoMo para ofrecer una versión de su motor de búsqueda de Internet en 19 millones de celulares.

En septiembre, el gobierno chino bloquea el acceso a Google en todo el país, mientras en el resto del mundo hace su aparición Google News, el servicio de noticias del buscador. Google completa 3.083 millones de páginas Web en su base de datos.

2003: Interbrand nombra a Google la marca más exitosa del año, por encima de Coca-Cola y Starbucks. En julio, el buscador anuncia la compra de Blogger, la herramienta más popular para el diseño de *weblogs*.

2004: Google sale a la Bolsa en una oferta pública de acciones por valor de 2.700 millones de dólares; logra un valor por acción de 85 dólares.

2005: La firma lanza el programa para administración de imágenes Picasa 2; también presenta Google Mini, un servidor de búsquedas para la pequeña y mediana empresa capaz de administrar 50.000 documentos en 220 categorías y 28 idiomas.

En marzo, Google lanza Desktop Search 1.0, un programa que permite realizar búsquedas en el PC tan rápidas y eficientes como las de Internet. De esa forma, Google comienza a pisar terrenos de Windows.

Las acciones de Google se venden en el mercado a 190 dólares, un incremento del 124 por ciento si se compara con su precio de salida. Así, Google alcanza una valoración extraordinaria.

V. Los productos de Google

Lo que en principio surgió como un buscador, ha mutado y migrado a toda clase de productos y servicios que buscan diversificar su objetivo y a la vez expandir sus horizontes. Los siguientes son algunos de los rubros y sectores donde hoy ha incursionado Google. Luego de mencionar todos estos productos, nos detendremos de manera especial en los proyectos *Google Print, Google Book y Froogle* por la incidencia que dentro del tema de derechos de autor reportan.

Gmail: es el correo electrónico gratuito de Google, el cual destronó a servicios gratuitos de similar naturaleza como Hotmail y Yahoo, pues permite almacenar hasta 1 gigabyte de información. Su próximo objetivo aumentar la capacidad de almacenamiento de mensajes a 2 GB (cerca de 2.000 MB).

Blogger: es la herramienta de creación de blogs de Google, que les permite a los usuarios crear y administrar su propio sitio Web personal, sin importar si se encuentra alojado en el servidor gratuito de Blogger o en su propio dominio¹.

Google Desktop: se trata de una aplicación que le permite al usuario buscar textos o fragmentos de texto entre el correo electrónico, los archivos, las conversaciones de chat y los sitios web almacenados en su propio computador (pero con la posibilidad de realizar búsquedas basadas en varias palabras, como en el sitio web de Google, y con la misma velocidad de ese motor).

Orkut: es una red social diseñada para que los usuarios encuentren todo tipo de relaciones interpersonales. Para acceder a la comunidad es necesario recibir una invitación de algún miembro (<u>www.orkut.com</u>). Esta red se ve complementada y actualizada por *Google Buzz*, la cual mencionaremos a continuación.

Google Groups: permite crear grupos de noticias y discusión en los que sus miembros intercambian archivos y mensajes. También hace posible organizar fotos y crear encuestas para los demás participantes.

Para ingresar a un grupo se debe recibir invitación del moderador, o solicitar aprobación para convertirse en miembro².

Google Print: Ayuda a encontrar palabras clave en miles de libros de varias editoriales. Luego de dar clic al título del libro, el usuario puede consultar el texto deseado y seleccionar la opción 'Comprar este libro'.

La aplicación podría convertirse en la tienda de literatura más grande de la Red, amenazando a otras de su género como Amazon. Conozca la herramienta en print.google.com.

Google Toolbar: si es usuario frecuente de Google, baje la barra de herramientas de la dirección toolbar.google.com para tener acceso directo al motor de búsqueda cada vez que abra su navegador.

La aplicación le ofrece, además, una efectiva herramienta para bloquear las ventanas emergentes (Pop-Up) que acechan en la Red.

- 1 El servicio está disponible en la dirección www.blogger.com
- 2 El servicio está disponible en www.groups-beta.google.com

Google Deskbar: esta herramienta, similar a Google Toolbar, instala en su escritorio un pequeño motor de búsqueda, que le ayudará a encontrar cualquier información que desee sin necesidad de abrir el navegador³.

Google Local: por ahora en prueba y disponible solo para Estados Unidos, permitirá restringir las búsquedas a un área geográfica específica. Así las cosas, usted podrá escribir la palabra 'hoteles' y establecer el rango 'Tumaco' para encontrar los hospedajes disponibles en esa ciudad.

Google Ride Finder: por ahora, esta aplicación se encuentra en período de prueba en Estados Unidos; permitirá encontrar taxis disponibles en cualquier ciudad del mundo. La herramienta cuenta con mapas de las ciudades más importantes, en los que se puede conocer la ubicación exacta y actualizada de algunos taxis, limusinas o camionetas para turistas afiliadas al sistema⁴.

Froogle: una aplicación del buscador de Google que funciona de forma similar a Amazon y permite encontrar solamente productos relacionados con el criterio de búsqueda. De esa manera, bastará con teclear 'Gabriel García Márquez' para encontrar una completa lista de los libros del escritor colombiano, con sus respectivos precios y el nombre de la tienda que los ofrece. Disponible en froogle.google.com.

Google Maps: permite encontrar mapas actualizados de las principales ciudades de Estados Unidos (en su versión final, ofrecerá mapas de todo el mundo). El usuario solo debe escribir la dirección que desea encontrar en cualquier ciudad de ese país y la dirección en la que empieza su recorrido (por ejemplo: Aeropuerto JFK), para que la aplicación cargue un mapa que muestre el destino y señale la mejor ruta para llegar allí. Disponible en maps.google.com.

Google video: un servicio que le permitirá encontrar cualquier segmento de video o programa de televisión reciente en el que se haya hecho referencia a su criterio de búsqueda. De esa manera, será posible escribir el nombre 'George Bush' para encontrar las más recientes menciones del presidente en noticieros, programas de opinión y hasta de humor. El servicio se encuentra en período de prueba en Estados Unidos, pero es posible dar un vistazo en video.google.com.

Lively – Avatar: Es un producto que le permite a los usuarios crear su propio mundo virtual con la posibilidad de generar un personaje virtual (Avatar) que los refleje y crear sus propios ambientes como por ejemplo su apartamento, su cuarto, etc. El sistema permite interactuar con otras herramientas del propio Google como el servicio de fotos Flick y de video Youtube.

Google Chrome: el navegador desarrollado por Google es una plataforma novedosa de navegación en Internet (Browser), que busca amalgamar una serie de herramientas de red para facilitar la integración de las mismas a través de una interfase rápida, ágil y dinámica. El espectro de posibilidades de herramientas de navegación se amplia y Chrome entra a competir con el ya

³ El Google Deskbar se puede descargar en la dirección toolbar.google.com/deskbar/index.html.

⁴ Esta herramienta está disponible en la dirección www. labs.google.com/ridefinder.

legendario Explorer de Microsoft, con Fire fox de Mozilla, y con el navegador Safari de Apple⁵.

Google Android: el sistema operativo desarrollado por Google, el cual está diseñado para ser utilizado en dispositivos móviles, en particular en teléfonos de marcas como Samsung, Sony y Motorola. Su uso se dará como un sistema móvil gratuito.

Android es el pasaje de entrada de Google al mundo de la telefonía móvil celular. Además bajo su esquema de plataforma libre, lo que permitirá que cualquier fabricante pueda usarlo y adaptarlo. Otra ventaja de Android es que es un sistema fácil de usar, rápido, eficiente en el manejo del correo electrónico y con un énfasis marcado hacia Internet.

El sistema Android ya ha llegado y extendido su espectro a la Televisión, y los nuevos televisores fabricados en Suecia por la compañía People of Lava serán los primeros dispositivos de TV con tecnología LED en funcionar con el sistema operativo de Google.

Google Nexus One: el nuevo dispositivo de comunicaciones de Google, o mejor el nuevo teléfono de Google, el cual incorpora el sistema operativo Android 2.1. Presenta todas las ventajas que un teléfono de última generación puede ofrecer, tales como cámara de alta resolución, reconocimiento de voz y tecnología de conexión a la red de alto desempeño y puertos o periféricos USB y salidas y entradas de audio y video.

Google Buzz: la nueva red social de Google, integrada directamente con el servicio de correo Gmail, y compatible con dispositivos como *iPhone*, *iPod Touch*, y el *iPad*, permitirá compartir actualizaciones, fotos, vídeos y sostener conversaciones sobre distintos tópicos de nuestro interés con las personas que deseemos. Los contenidos se podrán importar y transferir desde Twitter, Flickr, Picasa o Google Reader.

Google Editions: un proyecto complementario y en nuestra opinión suplementario de los proyectos Google Print y Google Book, pues Google incursiona en la venta de libros en línea, utilizando recursos simples y compatibles desarrollados en lenguaje html, que le darán mayor penetración. Surge como una respuesta frente a los cuestionamientos a los que ha sido sometido Google, pues en esta ocasión parte de haber obtenido las autorizaciones de los autores y titulares de derechos. Vale decir que al momento en que hace aparición este producto, estaba pendiente la decisión del Juez Denny Chin en la aprobación o desaprobación del Google Book Settlement.

VI. Cómo funciona Google

La mayoría de los motores de búsqueda entrega sus resultados con base en la frecuencia con que las palabras clave aparecen en un sitio Web. Google

5 Ver: www.google.com/chrome

funciona de forma diferente: utiliza una tecnología conocida como *PageRank*, que realiza una valoración de la importancia de los sitios Web mediante una ecuación.

Para organizar sus resultados, Google utiliza los vínculos entre páginas como herramientas organizativas, interpretando un vínculo de la página 'A' a la página 'B' como un voto de la página 'A' a la 'B'. Así las cosas, evalúa la importancia de una página por la cantidad de votos que recibe.

Además, Google realiza un análisis de concordancia de hipertexto, estudiando cada palabra en el sitio web recomendado para ubicar con exactitud el lugar en que se encuentra la palabra buscada por el usuario.

Aunque Google cuenta con herramientas automáticas que buscan y agregan a su base de datos los nuevos sitios web que aparecen en Internet, cualquier usuario puede registrar un sitio web nuevo para que aparezca entre los resultados del buscador (o eliminarlo, si ya ha sido desactivado).

VII. Google y sus proyectos de Biblioteca Digital y Virtual

Los proyectos de Bibliotecas Digitales y Virtuales planteados por Google se han constituido como el escenario de masificación y acceso a toda clase de contenidos desde los más científicos y rigurosos hasta los que presentan niveles bajos de calidad sujetos a toda clase de cuestionamientos. Sin embargo, el tema de los derechos de propiedad intelectual, en particular el de derechos de autor es un elemento primordial a tener en cuenta en este proceso que debe masificarse y brindar acceso a la cultura y a toda clase de contenidos; pero repetimos guardando un equilibrio y respeto frente a los derechos de propiedad intelectual.

Los proyectos de Biblioteca Digital y Virtual de Google, merecen una serie de comentarios desde la perspectiva que brindan las normas sobre *Copyright* y derecho de autor. Es pertinente tener clara la diferencia entre uno y otro concepto para efectos de poder prever sus consecuencias jurídicas. Se entiende por BIBLIOTECA DIGITAL aquella que permite digitalizar y leer los textos en línea, en tanto que el concepto de BIBLIOTECA VIRTUAL, es más amplio y se extiende a todo tipo de contenidos, incluyendo los gráficos, interactivos y multimedia.

VIII. Las condiciones planteadas por Google

De conformidad con los distintos planteamientos y condiciones generales que Google puso en su momento a consideración de los eventuales usuarios que opten por asociarse al servicio *Google Books* (Google Libros), presentamos a continuación una serie de opiniones y comentarios alrededor de estos proyectos y sobre los cuidados y precauciones a tener presentes en esta clase de servicios como el planteado por Google.

Partimos del análisis de las consecuencias que han traído las diferentes acciones legales iniciadas en todo el mundo en contra de servicios como *Google Print. Froogle*, y por supuesto de *Google Books*, y presentamos comentarios puntuales partiendo del texto de los Convenios internacionales aplicables y de las normas nacionales y extrajera vigentes.

Así por ejemplo encontramos que el texto de condiciones generales planteadas por Google a todos sus potenciales o futuros socios y participantes es totalmente unilateral y nada conmutativo, pues impone una serie de obligaciones de parte del eventual suscriptor, como por ejemplo ser titular o por lo menos tener legitimidad de uso de los materiales y contenidos que se colocaran a disposición. Las obligaciones y compromisos que asume Google son casi nulos y transfieren toda la responsabilidad sobre los derechos y contenidos al eventual suscriptor.

El texto de condiciones generales planteado por Google, impone a quien se suscribe, en este caso a quien va a proveer los contenidos, una declaración y manifestación de que es titular de los derechos necesarios, incluyendo los derechos de propiedad intelectual, en y sobre el contenido autorizado y sus elementos de marca para celebrar el presente contrato y otorgar o conferir los derechos objeto del presente contrato

Por lo tanto es importante poner de presente y de relieve que en una eventual adhesión a estos servicios, solo podrán entregarse obras, materiales y contenidos cuyos derechos pertenezcan al potencial proveedor de contenidos, o sobre los cuales tenga autorización expresa de los autores o titulares para tal efecto y usos.

Es primordial tener en cuenta que el eventual suscriptor deberá remitir el material a incluir en el servicio *Google Books* en formato impreso o en formato digital, permitiendo y autorizando en el primer caso, llevar a cabo la digitalización del material en su totalidad, pese a que se hable más adelante en el mismo texto que solo se utilizará hasta un 20% del material, e inclusive más.

En este punto es pertinente llamar la atención y tener en cuenta que no solo se deben tenerse los derechos para material en soporte material o en formato impreso por parte del eventual suscriptor, sino que además tales derechos le permitan digitalizar o autorizar tal proceso. Recordemos que las distintas formas de disposición de las obras son independientes entre sí y autorizar una no significa tener de manera expresa las demás. A renglón seguido abundaremos en detalles frente a esta afirmación.

Para tal efecto, el potencial suscriptor, deberá tener muy presente que se cuente con la autorización de los autores respectivo, no solo repetimos, para su utilización en la versión impresa, sino que se extienda para versión electrónica.

Por lo tanto, si no se cuenta con las autorizaciones de los autores o titulares para formato electrónico, sino solo para medio impreso, solo se podrá incluir en

este caso aquellos textos, obras y contenidos sobre los cuales se tenga de manera efectiva tal derecho para formato electrónico.

Un aspecto de singular importancia en este caso es el que tiene que ver con la independencia y autonomía de las distintas formas de utilización de las obras; principio éste que se encuentra establecido en el artículo 77 de la Ley 23 de 1982 y el Art. 31 de la Decisión Andina 351 de 1993 cuando dispone:

"Las distintas formas de utilización de las obras son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás".

Lo anterior se traduce en el hecho de que los derechos patrimoniales de autor, como el de reproducción, comunicación pública, transformación y distribución son independientes entre sí, y que la autorización otorgada para medio impreso o en papel, no implica de suyo que tal autorización se extienda a formato electrónico y mucho menos para su comunicación y distribución (puesta a disposición) en la Red mundial de información (Internet).

IX. Los procesos y los fallos de las cortes norteamericanas y europeas

El proyecto *Google Print* (Biblioteca Electrónica y Virtual de Google) fue y ha sido duramente cuestionado tras una serie de requerimientos y las acciones legales iniciadas y presentadas ante la Corte Federal en Manhattan en septiembre de 2005 por los autores (*The Autor Guild*) y por la industria editorial en Norteamérica, que inclusive han solicitado una "*Preliminary Injuction*" es decir una medida cautelar que ampare las obras protegidas con Copyright, o en nuestro medio protegidas por las normas sobre Derecho de Autor. En Estos casos se discute si el cambio de soporte pasando del formato impreso al formato electrónico está permitido o si por el contrario se configura una infracción a los derechos involucrados.

Vale mencionar además, que en septiembre del año 2006 en Europa Google sufrió un duro revés tras la decisión de un Juez de primera instancia de Bélgica que ordeno retirar de su servicio de noticias (Google News), los contenidos (artículos, fotografías y gráficos) de los periódicos "Le Soir y Grenzecho", representados por Copypresse la asociación que los aglutina a los diarios belgas de habla francesa y alemana. El no cumplimiento de la medida por parte de Google dentro de los diez días siguientes a la notificación le hubiera acarreado una sanción de multa de un millón de Euros por día. Esta decisión se dio tras el requerimiento de los periódicos de que Google obtuviera una licencia de uso y extracción de sus contenidos en las versiones on line.

Además la justicia Belga obligó a Google a publicar el texto completo del fallo en su portal <u>www.google.be</u>, durante un término de cinco días contados a partir de la notificación del mismo. Un aparte del extracto publicado tenía el siguiente tenor:

Find that the activities of Google News and the use of the Google cached violate in particular the laws on copyright and ancillary rights (1994) and the law on data bases (1998).

Order the defendant to withdraw the articles, photographs and graphic representations of Belgian publishers of the French - and German-speaking daily press, represented by the plaintiff, from all their sites (Google News and "cache" Google or any other name within 10 days of the notification of the intervening order, under penalty of a daily fine of 1,000,000. \leftarrow per day of delay.

Also order the defendant to publish, in a visible and clear manner and without any commentary from her part the entire intervening judgment on the home pages of 'google.be' and of 'news.google.be' for a continuous period of 5 days within 10 days of the notification of the intervening order, under penalty of a daily fine of 500,000, ϵ per day of delay.

Continuando con el punto relacionado con la migración o cambio de soporte de los textos impresos o escritos en medio físico tradicional a medios electrónicos, ópticos y similares (*Space Shifting*), son ilustrativos los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por las Cortes Norteamericanas en los casos (Tasini vs. The New York Times; Robertson vs. Thomson Corp.; Random House vs. Rosetta; Greemberg vs. Nacional Geographic.), donde las Cortes respectivas indicaron que la autorización dada por el autor, articulista, fotógrafo y creador de contenidos para utilizar su trabajo en medio impreso, no implicaba una autorización extensiva para utilizar tal trabajo en el medio electrónico, y obligaron a un pago adicional por tal concepto.

Así por ejemplo, en el caso Tasini vs. The New York Times, Mead Data Central (NEXIS), Time, Inc. (Sports Illustrated) and UMI, the largest producer of periodicals on CD-ROMs., en 1993, primero la Corte del Distrito Sur de New York y luego la Suprema Corte, fallaron en favor de Jonathan Tasini y la Unión Nacional de Escritores, estableciendo la necesidad de autorización y consentimiento de los periodistas freelance para que se puedan utilizar e incluir en bases de datos o medios electrónicos, los artículos que los periódicos les encargaron para las ediciones en papel.

The narrow issue in Tasini was the objection by freelancers that back issues of newspapers and magazines were being stored electronically, as well as on microfilm, without their express permission.

Tasini is the first case to impose direct liability based on how users may read or perceive a copy, rather than on the contents of the copy. That is, the Court found that the underlying databases were infringing because of the use to which their subscribers put them. Before Tasini, end users' uses would have seemed relevant only in connection with an argument that publishers had engaged in contributory or vicarious infringement.

Vale decir que bajo la legislación colombiana y andina, la decisión sería similar, aplicando para ello los artículos 77 de la Ley 23 de 1982 y 31 de la Decisión Andina 351 de 1993, cuando disponen que las formas de utilización y disposición de las obras son independientes entre sí, y que la autorización de una forma de utilización no se extiende a las demás.

Por lo tanto se aconseja revisar que las autorizaciones otorgadas por los autores de los escritos, de las obras, de los contenidos que se vayan a incluir en estos proyectos como los planteados por Google cuenten y se tengan las autorizaciones de los autores o articulistas de cada ejemplar actual y de publicaciones futuras, se hagan extensivas al entorno digital, es decir en formato electrónico, magnético, óptico o similar, y en general para cualquier medio conocido o por conocer.

Adicional a lo anterior, es pertinente resaltar que conforme al texto analizado (Ver numeral 8 del contrato planteado por Google), el suscriptor, recibiría una contraprestación económica de parte de Google. Lo anterior significa que cualquier uso honrado *-Fair Use-*, así como el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, dejaría de ser aplicable, por existir un ánimo de lucro directo e indirecto en la utilización de toda clase de material sujeto a las condiciones planteadas por Google.

Por último, y por ser de total pertinencia, nos permitimos reiterar y transcribir a continuación algunos de los comentarios que ya habíamos realizado sobre los servicios de Biblioteca Virtual y Digital ofrecidos por Google, y que se han visto duramente cuestionados por la legalidad que pueden tener frente al tema de los Derechos de Autor de obras o contenidos que se encuentran aún en dominio público, y que por lo tanto requieren para su uso legitimo de la autorización previa y expresa de su autor o titular.

"El sistema diseñado por Google dentro de su servicio Google Print se basa en la organización y catalogación de información proveniente de todo el mundo, a través de colocar el contenido de millones de libros en un lugar en el que pueda ser encontrado con facilidad es decir, justo en sus resultados de búsqueda. Los libros a reproducir, es decir a digitalizar por medio de scanner, serán aquellos que sean de dominio público (en líneas generales, aquellos cuyos periodo de protección haya vencido, o cuyos titulares de derechos de autor hayan renunciado a dicha protección), así como aquellos libros cuyos titulares de derechos de autor hayan autorizado su reproducción.

La gran revolución puede ser Google Print, tras el anuncio de Google de poner en línea una primera tanda de 10 mil libros. Es el comienzo de un acuerdo con cinco grandes bibliotecas para digitalizar sus colecciones, principalmente aquellos libros y materiales que ya no se imprimen y no son sujetos de derechos de autor, y ofrecerlos gratuitamente en Internet (con ciertas limitaciones de descarga e impresión). Además, con Google *Print Publisher* (Editor Impreso), Google ofrece a las editoriales promover sus libros en Internet, al modo 'clásico'

de Amazon u otros sitios de venta en línea, pero haciendo con ellos un gran catálogo, que puede ser 'hojeado' virtualmente".

Primera versión del Acuerdo mediante el cual Google compensaría a los titulares de derechos de autor en todo el mundo, incluido Colombia afectados por los proyectos de su biblioteca digital y virtual

Durante el año 2009, y tras una propuesta de acuerdo logrado dentro de la causa *The Author Guild Inc* v. Google Inc (Caso No. 05 CV 8136 – S.D.N.Y.), el cual debería ser aprobado por una Corte Federal de los Estados Unidos correspondiente al Distrito Sur de New York, los autores, editores y titulares de derechos de autor en cualquier parte del mundo, y que en esa primera versión incluía países como Colombia, cuyas obras hubieran sido publicadas hasta el 05 de enero de 2009, y cuando sus derechos hubieran sido afectados por los proyectos de las bibliotecas virtuales y digitales de Google; tenía la oportunidad de hacerse parte dentro del Acuerdo y obtener el cobro efectivo de las regalías que les corresponden por el uso de sus obras⁶.

Internet es plurijurisdiccional, o en muchos casos no existen competencias iudiciales claramente establecidas; sin embargo, en esa primera versión del acuerdo, se le permitía a los autores y titulares de derechos Colombianos que se sintieran afectados, hacerse parte dentro del acuerdo y lograr una compensación, pese a que no tuvieran sus obras registradas en los Estados Unidos de Norteamérica o en Colombia, gracias a los principios de protección automática y del trato nacional establecidos en el Convenio de Berna sobre derechos de autor, del cual Colombia y Estados Unidos son miembros. Para ello tenían la oportunidad de hacerlo dentro de unos plazos establecidos, pero debían diligenciar los correspondientes formularios y para reclamar las compensaciones en efectivo debían hacerlo hasta el 5 de enero de 2010; o podían manifestar objeciones, o su deseo de no hacerse parte dentro del acuerdo y excluirse del mismo hasta el 5 de mayo de 2009 (La Juez de la causa, Denny Chin extendido en su momento esta fecha hasta el 04 de septiembre de 2009, pues muchos autores en todo el mundo no se habían enterado de que sus obras fueron digitalizadas y mucho menos del acuerdo). Se podía de igual forma solicitar a Google que no digitalice sus obras; o en caso de que hayan sido digitalizados se tiene la oportunidad hasta el 5 de abril de 2011 para solicitar que sean retirados de la base de datos de los proyectos de Google.

⁶ El texto de la primera versión del acuerdo podía ser consultada en: http://www.googlebooksettlement.com/

Como lo hemos mencionado, el acuerdo propuesto por Google debía en todo caso ser aprobado por el Juez de la causa; y dentro del procedimiento a seguir, se había establecido que la fecha para realizar la audiencia en equidad definitiva sería el 11 de junio de 2009, fecha que fue postergada, quedando aplazada entonces para el 07 de octubre de 2009. Vale decir que en esta última fecha, el Juez Denny Chin tampoco impartió su aprobación al acuerdo, y postergo su decisión de fondo como lo explicaremos más adelante cuando analicemos la situación frente a las enmiendas al acuerdo de Google (Amended Google Book Settlement).

Google, en esa primera versión del acuerdo dispondría de algo más de 125 millones de dólares para compensar a los autores, editores y titulares de derechos, reconociendo sus derechos, y permitiéndoles recibir una compensación, proporcionándoles además medios efectivos para que puedan controlar el uso de sus obras en el entorno digital. Para ello se destinaran 34, 5 millones de dólares para crear una base de datos con el registro de todos los derechos sobre las obras utilizadas (*Cook Rights Registry*). Este registro será administrado por los autores, titulares y editores. Como mínimo Google destinaría y pagaría 45 millones de dólares como compensación por los derechos utilizados, pagando en efectivo por ejemplo no menos de 60 dólares por la utilización de una obra principal, 15 dólares por suplementos o adendas totales y 5 dólares por suplementos o adendas parciales.

Como lo hemos indicado, estos proyectos de Google (Biblioteca Electrónica y Virtual de Google) han sido duramente cuestionado tras una serie de requerimientos y las acciones legales colectivas iniciadas y presentadas ante la Corte Federal en Manhattan en septiembre de 2005 por los autores norteamericanos a través de *The Autor Guild*, una asociación que data de 1912 y que representa en la actualidad a más de 8.000 escritores; y que fue secundada por la Asociación Americana de Editores, AAP por su sigla en Inglés; en representación de cinco de las más grandes editoriales Norteamericanas.

Las asociaciones mencionadas, a través de una medida cautelar "Preliminary Injuction" buscaron amparar los derechos de las obras protegidas con Copyright, o en nuestro medio protegidas por las normas sobre Derecho de Autor. El punto central de la controversia era determinar si el cambio de soporte pasando del formato impreso al formato electrónico estaba permitido, o si por el contrario se configura una infracción a los derechos involucrados. (Space Shifting)

Así mismo, vale mencionar de nuevo, que en septiembre del año 2006 en Europa Google sufrió un duro revés tras la decisión de un Juez de primera instancia de Bélgica que ordeno retirar de su servicio de noticias (Google News), los contenidos (artículos, fotografías y gráficos) de los

periódicos "Le Soir y Grenzecho", representados por *Copypresse* la asociación que los aglutina a los diarios belgas de habla francesa y alemana. Esta decisión se dio tras el requerimiento de los periódicos de que Google obtuviera una licencia de uso y extracción de sus contenidos en las versiones *on line*.

Insistimos, es totalmente claro en materia de derecho de autor, que las distintas formas de disposición de las obras son independientes entre sí, y que autorizar una no significa tener de manera expresa las demás, y que por lo tanto autorizar un uso para su utilización en la versión impresa, no implica de suyo que se extienda para versión electrónica.

Como ya lo mencionamos cuando hablamos de los procesos que ha enfrentado Google en Norteamérica y en Europa, un punto de singular importancia en este caso es el que tiene que ver con la independencia y autonomía de las distintas formas de utilización de las obras; principio éste que se encuentra establecido en el artículo 77 de la Ley 23 de 1982 y el Art. 31 de la Decisión Andina 351 de 1993 cuando dispone: "Las distintas formas de utilización de las obras son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás".

Insistiendo en el punto relacionado con la migración o cambio de soporte de los textos impresos o escritos en medio físico tradicional a medios electrónicos, ópticos y similares (*Space Shifting*), son ilustrativos los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por las Cortes Norteamericanas en los casos (Tasini vs. The New York Times; Robertson vs. Thomson Corp.; Random House vs. Rosetta; Greemberg vs. Nacional Geographic.), donde las Cortes respectivas indicaron que la autorización dada por el autor, articulista, fotógrafo y creador de contenidos para utilizar su trabajo en medio impreso, no implicaba una autorización extensiva para utilizar tal trabajo en el medio electrónico, y obligaron a un pago adicional por tal concepto.

Esta propuesta de acuerdo, fue objeto de duros cuestionamientos desde los sectores que propendemos por la defensa del derecho de autor, los autores y titulares; pues el mismo buscaba "legalizar" una situación irregular que se origino precisamente porque Google utilizó las obras primero, y entro a preguntar después; vale decir utilizo los contenidos sin haber obtenido la autorización previa y expresa de los autores o titulares. Además los pagos ofrecidos por Google no contemplan las indemnizaciones de daños y perjuicios ocasionadas con su actuar, sino que buscan, repetimos legalizar una situación de suyo irregular, como si nada hubiera pasado. En otras palabras el acuerdo propuesto no era retroactivo, sino que busca un borrón y cuenta nueva sin tener en cuenta los hechos cumplidos.

Otro punto que nos hacía reflexionar sobre el texto del acuerdo, era el relativo a las denominadas *Orphan Works* – Obras huérfanas–, es decir

aquellas obras protegidas por derechos de autor, cuyos autores o titulares son desconocidos y no han podido ser identificados o ubicados; pese a que según Google el acuerdo ha sido ampliamente divulgado y difundido. Sobre este punto llamamos la atención, pues podríamos decir que se busca por esta vía obtener una licencia global sin mayor esfuerzo, y sin que se configure una violación de derechos de autor por su uso y sin pagar compensación alguna a quienes puedan ser sus titulares; pues, en caso de que los autores no sean encontrados, Google podrá hacer uso sin mayores inconvenientes de esta clase de obras en virtud de lo propuesto. Además, se dejaban por fuera a otros actores y competidores en el negocio de los contenidos digitales.

Finalmente, a principios de julio del año 2009, surgieron más ingredientes alrededor del acuerdo propuesto por Google, pues el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, inicio una investigación por una posible violación a las normas antitrust (Ley Sherman), pues se estarían generando prácticas anticompetitivas derivadas del acuerdo propuesto por Google, pues tal situación surgida de los planteamientos hechos en el acuerdo, pueden llevar a los competidores de Google, entre ellos Amazon, Yahoo, Microsoft, Barnes and Nobles, entre otros, a quedar en una posición de desequilibrio en el mercado actual y potencial de los libros y contenidos digitales. La *Federal Trade Commision* se pronunció en su momento advirtiendo que la comunicación remitida por el Departamento de Justicia al Juez de la causa, es el primer paso en una posible acción por una eventual infracción a las normas antimonopolio.

Teniendo en cuenta que Google ha digitalizado las obras tanto de dominio público como las protegidas por derechos de autor, sin autorización, y que por lo tanto habría violado los derechos de autor de estas últimas, con respecto a esta acusación, desde el comienzo del proyecto, Google con base en la cláusula del "Fair Use", contemplada en la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos, ha defendido su posición de no estar violando dichos derechos de autor, pues según la compañía, la digitalización de las obras protegidas y la publicación de pequeños fragmentos, se encuentra dentro de la limitación del "Fair Use", el cual es definido en la norma estadounidense de la siguiente manera:

Habrá uso justo y justificado de una obra protegida por derechos de autor incluyendo en este uso la reproducción en copias o grabaciones, para propósitos como la crítica, noticias, reportajes, con fines de enseñanza, educación o investigación, caso en el cual dicho uso no constituye una infracción de los derechos de autor.

La legislación, pero en particular los desarrollos jurisprudenciales de las cortes norteamericanas han establecido como pautas para determinar cuando el uso de una obra en particular puede considerarse un uso justo, considera los siguientes eventos y factores:

- (1) El propósito del uso de la obra no sea con fines comerciales sino educativos.
 - (2) La naturaleza de la obra protegida.
- (3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la totalidad de la obra
- (4) El efecto que tiene el uso de la obra en el mercado potencial o las ganancias económicas de la obra protegida.

Teniendo en cuenta la norma y eventos antes mencionada, Google ha soportada su defensa y ha justificado la digitalización de las obras protegidas aludiendo que en este caso concreto la totalidad de la obras no está puesta a disposición del público (solo unos fragmentos); las obras no son usadas con fines comerciales directos; y que el uso hecho por Google no afecta la comercialización o ganancias económicas de los titulares de los derechos.

Enmiendas y nuevo panorama del Acuerdo mediante el cual Google compensará a los titulares de derechos de autor afectados por los proyectos de su biblioteca digital y virtual

Ya hemos presentado algunos comentarios y reflexiones alrededor del texto inicial del Acuerdo que Google proponía a los autores y titulares de derechos; y que debería ser aprobado por el Juez Denny Chin en la Corte Federal de los Estados Unidos correspondiente al Distrito sur de New York, buscando compensar a los autores y titulares de derechos afectados por los proyectos de Biblioteca Digital y virtual.

Como lo hemos advertido en algunos apartes anteriores, el acuerdo debía ser aprobado el 07 de octubre de 2009; cosa que no sucedió, debido a múltiples reparos, críticas y sugerencias provenientes de varios sectores y por varios puntos, entre los que vale la pena recordar el relativo a las denominadas *Orphan Works*—Obras huérfanas—, es decir aquellas obras protegidas por derechos de autor, cuyos autores o titulares son desconocidos y no han podido ser identificados o ubicados; así como las que se formulan desde el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, por una posible violación de las normas *antitrust* (Ley Sherman) generando prácticas anticompetitivas derivadas del acuerdo propuesto por Google, puesto que competidores directos tales como Amazon, Microsoft, Yahoo, Barnes and Nobles y otros más podrían quedar en una posición de desequilibrio en el mercado actual y potencial de los

libros y contenidos digitales. Como si lo anterior fuera poco, el acuerdo buscaba legalizar una situación irregular que se originó precisamente porque Google utilizó las obras primero, y entró a preguntar después; vale decir utilizo los contenidos sin haber obtenido la autorización previa y expresa de los autores o titulares

Debido a lo anterior, el Juez Chin no estimó conveniente dar su aprobación al acuerdo tal cual como estaba planteado; y Google con sus asesores legales se vieron obligados a presentar una enmienda o agregado al acuerdo el 13 de noviembre de 2009 buscando rehacer el mismo y planteando una serie de alternativas a las críticas ya mencionadas; y a las que en su momento se presentaron desde Alemania, Francia y China. Dentro de las enmiendas realizadas al acuerdo inicial, y que entraremos a mencionar a continuación, se estableció que el tribunal presidido por el Juez Denny Chin llevaría a cabo una audiencia en equidad el día 18 de febrero de 2010, la cual se realizo en efecto, pero, sin llegar a una decisión de fondo, dejando pendiente en su lugar una manifestación motivada y por escrito que hará sobre el particular el Juez Chin; y que a la fecha de publicación de este artículo no se ha producido.

Son bastante significativas las enmiendas y ajustes realizados al acuerdo propuesto por Google; las cuales, como lo hemos mencionado, en su mayoría obedecen a las posibles infracciones a las normas antimonopolio; la situación frente a las denominadas obras huérfanas; y a la presión ejercida desde Europa, principalmente desde Alemania y Francia.

Las principales novedades y puntos a tener en cuenta en la versión ajustada o adicionada del acuerdo, el cual ahora es conocido y denominaremos "enmiendas" (*Amended Google Book Settlement*) son varias y muy significativas, y las entraremos a esbozar a continuación:

X. Obras y autores sujetos al Acuerdo enmendado

El acuerdo en su versión inicial afectaba e involucraba como parte del mismo con miras a obtener un cobro efectivo de regalías, las obras o encartes de los autores, editores y titulares de derechos de autor de cualquier parte del mundo, incluido Colombia, que hubieran sido publicados el o hasta el 05 de enero de 2009, cuyos derechos hubieran sido afectados por los proyectos de las bibliotecas virtuales y digitales de Google. En la versión enmendada, el espectro de cobertura se ha limitado y restringido, y sin duda esta es la modificación más sustancial; a las obras que hayan sido publicadas en los Estados Unidos de Norteamérica y registradas ante la *Copyright Office* antes del 05 de enero de 2009. Las obras, libros y encartes publicados después del 5 de enero de 2009 no están incluidos en el Acuerdo Enmendado. Vale recordar que en el acuerdo inicial tampoco lo estaban. De igual forma el acuerdo enmendado cubre e involucra las obras

publicadas en otros Países anglosajones, tales como el Reino Unido, Canadá y Australia. En este orden de ideas, la definición de lo que se entiende como obra y libro también ha sido restringida a lo establecido por estas legislaciones de tradición consuetudinaria o del *Common Law*; y por lo tanto las clases de miembros tal cual como estaban definidas y establecidas en el acuerdo original han sufrido alteraciones o reubicaciones en el texto del acuerdo enmendado.

Por lo tanto, si la obra no ha sido registrada en la Oficina de Derechos de Autor de Estados Unidos antes del 5 de enero de 2009, o no ha sido publicada en el Reino Unido, Canadá, o Australia antes de la fecha mencionada, no entrará a hacer parte del Acuerdo Enmendado. Por lo tanto y como se observa, muchas de las obras y titulares que bajo la versión inicial del acuerdo tenían protección, ahora quedan por fuera del mismo. Sin embargo y no obstante lo anterior, aplicando criterios como el del trato nacional y la publicación simultánea, podría darse el caso de obras que entrarían a ser consideradas parte del acuerdo enmendado si por ejemplo los ejemplares o textos impresos de la misma contiene información inequívoca que indiquen que fue publicada en Reino Unido, Canadá o Australia; o que aparezca mencionada de manera expresa que la compañía editora tiene su domicilio en uno cualquiera de los tres países mencionados. De igual forma creemos que si un autor o editor que esté por fuera de los territorios mencionados, hace uso de la figura de la publicación simultánea establecida en el Convenio de Berna, podrá dar alcance a la protección que estamos mencionando dentro del acuerdo enmendado. Todo lo anterior insistimos en virtud del principio del trato nacional, del fuero territorial, y del concepto de publicación simultánea; independientemente del país donde resida e independientemente de si su obra ha sido publicada fuera de USA, el Reino Unido. Canadá o Australia.

Por lo tanto, y con base en lo anterior, es claro que los autores, editores y titulares de derechos que no puedan entrar a ser considerados parte del acuerdo enmendado; no podrán hacerse parte del mismo y beneficiarse de sus consecuencias. Por lo tanto los autores, editores y titulares colombianos o de cualquier otra parte del mundo (como por ejemplo Colombia, Alemania y Francia, China, etc.); deberán entrar a demandar directamente a Google; o en su defecto, y si así lo estiman pertinente y adecuado entrar a realizar acuerdos particulares directos y negociaciones por separado con Google⁷.

XI. Plazos y nuevas fechas límites establecidas en la enmienda

El acuerdo adicionado y enmendado fue presentado el 13 de noviembre de 2009, y el 19 de noviembre de 2009 el tribunal entró a darle su visto bueno y a otorgarle la aprobación preliminar a la versión modificada del Acuerdo. El plazo para excluirse del mismo, volver a formar parte u objetar el Acuerdo Enmendado

7 Ver sobre el particular: http://books.google.com/books-partner-options

era el 28 de enero de 2010. Sin embargo quienes hubieran manifestado su intensión de excluirse del Acuerdo inicial, y desean permanecer excluido de la enmienda, no deben volver a manifestarse, pues bastaría la manifestación ya hecha dentro del imperio del acuerdo inicial.

Los plazos para hacerse parte en las reclamaciones de libros y encartes (Textos, tablas, cuadros, graficas contenidas en una obra), y recibir compensación o pagos en efectivo se ha extendido del 5 de enero de 2010 al 31 de marzo de 2011; el plazo para que los contenidos sean eliminados de las bases o registros de Google ha pasado del 05 de abril de 2011 al 9 de marzo de 2012; pero se mantiene la fecha del 5 de abril de 2011 para la eliminación de las copias digitales de las bibliotecas, es decir que se podrá hasta esa fecha, solicitar a Google que no digitalice sus obras; o en caso de que hayan sido digitalizados que sean retirados de la base de datos de los proyectos de Google.

XII. Derechos y facultades que adquiere Google según el Acuerdo enmendado

De conformidad con la nueva redacción y ajustes hechos mediante el texto de acuerdo enmendado; y si por supuesto el mismo llega a ser aprobado de manera definitiva por parte del Juez Denny Chin; los autores, editores y titulares de derechos sobra las obras y contenidos parte del acuerdo, estarían entregando y autorizando a Google, para que realice, previo el reconocimiento y pago de los porcentajes y sumas acordadas, las siguientes prerrogativas:

- Continuar digitalizando libros y encartes;
- Vender suscripciones a una base de datos electrónica de libros para instituciones:
- Vender acceso en línea a libros individuales;
- Vender anuncios publicitarios en las páginas de Libros;
- Exhibir porciones de un libro en un formato de "pre visualización" para fomentar ventas de acceso en línea a libros;
- Exhibir Fragmentos de libros; y
- Exhibir información bibliográfica de libros.

a) Los derechos y facultades adquiridos por Google no son exclusivos

Un punto sin duda interesante, y que por supuesto surge de las observaciones y reparos presentados tanto por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, como de los competidores de Google, es el relativo a la **NO EXCLUSIVIDAD** de los derechos y prerrogativas adquiridos por Google con el acuerdo enmendado. Por lo tanto, la suscripción del acuerdo, o mejor el hacerse parte del acuerdo enmendado con Google no le impide al autor, titular o editor suscribir a futuro acuerdos de similar naturaleza con cualquier tercero,

incluidos competidores directos de Google (Amazon, Microsoft, Yahoo, B&N., etc.), para disponer de sus obras de cualquier forma, incluidas formas de explotación idénticas a los usos autorizados de Google y las Bibliotecas Participantes. Otro punto que merece especial mención, es el relativo a que el acuerdo enmendado de Google no constituye una cesión o transferencia de los derechos patrimoniales de autor de las obras involucradas.

Otras prerrogativas que conservan los autores, titulares y editores de las obras incluidas en el acuerdo enmendado

Un punto que encontramos bastante interesante y novedoso, y que no encontrábamos mencionado de manera directa en el texto del acuerdo original e inicial, es el relativo a la facultad que se reservan los autores, titulares y editores que hagan parte del acuerdo enmendado, es el de entrar a establecer el precio que estimen conveniente por sus trabajos, es decir que podrán incluso autorizar su distribución y uso sin costo alguno. Por lo tanto modelos de licencias de uso como *Creative Commons*, *Copyleft*, *Color Iuris*, etc., podrán ser adoptados y adaptados. Para ello se ha establecido un procedimiento el cual incluye el diligenciamiento de los formularios respectivos ante el Registro de Derechos de Libros –*The Book Rights Registry*—. Google incluirá información en su sitio web para que los usuarios finales conozcan los términos de licenciamiento que el autor, titular o editor hayan escogido. Los autores, titulares y editores también están en libertad de autorizar directamente a Google a distribuir sus obras a través del esquema de licencias *Creative Commons*. Esta opción se habilitará pronto por parte de Google.

c) Obras huérfanas y derechos no reclamados

Buscando zanjar y superar un de las más arduas críticas que se le hicieron a la versión inicial del acuerdo; el texto enmendado entra a crear un fondo mixto común, el cual será gestionado por un administrador Fiduciario designado por el por el Registro de Derechos de Libros –*The Book Rights Registry*–(TBRR), y que tendrá la misión y función de administrar los derechos e intereses de los titulares de derechos sobre los libros o encartes no reclamados, también denominadas como obras huérfanas –*Orphan Works*–. Los fondos recaudados por el TBRR, deberán ser utilizados para tratar de ubicar a los autores, titulares de derechos y editores, y los mismos serán reservados y guardados para que una vez ubicados o encontrados les sean distribuidos. Estos fondos serán conservados por unos términos de cinco y diez años. Al cabo de los primeros cinco años, los fondos podrán ser usados en una proporción de hasta el 25% para ubicar a los autores, titulares y editores. Los restantes fondos no reclamados, se conservaran hasta por diez años, para efectos de que el registro, previo visto bueno y aprobación del administrador fiduciario, podrá pedir autorización a la

Corte – Juez para efectos de entrar a disponer de dichos dineros con entidades de beneficencia dedicadas a la alfabetización en los Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Canadá y Australia (Los Países beneficiarios del acuerdo enmendado); previa notificación a los titulares, los ministerios de justicia de los Países mencionados y a las bibliotecas que hacen parte del acuerdo.

d) Exoneraciones y beneficios que obtiene Google con la suscripción y aceptación del Acuerdo enmendado

Finalmente, es pertinente mencionar y recordarle a los autores, editores y titulares de derechos, que al hacer parte del acuerdo enmendado propuesto por Google o mantenerse en el, se está entrando a asumir algunas prerrogativas y también renunciando y abandonando la posibilidad de entrar luego a demandar a Google y al sistema de Biblioteca Participante por cualquier reclamo relacionado con los puntos e ítems incluidos y que hagan parte del Acuerdo Enmendado. La enumeración completa de los derechos y prerrogativas a los que se renuncia de manera directa al aceptar el acuerdo pueden ser consultadas en el artículo X del Convenio del Acuerdo Enmendado. En resumen las exoneraciones que obtiene Google son las siguientes:

- Reclamos en contra de Google por haber digitalizado sus libros y encartes
- Reclamos en contra de Google por usar sus libros y encartes en productos y servicios de Google
- Reclamos en contra de bibliotecas por haber provisto libros y encartes para su digitalización
- Reclamos en contra de Google por haber suministrado a las bibliotecas copias digitales de libros y encartes
- Reclamos en contra de Google y las bibliotecas que surjan después de la "Fecha de Entrada en Vigor" del Acuerdo Enmendado si sus actos están autorizados por el Acuerdo Enmendado, y en la medida en que estos estén autorizados por el Acuerdo Enmendado.

XIII. Google Editions. El nuevo proyecto

Sin entrar a esperar la decisión definitiva que tome el Juez Denny Chin dentro de la controversia iniciada en 2005 por sus proyectos de Biblioteca Virtual y digital, la cual ha sido objeto de este trabajo, Google anuncia para mediados del 2010 la aparición de un nuevo proyecto de e-book denominado GOOGLE EDITIONS.

El modelo tal cual como lo ha explicado Google, se sustenta en una especie de formato *streaming*, donde los más de 5000.0000 títulos disponibles podrán ser accesados en la red sin necesidad de descargarlos en estricto sentido; en otras palabras el negocio de los libros planteado por Google lo hace desde la

nube (*cloud computing*) y sólo se accederá a directamente desde el navegadores, sin que exista descargar o reproducción en una memoria o disco duro. Bajo este entendido, Google ofrece con este novedoso sistema de distribución de los libros, una alternativa sin restricciones para realizar copias, pues los contenidos estarán disponibles sin ningún tipo de medida tecnológica de protección, como el denominado *Digital Right Management* (DRM), ni sistemas de gestión o administración de derechos de autor.

Asimismo se ha planteado que su mercado potencial está dirigido a dispositivos móviles y teléfonos. Con este esquema se busca disputarle un segmento del mercado a compañías ya consolidadas como Amazon, Apple y B&N. La gran diferencia con los servicios de Amazon y demás competidores, será que los textos serán multiformato y se podrán disfrutar en cualquier dispositivo. Recordemos que el modelo planteado por Amazon está diseñado exclusivamente para su lector el Kindle.

Otra diferencia de *Google Editions* con los proyectos *Google Print y Google Book*, es que en esta oportunidad la compañía californiana buscará generar ganancias de manera directa por la venta de los contenidos, e incluso ofrecerá extender su cobertura y servicios a las tiendas virtuales pequeñas para que puedan comerciar en este formato sus textos.

Demandas de los artistas gráficos, ilustradores y fotógrafos titulares de derechos sobre las obras visuales (Visual Works)

A las acciones que ya hemos descrito y explicado que dan origen al acuerdo inicial y al acuerdo enmendado (*Google Book Settlement y Amended Google Book Settlement*); se le deben agregar, las presentadas en marzo de 2010 por parte de los artistas gráficos, ilustradores y fotógrafos, quienes también aseguran que Google está realizando conductas que entran a infringir sus derechos de propiedad intelectual, al realizar el proceso de reproducción de sus trabajos sin solicitar autorización y sin que ello se traduzca en una compensación o pago de regalías por tales usos. Es decir que las pretensiones de esta nueva acción buscan que se declare que Google viola los derechos de autor al reproducir sin autorización previa y expresa las obras gráficas contenidas tanto en libros, encartes y publicaciones periódicas o seriadas (revistas, periódicos, etc.). Es preciso anotar que muchos de estos artistas y titulares de estos derechos habían quedado marginados del acuerdo inicial, y no se les había permitido reivindicar allí sus derechos.

La American Society of Media Photographers, Inc. (ASMP), la Graphic Artist Guild, la Picture Archive Council of America Inc., la North American Nature Photography Assocoation, el Professional Photographers of America, Leif Skoogfors, Al Satterwhite, Morton Beebe, Ed Kashi, John Schemelzer, Simms Taback y otras organizaciones y personas naturales a las que no se les permitió unirse al acuerdo inicial y al enmendado, sobre la

digitalización de libros, han entonces iniciado una acción civil de grupo (Class Action) independiente ante la corte federal de Manhattan Distrito Sur de Nueva York, es decir ante la misma corte y ante el mismo Juez que conoce el proceso y el acuerdo sobre los derechos de autores y titulares de obras literarias.

La American Society of Media Photographer Inc., (ASMP), quien lidera esta acción de grupo, es una asociación constituida en 1944, y se ha constituido como la asociación comercial más importante para los fotógrafos más respetados del mundo. ASMP es el líder en la promoción de los derechos de los fotógrafos, impartiendo educación en mejores prácticas empresariales, en la producción de publicaciones de negocios para los fotógrafos, y se encarga además de poner en contacto a los fotógrafos profesionales con los eventuales compradores de sus trabajos. ASMP cuenta con 39 capítulos en todo el país y sus 7,000 miembros incluyen a muchos de los fotógrafos más importantes del mundo⁸.

Resumen de la acción de grupo presentada

En síntesis, la acción civil de clase o grupo, en contra de Google presentada por la distintas asociaciones que hemos mencionado y que aglutina a los artistas visuales, busca que se declare que la digitalización y uso son autorización de millones de libros, encartes y publicaciones seriadas que contienen ilustraciones, imágenes protegidas con derechos de autor, fue realizada sin respetar los derechos sobre las mismas y sin contar con la autorización de los titulares de tales prerrogativas, violando de manera masiva tanto los derechos de reproducción y el de comunicación pública – puesta a disposición . Se configura entonces una nueva acción independiente en contra de Google para buscar reivindicar los derechos de los de los fotógrafos, ilustradores y en general de todo tipo de artistas visuales.

En palabras del señor Mopsik Eugene, Director Ejecutivo ASMP: "A través de la presente acción legal se busca cumplir con las misiones de nuestras organizaciones y defender los derechos de los fotógrafos y otros artistas visuales que han sido excluidos del proceso adelantado hasta ahora en contra de Google. Estamos totalmente convencidos de que nuestros miembros y los de otras organizaciones, cuyos medios de vida se relacionan significativa y negativamente afectados, merecen tener una representación en esta edición histórica".

De igual forma, el Señor Víctor Perlman Consejero general de ASMP afirmo: "Estamos buscando la justicia y una indemnización justa para los artistas visuales cuyo trabajo aparece en los doce millones de libros y otras publicaciones que Google ha escaneado ilegalmente hasta la fecha. Al hacerlo, estamos dando voz a miles de creadores de obras de arte visuales desposeídos cuyos derechos esperamos para hacer cumplir a través de esta acción de grupo".

8 Más información está disponible en: http://asmp.org.

XIV. Conclusiones

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que es evidente que el modelo de negocios y comercialización de libros y de contenidos, ha venido sufriendo desde el año 2004 un cambio drástico que en líneas generales es similar a la ruptura de paradigma a la que se vio sometida la industria de la música desde 1999 cuando aparecieron los sistemas P2P. La industria de la música pese a haber sido advertida sobre los cambios que se avecinaban en la forma de comercialización, distribución y venta de sus productos, no estaba preparada y se confió en que su viejo esquema imperaría hasta que ellos lo estimaran conveniente.

Por su parte, la industria editorial, los autores y titulares de derechos sobre obras literarias y contenidos distribuidos bajo este esquema, han sido menos pacatos y más proclives a este nuevo escenario que plantea el formato denominado e-book y ha entendido desde el principio las bondades de este esquema, que sin duda deberá convivir por mucho tiempo por el modelo tradicional del libro impreso; el cual creemos subsistirá pese al advenimiento de los contenidos digitales, debido en gran parte a que el modelo de libros virtuales no acabara con el libro impreso; sino que por el contrario lo complementará y llevara a lugares inimaginados bajo lo que se inicio el Siglo XV con el surgimiento de la Imprenta de tipos móviles de Guttemberg. La Biblioteca de Alejandría será por fin una realidad donde todos tendremos acceso al conocimiento y a las ciencias a través de medios electrónicos y el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's); pero respetando y guardando un justo equilibrio entre los derechos de los autores y el derecho al acceso a la cultura como bien lo dispone el Art. 27 de la declaración Universal de derechos Humanos:

"Artículo 27.

- 1. 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. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

LEGISLACIÓN

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.296, Caracas, viernes 30 de octubre de 2009

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA ECONOMÍA Y FINANZAS SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA

SNAT/2009/0103

Caracas, 30 de octubre de 2009 199° y 150°

PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA

El Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en uso de las facultades previstas en los numerales 1, 8 y 33 del articulo 4 de la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.320 de fecha 08 de noviembre de 2001, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 125 y literal e del numeral 1 y el numeral 8 del artículo 145 del Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001 y en el artículo 12 de la Resolución del Ministerio de Finanzas Nº 904 del 14 de marzo de 2002, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.409 del 21 de marzo de 2002.

Dicta la siguiente:

PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA QUE ESTABLECE EL DEBER DE PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS DECLARACIONES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Artículo 1º-Presentación de la declaración.

Las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, deberán presentar electrónicamente sus declaraciones de impuesto sobre la renta, correspondientes a los períodos que se inicien el 01/01/2009, así como las declaraciones que las sustituyan, siguiendo las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal.

Igualmente, las personas naturales cuya determinación del impuesto sobre la renta no arroje impuesto a pagar (pago cero), deberán presentar la declaración definitiva de impuesto sobre la renta, así como las declaraciones que las

sustituyan, siguiendo las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal.

Las personas naturales cuya determinación del impuesto sobre la renta arroje impuesto a pagar, podrán optar por presentar su declaración definitiva de impuesto sobre la renta, así como las declaraciones que la sustituyan, electrónicamente siguiendo las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal, o a través de formularios y formas impresas establecidos por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Artículo 2º—Plazos para la Presentación de la Declaración.

Las declaraciones relativas al impuesto sobre la renta de los sujetos a los que se hace referencia en el artículo anterior, deberán ser presentadas en las fechas establecidas en la normativa legal vigente.

Artículo 3º-Forma de realizar el Pago.

Efectuada la declaración electrónicamente, en los casos en que la misma arroje impuesto a pagar, el contribuyente podrá optar entre efectuarlo electrónicamente o imprimir la planilla generada por el sistema, la cual será utilizada a los efectos del pago de las cantidades autodeterminadas, en las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales. El pago se realizará bajo las condiciones establecidas en la normativa vigente.

Efectuada la declaración a través de formularios o formas impresas, en los casos que la misma arroje impuesto a pagar, la persona natural deberá realizar el pago en la Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales.

Artículo 4º-Sujetos Pasivos Especiales.

Los sujetos calificados como especiales por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), continuarán rigiéndose por las disposiciones establecidas en la Providencia Administrativa SNAT/2009/0034 de fecha 05/05/2009, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.171 de la misma fecha.

Artículo 5º-Funcionarios Públicos.

Los funcionarios públicos y los trabajadores al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estadales y municipales, continuarán rigiéndose por las disposiciones establecidas en la Providencia Administrativa Nº 0949 del 31/10/2005, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.319 del 22/11/2005.

Artículo 6º—Obligación de las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales.

Las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales se abstendrán de recibir los formularios de los sujetos obligados a presentar la declaración en medios electrónicos, conforme a lo dispuesto en esta Providencia Administrativa.

Artículo 7º-Definición de Portal Fiscal.

A los efectos de esta Providencia Administrativa se entiende por Portal Fiscal la página Web http://www.seniat.gob.ve o cualquiera otra que sea creada por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) para sustituirla.

Artículo 8º—Incumplimiento.

El incumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Providencia Administrativa, será sancionado de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

Artículo 9º-Vigencia.

Esta Providencia Administrativa entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado en Caracas a los días 30 del mes de octubre de 2009. Años 199° de la Independencia, 150° de la Federación y 11° de la Revolución.

Comuníquese y publiquese

José David Cabello Rondón
Superintendente del Servicio Nacional Integrado
de Administración Aduanera y Tributaria
Decreto N° 5851 del 01-02-2008
Gaceta Oficial N° 38.863 del 01-02-2008

Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 39.296 Caracas, viernes 30 de octubre de 2009

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA ECONOMÍA Y FINANZAS SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA

SNAT/2009/0104

Caracas, 30 de octubre de 2009 199° y 150°

PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA

El Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en uso de las facultades previstas en los numerales 1, 8 y 33 del artículo 4 de la Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.320 de fecha 08 de noviembre de 2001, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 125 y literal e del numeral 1 y numeral 8 del articulo 145 del Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, en el aparte único del artículo 47 del Decreto Nº 5.212 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto Nº 5.189, con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Ѻ 38.632 de fecha 26 de febrero de 2007 y en el artículo 60 del Decreto Nº 206 del 09/07/1999 mediante el cual se dicta el Reglamento General del Decreto con Fuerza y Rango de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.363 Extraordinario, de fecha 12 de julio de 1999.

Dicta la siguiente:

PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA QUE ESTABLECE EL DEBER DE PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS DECLARACIONES DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Artículo 1º-Presentación de la Declaración.

Las personas naturales, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, deberán presentar electrónicamente sus declaraciones del impuesto al valor agregado, correspondientes a los períodos que se inicien a partir del 30/

11/2009, así como las declaraciones que las sustituyan, siguiendo las especificaciones técnicas establecidas en el Portal Fiscal.

Las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales se abstendrán de recibir el formulario "IVA30", en virtud de lo dispuesto en esta Providencia Administrativa.

Artículo 2º—Plazos para presentación de la Declaración.

Las declaraciones relativas al impuesto al valor agregado de los sujetos a los que se hace referencia en el artículo anterior, deberán ser presentadas dentro de los quince (15) días continuos del mes siguiente al período de imposición.

Artículo 3º-Forma de realizar el Pago.

Efectuada la declaración, en los casos en que la misma arroje impuesto a pagar, el contribuyente podrá optar entre efectuarlo electrónicamente o imprimir la planilla generada por el sistema, la cual será utilizada a los efectos del pago de las cantidades autodeterminadas, en las Oficinas Receptoras de Fondos Nacionales. El pago se realizará bajo las condiciones establecidas en la normativa vigente.

Artículo 4º—Sujetos Pasivos Especiales.

Los sujetos calificados como especiales por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), continuarán rigiéndose por las disposiciones establecidas en la Providencia Administrativa 0082 de fecha 09/02/2006, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.423 del 25/04/2006.

Artículo 5º-Definición de Portal Fiscal.

A los efectos de esta Providencia Administrativa se entiende por Portal Fiscal la página Web http://www.seniat.gob.ve o cualquiera otra que sea creada por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) para sustituirla.

Artículo 6º-Incumplimiento.

El incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Providencia Administrativa, será sancionado de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

Artículo 7º-Vigencia.

Esta Providencia Administrativa entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado en Caracas a los días 30 del mes de octubre de 2009. Años 199º de la independencia, 150º de la Federación y 11º de la Revolución.

Comuníquese y publiquese

José David Cabello Rondón
Superintendente del Servicio Nacional Integrado de
Administración Aduanera y Tributaria
Decreto N° 5851 del 01-02-2008
Gaceta Oficial N° 38.863 del 01-02-2008

LEY 16/2009 DE SERVICIOS PAGO 13 NOVIEMBRE DE 2009

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

PREÁMBULO I

La creación del euro en 1999 y su puesta en circulación en 2002 como moneda única, al menos en la zona de los países que adoptaron la nueva divisa, debió originar, al mismo tiempo, la regulación uniforme de los instrumentos de pago que hacen posible la utilización de dicha moneda.

Aunque se aprobaron determinadas normas comunitarias con objetivos armonizadores sobre algunos aspectos de los sistemas de pago, no fue hasta 2005 cuando la Comisión de la Unión Europea presentó la propuesta de Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior, la cual fue aprobada como Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. El objeto de la presente Ley es incorporarla al Ordenamiento jurídico español.

El objetivo general de la Directiva es garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea -en concreto, las transferencias, los adeudos directos y las operaciones de pago directo efectuadas mediante tarjeta- puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. Junto a ello contribuye al reforzamiento y protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago y facilita la aplicación operativa de los instrumentos de la zona única de pagos en euros, lo que se ha denominado SEPA (Single Euro Payments Area), que se ha de desarrollar por la industria privada con el impulso del Banco Central Europeo y de los Bancos Centrales nacionales.

La SEPA ha de significar, cuando esté concluida, previsiblemente en 2010, que los servicios de pago, contemplados en la Directiva, se presten en la Unión Europea como en un territorio sin fronteras y donde las posibles diferencias de costes no tengan otra causa que la eficiencia de los prestadores de los servicios.

II

Los objetivos específicos de la Directiva y, por consiguiente, de la presente Ley son los que se exponen seguidamente.

En primer lugar, se persigue estimular la competencia entre los mercados nacionales y asegurar igualdad de oportunidades para competir. En esta línea, se permite la creación de nuevas entidades de pago que, sin perjuicio de que cumplan importantes exigencias y garantías para su funcionamiento, puedan representar una ampliación de los proveedores de servicios de pago.

En segundo lugar, se pretende aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios como de los usuarios. Para conseguir este objetivo es preciso establecer normas comunes, como mejor sistema para ofrecer seguridad jurídica, tanto en el ámbito nacional como en el transfronterizo, toda vez que son uniformes las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

En tercer lugar, se establece un sistema común de derechos y obligaciones para proveedores y para usuarios en relación con la prestación y utilización de los servicios de pago. Sin tal ordenación, sería imposible la integración del mercado único de pagos.

Todo ello contribuirá a una mayor eficiencia, un nivel más elevado de automatización y un procedimiento común sujeto a legislación comunitaria.

Ш

La presente Ley, siguiendo el mismo esquema que la Directiva, se estructura en cinco Títulos.

El *Título I* contiene las disposiciones generales que regulan los aspectos principales del texto legal. Se delimita el ámbito de aplicación por lo que concierne a los servicios de pago que se enumeran de una manera exhaustiva y en cuanto al territorio en el que se prestan, que es el territorio español, cualquiera que sea el origen o el destino final de las operaciones. Por tanto, se establece un sólo sistema para los proveedores que estén sujetos a la Ley española, sin restringir las operaciones a las que tuvieran lugar únicamente en territorio de la Unión Europea.

Es de destacar que la Ley establece la reserva de actividad para prestar los servicios de pago en favor de los proveedores que también de modo exhaustivo se enumeran como posibles prestadores. Se trata de las entidades de crédito y de las nuevas entidades de pago, cuyo régimen jurídico se establece en el *Título II*. Es muy importante señalar que esas nuevas entidades de pago quedan sometidas a una regulación similar a la bancaria y bajo la supervisión del Banco de España. También se establece lo que las distingue sustancialmente de las entidades de crédito, que es la prohibición de captar depósitos de clientes.

Se espera que las nuevas entidades de pago ayuden a aumentar la competencia entre los proveedores de servicios, con la previsible reducción de su coste.

En el *Título III* se establece, con carácter general para todos los servicios de pago, el sistema de transparencia en cuanto a las condiciones y los requisitos de información aplicables a dichos servicios. Ello se hace con un criterio flexible, con mayores o menores exigencias según las características del usuario, protegiendo con mayor rigor a los consumidores ordinarios, pero dando siempre un margen notable a la libertad contractual. En todo caso, el proveedor del servicio deberá facilitar al usuario toda la información y condiciones relativas a la prestación que ambos concierten.

En el *Título IV* se establecen los derechos y las obligaciones de los proveedores y de los usuarios en relación con servicios de pago. Al igual que en el Título anterior, se permiten distintos niveles de exigencia, siempre previendo que la mayor protección se ofrezca al consumidor ordinario.

En cuanto al pago de los servicios, se introduce como regla general que el ordenante y el beneficiario de la operación han de asumir cada uno el coste que le corresponda. Ello no impedirá que organismos públicos, como la Seguridad Social, puedan establecer convenios con las entidades financieras para que dichas entidades no cobren gasto alguno en determinadas operaciones de pago.

En general, todo el sistema se fundamenta en el equilibrio contractual entre proveedor y usuario, pero estableciendo en cuestiones principales el criterio de que se trata de un estatuto legal irrenunciable, como sucede en cuanto a las consecuencias jurídicas de actuaciones no justificadas o defectuosas.

Merece destacarse la regulación plenamente armonizada que se introduce sobre la fecha de valor de los abonos y adeudos en la cuenta del cliente derivados de las operaciones de pago, con arreglo al criterio de eficiencia y rapidez.

En una materia tan compleja, la presente Ley lleva a cabo la incorporación al Ordenamiento jurídico español de aquellas disposiciones de la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior que requieren rango legal. En una fase posterior, la transposición de la misma deberá completarse con el oportuno desarrollo reglamentario, de conformidad con los elementos determinantes que la Ley establece, que han de observarse al redactar las normas reglamentarias.

Finalmente, conviene destacar que con las normas transitorias se pretende facilitar la aplicación de la nueva Ley, agilizando trámites, con la reducción de gastos que ello conlleva.

TÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

- 1. El objeto de esta Ley es la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios como de los proveedores de los mismos.
 - 2. Los servicios de pago que regula esta Ley son:
 - a. Los servicios que permiten el ingreso de efectivo en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.
 - b. Los servicios que permiten la retirada de efectivo de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.
 - c. La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago:
 - 1. Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,
 - 2. Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,
 - 3. Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.
 - d. La ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una línea de crédito abierta para un usuario de servicios de pago:
 - 1. Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes,
 - 2. Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar,
 - 3. Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes.
 - e. La emisión y adquisición de instrumentos de pago.
 - f. El envío de dinero.
 - g. La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de

telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.

Se faculta al Gobierno para introducir modificaciones en este apartado 2 cuando así lo hicieran los órganos competentes de la Unión Europea en el Anexo de la Directiva 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior.

- 3. Los *Títulos III* y *IV* se aplicarán, en los términos allí previstos, a los contratos que regulan los servicios de pago prestados por los proveedores de tales servicios residentes en España, incluidas las sucursales en España de proveedores extranjeros. Asimismo se aplicarán los mencionados Títulos a las operaciones de pago que se efectúen en territorio español. No obstante, cuando el servicio de pago se preste al amparo de contratos marco celebrados por entidades de pago que tengan su domicilio en otros Estados miembros de la Unión Europea mediante el ejercicio en España de la libertad de prestación de servicios, sin establecimiento, prevista en el *artículo 11*, se aplicará la legislación del Estado de origen de la entidad de pago que preste el servicio. En estos casos, cuando se trate de operaciones con consumidores, se aplicará la legislación española siempre que fuera más favorable.
- 4. Esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto en la *Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo*, en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza.

Artículo 2. Definiciones

A efectos de esta Ley, se entenderá por:

- 1. Estado miembro de origen: uno de los siguientes:
 - a. El Estado miembro en el que el proveedor de servicio de pago tenga fijado su domicilio social; o,
 - b. Si el proveedor de servicio de pago no posee domicilio social con arreglo a la legislación nacional, el Estado miembro en el que tenga fijada su administración central;
- 2. Estado miembro de acogida: el Estado miembro distinto del Estado miembro de origen en el cual el proveedor de servicio de pago tiene un agente o una sucursal o presta servicios de pago:
- 3. Servicio de pago: cualquiera de las actividades comerciales contempladas en el artículo 1.2 de la presente Ley;
- 4. Entidad de pago: una persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, para prestar y ejecutar servicios de pago;

- 5. Operación de pago: una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, consistente en situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos;
- 6. Sistema de pago: un sistema de transferencia de fondos regulado por disposiciones formales y normalizadas, y dotado de normas comunes para el tratamiento, liquidación o compensación de operaciones de pago;
- 7. Ordenante: una persona física o jurídica titular de una cuenta de pago que autoriza una orden de pago a partir de dicha cuenta o, en el caso de que no exista una cuenta de pago, la persona física o jurídica que dicta una orden de pago;
- 8. Beneficiario: una persona física o jurídica que sea el destinatario previsto de los fondos que hayan sido objeto de una operación de pago:
- 9. Proveedor de servicios de pago: los organismos públicos, entidades y empresas autorizadas para prestar servicios de pago en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, se acojan o no a las excepciones previstas en el artículo 26 de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, así como los de terceros países, que se dediquen profesionalmente a la prestación de servicios de pago;
- 10. Usuario de servicios de pago: una persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos;
- 11. Consumidor: una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Ley, actúa con fínes ajenos a su actividad económica, comercial o profesional; 12. Contrato marco: un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas, y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones;
- 13. Servicio de envío de dinero: un servicio de pago que permite bien recibir fondos de un ordenante sin que se cree ninguna cuenta de pago a nombre del ordenante o del beneficiario, con el único fin de transferir una cantidad equivalente a un beneficiario o a otro proveedor de servicios de pago que actúe por cuenta del beneficiario, o bien recibir

fondos por cuenta del beneficiario y ponerlos a disposición de éste;

- 14. Cuenta de pago: una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago;
- 15. Fondos: billetes y monedas, dinero escritural y dinero electrónico con arreglo al artículo 1.2 del Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico;
- 16. Orden de pago: toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago;
- 17. Fecha de valor: momento utilizado por un proveedor de servicios de pago como referencia para el cálculo del interés sobre los fondos abonados o cargados a una cuenta de pago:
- 18. Tipo de cambio de referencia: tipo de cambio empleado como base para calcular cualquier cambio de divisas, ya sea facilitado por el proveedor del servicio de pago o proceda de una fuente disponible públicamente;
- 19. Autenticación: un procedimiento que permita al proveedor de servicios de pago comprobar la utilización de un instrumento de pago específico, incluyendo sus características de seguridad personalizadas;
- 20. Tipo de interés de referencia: tipo de interés empleado como base para calcular cualquier interés que deba aplicarse y procedente de una fuente disponible públicamente que pueda ser verificada por las dos partes en un contrato de servicios de pago;
- 21. Identificador único: una combinación de letras, números o signos especificados por el proveedor de servicios de pago al usuario de dichos servicios, que este último debe proporcionar a fin de identificar de forma inequívoca al otro usuario del servicio de pago, a su cuenta de pago en una operación de pago o a ambos;
- 22. Agente: una persona física o jurídica que presta servicios de pago en nombre de un proveedor de servicios de pago;
- 23. Instrumento de pago: cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago, utilizado por éste para iniciar una orden de pago;
- 24. Medio de comunicación a distancia: cualquier medio que, sin la presencia física simultánea del proveedor y del usuario

de servicios de pago, pueda emplearse para la celebración de un contrato de servicios de pago;

- 25. Soporte duradero: cualquier instrumento que permita al usuario de servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera fácilmente accesible para su futura consulta, durante un período de tiempo adecuado para los fines de dicha información, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada;
- 26. Día hábil: día de apertura comercial, a los efectos necesarios para la ejecución de una operación de pago, de los proveedores de servicios de pago del ordenante o del beneficiario que intervienen en la ejecución de la operación de pago. En el caso de cuentas de pago contratadas telemáticamente, se seguirá el calendario correspondiente a la plaza en la que esté ubicada la sede social del proveedor de servicios de pago con el que se hubieren contratado;
- 27. Adeudo domiciliado: servicio de pago destinado a efectuar un cargo en la cuenta de pago del ordenante, en el que la operación de pago es iniciada por el beneficiario sobre la base del consentimiento dado por el ordenante al beneficiario, al proveedor de servicios de pago del beneficiario o al proveedor de servicios de pago del propio ordenante;
- 28. Sucursal: un centro de actividad, distinto de la administración central, que constituye una parte de una entidad de pago, desprovisto de personalidad jurídica, y que efectúa directamente todas o algunas de las operaciones inherentes a la actividad de la entidad de pago; todos los centros de actividad establecidos en un mismo Estado miembro por una entidad de pago con la administración central en otro Estado miembro, se considerarán una única sucursal; y,
- 29. Grupo: un grupo de empresas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Artículo 3. Excepciones a la aplicación de la Ley Esta Ley no se aplicará a las siguientes actividades:

- a. las operaciones de pago efectuadas exclusivamente en efectivo y directamente del ordenante al beneficiario, sin intervención de ningún intermediario;
- b. las operaciones de pago del ordenante al beneficiario a través de un agente comercial autorizado para negociar o concluir la compra o venta de bienes o servicios por cuenta del ordenante o del beneficiario;
- c. el transporte físico, como actividad profesional, de billetes y monedas, incluidos la recogida, tratamiento y entrega;

- d. las operaciones de pago consistentes en la recogida y entrega no profesionales de dinero en efectivo realizadas con motivo de actividades no lucrativas o benéficas;
- e. los servicios en los que el beneficiario proporciona dinero en efectivo al ordenante como parte de una operación de pago, a instancia expresa del usuario del servicio de pago inmediatamente antes de la ejecución de una operación de pago, mediante pago destinado a la compra de bienes o servicios;
- f. el negocio de cambio de billetes extranjeros, cuando los fondos no se mantengan en cuentas de pago;
- g. las operaciones de pago realizadas por medio de cualquiera de los siguientes documentos extendidos por un proveedor de servicios de pago a fin de poner fondos a disposición del beneficiario:
 - 1. Cheques en papel con arreglo al Convenio de Ginebra de 19 de marzo de 1931 que establece una Ley uniforme sobre cheques,
 - 2. Cheques en papel similares a los contemplados en el letra i y regulados por el Derecho de Estados miembros que no sean parte en el Convenio de Ginebra de 19 de marzo de 1931 que establece una Ley uniforme sobre cheques,
 - 3. Efectos en papel con arreglo al Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 que establece una Ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés,
 - 4. Efectos en papel similares a los que se refiere el inciso anterior y regulados por el Derecho de los Estados miembros que no sean partes en el Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 que establece una Ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés,
 - 5. Vales en papel,
 - 6. Cheques de viaje en papel, y,
 - 7. Giros postales en papel, según la definición de la Unión Postal Universal;
- h. las operaciones de pago realizadas por medio de un sistema de liquidación de pagos o valores o entre agentes de liquidación, entidades de contrapartida central, cámaras de compensación o bancos centrales y otros participantes en el sistema, y proveedores de servicios de pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el *artículo* 5;
- i. las operaciones de pago relacionadas con la gestión de carteras, con inclusión de dividendos, réditos u otras distribuciones, o con amortizaciones o ventas, realizadas por

personas mencionadas en la letra h del presente artículo o por empresas de servicios de inversión, entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva y sus Gestoras, Planes y Fondos de Pensiones y sus Gestoras y cualquier otra entidad autorizada a custodiar instrumentos financieros;

- j. los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, servicios de confianza y de protección de la intimidad, autenticación de datos y entidades, la tecnología de la información y el suministro de redes de comunicación, suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago;
- k. los servicios que se basen en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o para un conjunto limitado de bienes o servicios, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente;
- l. las operaciones de pago ejecutadas por medio de dispositivos de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información, cuando los bienes o servicios adquiridos se entregan y utilizan mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información, siempre y cuando el operador de servicios de telecomunicación, digitales o de tecnologías de la información no actúe únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el proveedor de los bienes y servicios;
- m. las operaciones de pago efectuadas por cuenta propia entre proveedores de servicios de pago y sus agentes o sucursales;
- n. las operaciones de pago entre las empresas de un mismo grupo, siempre que se realicen sin la intervención de intermediarios, a través de un proveedor de servicios de pago que no pertenezca al propio grupo; y,
- ñ. los servicios de proveedores de retirada de dinero en cajeros automáticos que actúen en nombre de uno o varios expedidores de tarjetas, que no sean parte del contrato marco con el consumidor que retire dinero de una cuenta de pago, siempre y cuando dichos proveedores no realicen otros servicios de pago, contemplados en el *artículo 1.2*.

Artículo 4. Reserva de actividad

- 1. Sin perjuicio de las disposiciones establecidas para la prestación de servicios transfronterizos en el *artículo 11 de la presente Ley* por otros proveedores de servicios de pago de la Unión Europea, podrán prestar, con carácter profesional, los servicios de pago relacionados en el artículo 1 de la misma las siguientes categorías de proveedores de servicios de pago:
 - a. las entidades de crédito a que se refiere el artículo 1.1.a del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.
 - b. las entidades de dinero electrónico a que se refiere el *artículo 1.1 b del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio*.
 - c. las entidades de pago.
 - d. la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., respecto de los servicios de pago para cuya prestación se encuentra facultada en virtud de su normativa específica.
- 2. A los efectos de esta Ley, también se considerarán proveedores de servicios de pago, cuando no actúen en su condición de autoridades públicas:
 - a. el Banco de España;
 - b. la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.
- 3. Se prohíbe a toda persona física o jurídica que no sea proveedor de servicios de pago o que esté explícitamente excluido del ámbito de aplicación de la presente Ley, prestar, con carácter profesional, cualquiera de los servicios de pago enumerados en el *artículo 1*.
- 4. Las personas físicas o jurídicas que infrinjan lo dispuesto en este artículo, serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan resultar exigibles.

Artículo 5. Acceso a los sistemas de pago 1. Las normas de acceso de los proveedores de servicios de pago autorizados a los sistemas de pago serán objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y no dificultarán el acceso más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos, tales como riesgos de liquidación, riesgos operativos y riesgos

de explotación, y garantizar la estabilidad operativa y financiera del sistema de pago.

En particular, los sistemas de pago no podrán imponer a los proveedores de servicios de pago, usuarios de servicios de pago u otros sistemas de pago, ninguno de los requisitos siguientes:

- a. normas que restrinjan la participación efectiva en otros sistemas de pago;
- b. normas que discriminen entre los proveedores de servicios de pago autorizados en relación con los derechos, obligaciones y facultades de los participantes; o,
- c. cualquier restricción basada en el estatuto institucional.
- 2. El apartado 1 no será aplicable a:
 - a. los sistemas de pago reconocidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores;
 - b. los sistemas de pago compuestos exclusivamente de proveedores de servicios de pago que pertenezcan a un grupo compuesto de entidades vinculadas por su capital, cuando una de ellas posea un control efectivo sobre las demás.
- 3. Las letras b y c del apartado 1, no serán aplicables a los sistemas de pago en que un único proveedor de servicios de pago, ya sea como entidad única o como grupo, se encuentre en las siguientes circunstancias:
 - a. actúe o pueda actuar como proveedor del servicio de pago del ordenante y del beneficiario y sea responsable exclusivo de la gestión del sistema, y,
 - b. autorice a otros proveedores de servicios de pago a participar en el sistema y estos últimos no estén habilitados para negociar las comisiones entre ellos mismos en relación con el sistema de pago, aunque puedan establecer su propia tarifa en relación con el ordenante y el beneficiario.
- 4. Los sistemas de pago a los que sea de aplicación el apartado 1 del presente artículo, que tengan su administración central en España o que estén gestionados por una sociedad o entidad española, estarán obligados a comunicar al Banco de España sus normas de acceso.

El Banco de España hará públicos los sistemas de pago que le hayan comunicado aquellas normas.

5. El Banco de España, en ejercicio de sus funciones de vigilancia del funcionamiento de los sistemas de pago se encargará de supervisar el cumplimiento de lo establecido en este artículo, resultando de aplicación lo establecido en el artículo 16 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España.

TÍTULO II

Régimen Jurídico de las Entidades de Pago

Artículo 6. Definición, autorización y registro 1. Tendrán la consideración de entidades de pago aquellas personas jurídicas, distintas de las contempladas en el *artículo* 4.1.a y b, a las cuales se haya otorgado autorización para prestar y ejecutar los servicios de pago relacionados en el *artículo* 1.2. La autorización podrá contemplar todos o alguno de los servicios de pago citados.

La denominación *entidad de pago*, así como su abreviatura *EP*, quedará reservada a estas entidades, las cuales podrán incluirlas en su denominación social, en la forma en que reglamentariamente se determine.

Las entidades de pago no podrán llevar a cabo la captación de depósitos u otros fondos reembolsables del público en la forma prevista en el *artículo 28.2.b de la Ley 26/1988*, ni emitir dinero electrónico. Los fondos recibidos por dichas entidades de los usuarios de servicios de pago para la prestación de servicios de pago no constituirán depósitos u otros fondos reembolsables.

- 2. Corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias en los aspectos de su competencia, autorizar la creación de las entidades de pago, así como el establecimiento en España de sucursales de dichas entidades no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea. La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los tres meses siguientes a su recepción o al momento en que se complete la documentación exigible. La solicitud de autorización se entenderá desestimada por silencio administrativo si transcurrido ese plazo máximo no se hubiera notificado resolución expresa. La denegación de la autorización deberá motivarse.
- 3. La autorización para la creación de una entidad de pago se denegará:

- a. Cuando ésta carezca de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados, que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.
 - A estos efectos, las entidades de pago dispondrán, en condiciones proporcionadas al carácter, escala y complejidad de sus actividades, de una estructura organizativa adecuada, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, así como de procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén o puedan estar expuestos, junto con mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables sólidos.
- b. Si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, no se considera adecuada la idoneidad de los accionistas que vayan a tener una participación significativa. Entre otros factores, la idoneidad se apreciará en función de:
 - La honorabilidad comercial y profesional de los accionistas. Esta honorabilidad se presumirá cuando los accionistas sean Administraciones públicas;
 - 2. Los medios patrimoniales con que cuentan dichos accionistas para atender los compromisos asumidos:
 - 3. La falta de transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad, o la existencia de graves dificultades para inspeccionar u obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.
- c. Cuando sus administradores y directivos no tengan la honorabilidad comercial y profesional requerida,
- d. Cuando incumpla los requisitos de capital mínimo o los demás que reglamentariamente se establezcan para la autorización de las entidades de pago.
 - A los efectos de esta Ley se entenderá por participación significativa en una entidad de pago española aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos el 10 % del capital o los derechos de voto de la entidad, y aquéllas que, sin llegar al porcentaje señalado, permitan ejercer una influencia notable en la entidad. Se podrá determinar

reglamentariamente, habida cuenta de las características de los distintos tipos de entidades de pagos, cuándo se deberá presumir que una persona física o jurídica puede ejercer una influencia notable.

- 4. Los requisitos exigibles para la autorización lo serán también, en los términos que se indiquen reglamentariamente, para conservarla. En particular, y a tales efectos, las personas físicas y jurídicas que adquieran, directa o indirectamente, una participación significativa en una entidad de pago deberán informar al Banco de España indicando la cuantía de la participación alcanzada.
- 5. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, las entidades de pago deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas en el Registro Especial de Entidades de Pago que se creará en el Banco de España. En ese Registro figurarán además de las entidades de pago autorizadas, sus agentes y sucursales. En dicho Registro se harán constar los servicios de pago para los que se haya habilitado a cada entidad de pago. El Registro estará a disposición pública para su consulta, será accesible a través de internet y se actualizará periódicamente.
- 6. Se faculta al Gobierno para desarrollar el régimen jurídico aplicable a la creación y condiciones de ejercicio de la actividad de las entidades de pago, y, en particular, para el establecimiento de su capital inicial mínimo y las exigencias de recursos propios y garantías, de acuerdo con las previsiones contenidas en esta Ley.
- 7. A las entidades de pago, les será de aplicación, con las adaptaciones que reglamentariamente se determinen, la *Ley 19/1993*, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y sus disposiciones de desarrollo.

Artículo 7. Revocación

- 1. La autorización concedida a una entidad de pago sólo podrá ser revocada en los siguientes supuestos:
 - a. Si no hace uso de la autorización en un plazo de doce meses.
 - Si interrumpe de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a seis meses.
 - c. Si se acredita que obtuvo la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular.

- d. Si incumple las condiciones que motivaron la autorización.
- e. Por renuncia expresa a la autorización.
- f. Cuando pueda constituir una amenaza para la estabilidad del sistema de pagos en caso de seguir prestando servicios de pago.
- g. Como sanción. La autorización de una sucursal de una entidad de pago de países terceros será revocada, en cualquier caso, cuando sea revocada la autorización de la entidad de pago que ha creado la sucursal.
- 2. El Ministro de Economía y Hacienda será competente para acordar la revocación.
- 3. Cuando el Banco de España tenga conocimiento de que a una entidad de pago de otro Estado miembro de la Comunidad Europea que opera en España le ha sido revocada su autorización, acordará de inmediato las medidas pertinentes para que la entidad no inicie nuevas actividades de pago, así como para salvaguardar los intereses de los usuarios de pago.
- 4. La revocación de la autorización se hará constar en todos los Registros públicos correspondientes y, tan pronto como sea notificada al establecimiento, conllevará el cese del mismo, en cuantas operaciones vinieran amparadas por la concesión de la autorización revocada.
- 5. Cuando se hubiese acordado la revocación de la autorización de una entidad de pago, el Banco de España informará de ello a las autoridades supervisoras competentes de los Estados miembros donde aquella tenga una sucursal o actúe en régimen de libre prestación de servicios, en los términos legalmente previstos.

Artículo 8. Capital y recursos propios

- 1. Las entidades de pago deberán mantener en todo momento, además del capital mínimo exigible reglamentariamente, un volumen suficiente de recursos propios en relación con los indicadores de negocio, en los términos que reglamentariamente se establezcan. A estos efectos, los recursos propios computables se definirán de acuerdo con lo dispuesto, a los mismos efectos, para las entidades de crédito.
- 2. En relación con las obligaciones mencionadas en el apartado anterior, el Banco de España:
 - a. Podrá exceptuar a las entidades de pago integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito tal y como se definen éstos en las letras a y b del *artículo*

- 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros del cumplimiento individual íntegro de las exigencias de recursos propios.
- b. Podrá exigir, sobre la base de la evaluación de los procesos de gestión de riesgos y de los mecanismos de control interno de la entidad de pago, que la entidad de pago posea una cifra de fondos propios hasta un 20 % superior, o permitir que la entidad de pago posea una cifra de recursos propios hasta un 20 % inferior a la que resulte de las exigencias mínimas de capital requeridas a la entidad conforme a las normas del apartado 1 de este precepto.
- c. Adoptará las medidas necesarias para impedir el uso múltiple de los elementos de recursos propios cuando la entidad de pago pertenezca al mismo grupo de otra entidad de pago o entidad financiera, así como para asegurar una distribución adecuada de los recursos propios entre las entidades que compongan el grupo.
- d. Podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de capital suficiente para los servicios de pago, en particular, cuando las actividades de la entidad de pago en relación con servicios distintos de los pagos perjudiquen o puedan perjudicar la solidez financiera de la misma.
- 3. Cuando una entidad de pago no alcance los niveles mínimos de recursos propios establecidos de conformidad con el presente artículo, la entidad deberá destinar a la formación de reservas los porcentajes de sus beneficios o excedentes líquidos que reglamentariamente se determinen, sometiendo a tal efecto su distribución a la previa autorización del Banco de España.

Artículo 9. Actividades

- 1. Además de la prestación de los servicios de pago que se contemplan en el *artículo 1.2 de esta Ley*, las entidades de pago estarán habilitadas para llevar a cabo las siguientes actividades:
 - a. la prestación de servicios operativos o servicios auxiliares estrechamente relacionados, tales como la garantía de la ejecución de operaciones de pago,

- servicios de cambio de divisas, actividades de custodia y almacenamiento y tratamiento de datos;
- b. la gestión de sistemas de pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el *artículo 5*;
- c. las actividades económicas distintas de la prestación de servicios de pago, con arreglo a la legislación comunitaria y nacional aplicables.

No obstante, cuando una entidad de pago realice simultáneamente otras actividades económicas distintas de los servicios de pago, y dichas actividades perjudiquen o puedan perjudicar la solidez financiera de la entidad de pago o puedan crear graves dificultades para el ejercicio de su supervisión el Banco de España podrá exigirle que constituya una entidad separada para la prestación de los servicios de pago.

- 2. Las entidades de pago únicamente podrán mantener cuentas de pago cuyo uso exclusivo se limite a operaciones de pago. Dichas cuentas no podrán devengar intereses, y quedarán sujetas a las restantes limitaciones operativas que reglamentariamente se determinen para asegurar su finalidad.
- 3. Las entidades de pago podrán conceder créditos en relación con los servicios de pago contemplados en las letras d, e y g del *artículo 1.2 de esta Ley* únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:
 - a. Que se trate de un crédito concedido exclusivamente en relación con la ejecución de una operación de pago;
 - b. Que el crédito concedido en relación con el pago, ejecutado con arreglo al *artículo 11 de la presente Ley*, sea reembolsado dentro de un plazo corto que, en ningún caso, supere los doce meses;
 - c. Que dicho crédito no se conceda con cargo a los fondos recibidos o en posesión a efectos de la ejecución de una operación de pago; y,
 - d. Que los fondos propios de la entidad de pago sean en todo momento adecuados, conforme a los criterios que a tal efecto establezca el Banco de España teniendo en cuenta la cuantía total de los créditos concedidos.

Artículo 10. Requisitos d garantía

1. Las entidades de pago salvaguardarán los fondos recibidos de los usuarios de servicios de pago o recibidos a través de otro proveedor de servicios de pago para la ejecución

de las operaciones de pago, sujetándose a uno de los dos procedimientos siguientes:

- a. No se mezclarán en ningún momento con los fondos de ninguna persona física o jurídica que no sean usuarios de servicios de pago en cuyo nombre se dispone de los fondos y, en caso de que todavía estén en posesión de la entidad de pago y aún no se hayan entregado al beneficiario o transferido a otro proveedor de servicios de pago al final del día hábil siguiente al día en que se recibieron los fondos, se depositarán en una cuenta separada en una entidad de crédito o se invertirán en activos seguros, líquidos y de bajo riesgo en los términos que se establezcan reglamentariamente.
 - En este caso, los titulares de los fondos gozarán de derecho de separación sobre las cuentas y activos mencionados en el párrafo precedente, de conformidad con la normativa concursal, en beneficio de los usuarios de servicios de pago, con respecto a posibles reclamaciones de otros acreedores de la entidad de pago, en particular en caso de insolvencia.
- b. O bien, estarán cubiertos por una póliza de seguro u otra garantía comparable de una compañía de seguros o de una entidad de crédito que disponga de la calidad crediticia mínima que se determine reglamentariamente, que no pertenezcan al mismo grupo que la propia entidad de pago, por una cantidad equivalente a la que habría sido separada en caso de no existir la póliza de seguro u otra garantía comparable, que se hará efectiva en caso de que haya sido dictado auto de declaración de concurso de la entidad.
 - El procedimiento adoptado por la entidad se hará público en la forma que se determine reglamentariamente y figurará en el Registro Especial a que se refiere el *artículo 6.5 de la presente Ley*.
- 2. En caso de que una entidad destine una fracción de los fondos a los que se refiere el apartado anterior a operaciones de pago futuras, y el resto se utilice para servicios distintos de los servicios de pago, esa fracción de los fondos destinados a operaciones de pago futuras también estará sujeta a los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En caso de que dicha fracción sea variable o no se conozca con

antelación, se aplicará el presente apartado sobre la base de una hipótesis acerca de la fracción representativa que se destinará a servicios de pago, siempre que esa fracción representativa pueda ser objeto, a satisfacción del Banco de España, de una estimación razonable a partir de datos históricos.

Artículo 11
Ejercicio del
derecho de
establecimiento
y libre prestación
de servicios

1. Cuando una entidad de pago española pretenda prestar servicios de pago por primera vez en otro Estado miembro de la Unión Europea, bien mediante el establecimiento de una sucursal o en régimen de libre prestación de servicios, deberá comunicarlo previamente al Banco de España.

A la comunicación acompañará, al menos, la siguiente información:

- a. Un programa de actividades en el que se indiquen, en particular, las operaciones del *artículo 1.2* que pretenda realizar y, en su caso, la estructura de la organización de la sucursal y su domicilio previsible;
- b. El nombre y la trayectoria profesional de los directivos responsables de la sucursal.

En el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de dicha comunicación, el Banco de España deberá comunicar a las autoridades competentes del Estado de acogida:

- a. El nombre y la dirección de la entidad de pago;
- b. Los nombres de las personas responsables de la gestión de la sucursal, así como su estructura organizativa y su dirección previsible; y,
- c. El tipo de servicios de pago que se pretenden prestar.
- 2. Las entidades de pago autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, que no se hayan acogido, total o parcialmente, a las excepciones permitidas por el artículo 26 de la Directiva 2007/64, podrán prestar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, los servicios de pago contemplados en el *artículo 1.2*.

La apertura en España de sucursales de entidades de pago autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea no requerirá autorización previa, ni dotación específica de recursos.

Recibida por el Banco de España una comunicación de la autoridad supervisora de la entidad de pago, que contenga, al menos, la información prevista en el apartado 1 anterior, y cumplidos los demás requisitos que reglamentariamente se determinen, se procederá a inscribir la sucursal en el

correspondiente Registro Especial de Entidades de Pago, momento a partir del cual podrá la sucursal iniciar sus actividades en España.

Las entidades de pago autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán iniciar en España su actividad en régimen de libre prestación de servicios tan pronto como el Banco de España reciba una comunicación de su autoridad supervisora indicando qué actividades pretenden realizar en España. Ese régimen será también de aplicación cuando la entidad de pago pretenda iniciar por primera vez en España alguna otra actividad de las señaladas en el *artículo 1.2*.

- 3. Reglamentariamente se determinará la forma de proceder en el caso de que la entidad de pago pretenda efectuar cambios que entrañen modificación de las informaciones comunicadas al Banco de España.
- 4. Las entidades a las que se refiere el apartado dos deberán respetar en el ejercicio de su actividad en España las disposiciones dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local.
- 5. Respecto a la prestación de servicios de pago transfronterizos por las entidades de crédito se estará a lo dispuesto en el *Título V de la Ley 26/1988*.
- 6. La prestación de servicios de pago en terceros países, incluso mediante la creación o adquisición de filiales, quedará sujeta, en los términos que reglamentariamente se determinen, a la previa autorización del Banco de España.
- 7. Los apartados anteriores se entenderán sin perjuicio de las competencias atribuidas a las autoridades supervisoras por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales y sus disposiciones de desarrollo y sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1781/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondo.
- Artículo 12.
 Utilización de agentes y delegación de la prestación de funciones de las entidades de pago
- 1. Reglamentariamente se fijarán los requisitos que deban reunir quienes actúen con carácter habitual como agentes de las entidades de pago y las condiciones a que estarán sometidos en el ejercicio de su actividad.
- 2. Del mismo modo se establecerán las condiciones en las que las entidades de pago podrán delegar la prestación de funciones operativas relacionadas con los servicios de pago.

Artículo 13. Mantenimiento de registros Las entidades de pago conservarán todos los documentos necesarios a efectos del presente Título durante, al menos, cinco años, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y sus disposiciones de desarrollo, así como en otras disposiciones comunitarias o nacionales aplicables.

Artículo 14. Contabilidad y auditoría

- 1. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberán sujetarse las cuentas anuales de las entidades de pago, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de pago. En el ejercicio de esta facultad, para el cual podrá habilitarse al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de pago.
- 2. Las entidades de pago deberán someter sus cuentas anuales a la auditoría de cuentas prevista en el *artículo 1.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas*, de conformidad con lo previsto en su *Disposición Adicional primera*.
- 3. Será de aplicación a los auditores de las entidades de pago lo dispuesto en la *Disposición Final primera de la Ley 19/1988*. La obligación de informar que allí se establece se entenderá referida al Banco de España.
- 4. Las entidades de pago que lleven a cabo otras actividades económicas distintas de la prestación de servicios de pago deberán informar separadamente en la memoria de las cuentas anuales de los activos, pasivos, ingresos y gastos de la actividad relativa a los servicios de pago y actividades auxiliares o vinculadas a ellos, y la relativa a las restantes actividades no relacionadas con ellos.

Artículo 15. Supervisión 1. Corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de pago cuando lleven a cabo la prestación de servicios de pago y su inscripción en el Registro que se creará al efecto. El citado control e inspección se realizará en el marco de lo establecido por el artículo 43.bis de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, con las

adaptaciones que reglamentariamente se determinen. Esta competencia se extenderá a cualquier oficina, centro o agente dentro o fuera del territorio español y, en la medida en que el cumplimiento de las funciones encomendadas al Banco de España lo exija, a las sociedades que se integren en el grupo de la afectada.

A estos efectos, el Banco de España podrá recabar de las entidades y personas sujetas a su supervisión cuanta información sea necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina a que aquellas estén sujetas. Con el fin de que el Banco de España pueda obtener dicha información, o confirmar su veracidad, las entidades y personas mencionadas quedan obligadas a poner a disposición del Banco cuantos libros, registros y documentos considere precisos, incluidos los programas informáticos, ficheros y bases de datos, sea cual sea su soporte, físico o virtual.

También podrá emitir recomendaciones o guías de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.bis.1.d de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

2. El Banco de España deberá informar a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida siempre que desee efectuar inspecciones in situ en el territorio de este último.

El Banco de España podrá encomendar a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida la realización de inspecciones in situ en la entidad de que se trate.

3. El Banco de España podrá, en el ejercicio de sus propias competencias de control, en particular en lo que se refiere al adecuado funcionamiento del sistema de pagos, inspeccionar las sucursales de entidades de pago autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, podrá asumir la realización de las inspecciones que en relación con esas sucursales le hayan sido encomendadas por las autoridades supervisoras del Estado miembro donde la entidad haya sido autorizada.

Todo lo anterior se entiende con independencia de las competencias del propio Banco de España o de otras autoridades españolas responsables de que la actividad de la sucursal se realice de conformidad con las normas de interés general aplicables.

4. Para el adecuado ejercicio de sus funciones, el Banco de España podrá recabar de las sucursales de las entidades de

pago comunitarias la misma información que exija a las entidades españolas.

- 5. La supervisión del Banco de España podrá alcanzar igualmente a las personas españolas que controlen entidades de pago de otros Estados miembros de la Unión Europea, dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades.
- 6. Las resoluciones que dicte el Banco de España en el ejercicio de las funciones a que se refieren los apartados anteriores serán susceptibles de recurso ante el Ministro de Economía y Hacienda.
- 7. Las medidas de intervención y de sustitución previstas en el *Título III* y el *artículo 62 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, podrán aplicarse a las entidades de pago.

Artículo 16. Información y secreto profesional 1. En el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección de las entidades de pago, el Banco de España colaborará con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en otros Estados y podrá comunicar informaciones relativas a la dirección, gestión y propiedad de estas entidades, así como las que puedan facilitar el control de solvencia de las mismas y su supervisión o sirva para evitar, perseguir o sancionar conductas irregulares; igualmente, podrá suscribir, a tal efecto, acuerdos de colaboración.

En el caso de que las autoridades competentes no pertenezcan a otro Estado miembro de la Unión Europea, el suministro de estas informaciones exigirá que exista reciprocidad y que las autoridades competentes se hallen sujetas al deber de secreto profesional en condiciones que, como mínimo, sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas.

En el caso de que las autoridades competentes pertenezcan a otro Estado miembro de la Unión Europea, el Banco de España facilitará a las interesadas, por propia iniciativa, cualquier información que sea esencial para el ejercicio de sus tareas de supervisión, y, cuando se le solicite, toda información pertinente a iguales fines.

2. Será asimismo de aplicación, con las adaptaciones que reglamentariamente se determinen, lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas,

tanto a los efectos previstos en el apartado anterior como a los restantes contemplados en el propio artículo.

- 3. Adicionalmente, el Banco de España podrá intercambiar información que sea relevante para el ejercicio de sus respectivas competencias con:
 - a. El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en su calidad de autoridades monetarias y de supervisión, y, en su caso, con otras autoridades públicas responsables de la vigilancia de los sistemas de pago y liquidación;
 - b. otras autoridades pertinentes designadas en virtud de la presente Ley, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y sus disposiciones de desarrollo y de otras disposiciones de Derecho comunitario aplicables a los proveedores de servicios de pago.

TÍTULO III

Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los Servicios de Pago, Resolución y modificación del Contrato marco

Artículo 17. Ámbito de aplicación

- 1. El presente Título se aplicará a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago afectadas por dichos contratos.
- 2. Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, este Título y sus disposiciones de desarrollo.

Artículo 18.
Transparencia de las condiciones y los requisitos de información aplicables a los servicios de pago

El proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de esta Ley se fijen. El Ministro de Economía y Hacienda determinará los requisitos de información y demás condiciones aplicables a las operaciones de pago único y a las operaciones de pago reguladas

por un contrato marco, así como las excepciones al régimen general de información para los instrumentos de pago de escasa cuantía.

Artículo 19. Gastos de información

- 1. El proveedor de servicios de pago no podrá cobrar al usuario del servicio de pago por el suministro de información indicada en el presente Título y sus disposiciones de desarrollo.
- 2. El proveedor y el usuario de servicios de pago podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de ésta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago.
- 3. Cuando el proveedor de servicios de pago pueda cobrar los gastos en concepto de información con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2, esos gastos serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.

Artículo 20.

Carga de la prueba sobre los requisitos de información

Artículo 21. Resolución del contrato marco La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos en materia de información establecidos en el presente Título y sus disposiciones de desarrollo recaerá sobre el proveedor de servicios de pago.

- 1. El usuario del servicio de pago podrá resolver el contrato marco en cualquier momento a menos que las partes hayan convenido en un preaviso. El plazo de preaviso no podrá exceder de un mes.
- 2. La resolución de un contrato marco que se haya celebrado por un período indefinido o superior a 12 meses será gratuita para el usuario de servicios de pago si se efectúa una vez transcurridos los 12 meses. En todos los demás casos, los gastos derivados de la resolución serán apropiados y estarán en consonancia con los costes.
- 3. De acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver un contrato marco celebrado por un período indefinido si avisa con una antelación mínima de dos meses.
- 4. De los gastos que se cobren periódicamente por los servicios de pago, el usuario de servicios de pago solo abonará la parte proporcional adeudada hasta la resolución del contrato. Cuando dichas comisiones se hayan pagado por anticipado, se reembolsarán de manera proporcional.

5. Las disposiciones del presente artículo se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el *Código Civil* sobre los derechos de las partes a solicitar la declaración de nulidad del contrato marco.

Artículo 22. Modificación de las condiciones del contrato marco 1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el *artículo 18* de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda, y con una antelación no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

No obstante, se podrán aplicar de manera inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los usuarios de servicios de pago.

Todas las modificaciones propuestas deberán destacarse con claridad. Cuando se haya convenido así, el proveedor de servicios de pago informará al usuario de servicios de pago de que cabe considerar que ha aceptado la modificación de las condiciones de que se trate en caso de no comunicar al proveedor de servicios de pago su no aceptación con anterioridad a la fecha propuesta de entrada en vigor. En tal caso, el proveedor de servicios de pago especificará que el usuario de servicios de pago tendrá el derecho a resolver el contrato marco de forma inmediata y sin coste alguno antes de la fecha propuesta para la aplicación de las modificaciones.

- 2. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya acordado en el contrato marco y que las variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados. El usuario de servicios de pago será informado de toda modificación del tipo de interés lo antes posible, a menos que las partes hayan acordado una frecuencia específica o un procedimiento de comunicación o puesta a disposición de la información. No obstante, los cambios en los tipos de interés o de cambio que sean más favorables para los usuarios de servicios de pago podrán aplicarse sin previo aviso.
- 3. Las modificaciones de los tipos de interés o de cambio utilizados en las operaciones de pago se aplicarán y calcularán de una forma neutra y que no resulte discriminatoria con respecto a los usuarios de servicios de pago.

TÍTULO IV

Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago

Capítulo I

Disposiciones comunes

Artículo 23. Excepciones

- 1. Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes podrán convenir que no se apliquen, total o parcialmente, los *artículos 24.1, 25.1* último inciso del primer párrafo, 30, 32, 33, 34, 37 y 45 del presente Título.
- 2. Además, los proveedores de servicios de pago podrán convenir con sus usuarios de servicios de pago que no se apliquen para los instrumentos de pago de escasa cuantía, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, determinadas disposiciones del presente Título.
- 3. Cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante no tenga capacidad para bloquear la cuenta o el instrumento de pago no se aplicará lo dispuesto en los *artículos 31* y 32 de la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, al dinero electrónico, tal y como se define en el apartado segundo del *artículo 21 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*.
- 4. En aquellas operaciones en las que alguno de los proveedores de servicios de pago no esté situado en la Unión Europea o en aquellas operaciones realizadas en moneda distinta del euro o de la de algún otro Estado miembro, no serán de aplicación los *artículos 24.2* y *38*.

Artículo 24. Gastos aplicables

- 1. El proveedor de servicios de pago no podrá cobrar al usuario del servicio de pago por el cumplimiento de sus obligaciones de información o por las medidas correctivas o preventivas contempladas en este Título, salvo que se hubiera pactado otra cosa de conformidad con lo previsto en los artículos 19.2, 36.1, 37.5 y 44.2 de la misma. En esos casos, los gastos serán recogidos en el contrato entre el usuario y el proveedor de servicios de pago y serán adecuados y acordes con los costes efectivamente soportados por el proveedor de servicios de pago.
- 2. En toda prestación de servicios de pago que no incluya una conversión de divisas, el beneficiario pagará los gastos

cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante abonará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago. Cuando la operación de pago incluya una conversión en divisas se aplicará, salvo pacto en contrario, igual criterio de distribución de gastos.

No obstante lo anterior, en toda operación de pago en la que ambos prestadores de servicios de pago estén en España e incluya una conversión de divisas, el beneficiario pagará los gastos cobrados por su proveedor de servicios de pago y el ordenante los percibidos por su proveedor de servicios de pago; los gastos de conversión, salvo indicación en contrario de las partes, serán satisfechos por quien la demande.

3. Será nula toda cláusula que impida al beneficiario de una orden de pago exigir al ordenante el pago de una cuota adicional u ofrecer una reducción por la utilización de un instrumento de pago específico. En todo caso, las cuotas adicionales que pudieran imponerse por el uso de instrumentos de pago específicos no podrán superar los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos.

Reglamentariamente podrán establecerse límites al derecho de cobro de gastos teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes.

Cuando, en la utilización de un determinado instrumento de pago se exija el pago de una cuota adicional u ofrezca una reducción por su uso, se informará de ello al usuario de servicios de pago antes de llevarse a cabo la operación.

Capítulo II Autorización de operaciones de pago

Artículo 25.
Consentimiento
y retirada del
consentimiento

1. Las operaciones de pago se considerarán autorizadas cuando el ordenante haya dado el consentimiento para su ejecución. A falta de tal consentimiento la operación de pago se considerará no autorizada.

El ordenante y su proveedor de servicios de pago acordarán la forma en que se dará el consentimiento así como el procedimiento de notificación del mismo.

2. El consentimiento podrá otorgarse con anterioridad a la ejecución de la operación o, si así se hubiese convenido, con posterioridad a la misma, conforme al procedimiento y límites

acordados entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago.

3. El ordenante podrá retirar el consentimiento en cualquier momento anterior a la fecha de irrevocabilidad a que se refiere el *artículo 37*. Cuando el consentimiento se hubiese dado para una serie de operaciones de pago, su retirada implicará que toda futura operación de pago que estuviese cubierta por dicho consentimiento se considerará no autorizada.

Artículo 26 Limitaciones a la utilización del instrumento de pago

- 1. Cuando se emplee un instrumento de pago específico a fin de notificar el consentimiento, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán acordar el establecimiento de límites a las operaciones de pago ejecutadas a través de ese instrumento de pago.
- 2. Siempre que se haya acordado en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá reservarse el derecho de bloquear la utilización de un instrumento de pago por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta del mismo o, en caso de que esté asociado a una línea de crédito, si su uso pudiera suponer un aumento significativo del riesgo de que el ordenante pueda ser incapaz de hacer frente a su obligación de pago.
- 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el proveedor de servicios de pago informará al ordenante, en la forma convenida, del bloqueo del instrumento de pago y de los motivos para ello. De ser posible, esta comunicación se producirá con carácter previo al bloqueo y, en caso contrario, inmediatamente después del mismo, a menos que la comunicación de tal información resulte comprometida por razones de seguridad objetivamente justificadas o fuese contraria a cualquier otra disposición normativa.
- 4. El provedor de servicios de pago desbloqueará el instrumento de pago o lo sustituirá por otro nuevo una vez que hayan dejado de existir los motivos para bloquear su utilización. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho del usuario a solicitar el desbloqueo en tales circunstancias. El desbloqueo del instrumento de pago o su sustitución por uno nuevo se realizará sin coste alguno para el usuario del servicio de pago.

Artículo 27
Obligaciones del
usuario de
servicios de pago
en relación con
los instrumentos
de pago

El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

- a. utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, en particular, en cuanto reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto; y
- b. en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello.

Artículo 28.
Obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago

El proveedor de servicios de pago emisor de un instrumento de pago cumplirá las obligaciones siguientes:

- a. Cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario de servicios de pago facultado para utilizar dicho instrumento. En particular, soportará los riesgos que puedan derivarse del envío al ordenante tanto de un instrumento de pago como de cualquier elemento de seguridad personalizado del mismo.
- b. Abstenerse de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago.

Esta sustitución podrá venir motivada por la incorporación al instrumento de pago de nuevas funcionalidades no expresamente solicitadas por el usuario, siempre que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad y la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente.

- c. Garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el *artículo 27.b*, o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 26.4*. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma, e
- d. Impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el *artículo 27.b.*

Artículo 29.
Notificación de operaciones no autorizadas o de operaciones de pago ejecutadas incorrectamente

- 1. Cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al proveedor de servicios de pago, a fin de poder obtener rectificación de éste.
- 2. Salvo en los casos en los que el proveedor de servicios de pago no le hubiera proporcionado o hecho accesible al usuario la información correspondiente a la operación de pago, la comunicación a la que se refiere el apartado precedente deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono.

Cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior distinto del contemplado en el párrafo anterior.

Artículo 30.
Prueba de la
autenticación y
ejecución de las
operaciones de
pago

- 1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia.
- 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.

Artículo 31.
Responsabilidad
del proveedor
de servicios de
pago en caso de
operaciones de
pago no
autorizadas

Sin perjuicio de lo dispuesto en el *artículo 29 de la presente Ley*, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a las que pudiera haber lugar conforme a la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada.

Artículo 32. Responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas

- 1. No obstante lo dispuesto en el *artículo 31*, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído.
- 2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al *artículo 27*.
- 3. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el *artículo* 27.b, de un instrumento de pago extraviado o sustraído.
- 4. Si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el *artículo 28.1.c*, el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta.

Artículo 33
Devolución de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través del mismo

- 1. El ordenante tendrá derecho a la devolución por su proveedor de servicios de pago de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, iniciadas por un beneficiario o a través de él, que hayan sido ejecutadas siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:
 - a. Cuando se dio la autorización, ésta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y
 - b. Dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.

A petición del proveedor de servicios de pago, el ordenante deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones.

A efectos de los adeudos domiciliados, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago, aun cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente.

2. A efectos del apartado 1, letra b, anterior, el ordenante no podrá invocar motivos relacionados con el cambio de divisa cuando se hubiera aplicado el tipo de cambio de referencia acordado con su proveedor de servicios de pago.

3. En todo caso, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que aquél no tenga derecho a devolución si ha transmitido directamente su consentimiento a la orden de pago al proveedor de servicios de pago y siempre que dicho proveedor o el beneficiario le hubieran proporcionado o puesto a su disposición la información relativa a la futura operación de pago al menos con cuatro semanas de antelación a la fecha prevista.

Artículo 34.
Solicitudes de devolución por operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través de él

- 1. El ordenante podrá solicitar la devolución a que se refiere el *artículo 33* por una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través de él, durante un plazo máximo de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta.
- 2. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, el proveedor de servicios de pago deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

En el caso de adeudos domiciliados, dicha denegación no podrá producirse cuando el ordenante y su proveedor de servicios de pago hubieran convenido en el contrato marco el derecho de aquél a obtener la devolución, aun en el supuesto de que no se satisfagan las condiciones establecidas para ello en el *artículo 33.1*.

Capítulo III

Ejecución de una orden de pago

Sección I

Órdenes de pago e importes transferidos

Artículo 35. Recepción de órdenes de pago 1. El momento de recepción de una orden de pago será aquel en que la misma es recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante, con independencia de que haya sido transmitida directamente por el ordenante o indirectamente a trayés del beneficiario.

Si el momento de la recepción no es un día hábil para el proveedor de servicios de pago del ordenante, la orden de pago se considerará recibida el siguiente día hábil. El proveedor de servicios de pago podrá establecer, poniéndolo en conocimiento del ordenante, una hora máxima a partir de la cual cualquier orden de pago que se reciba se considerará recibida el siguiente día hábil.

2. Si el usuario de servicios de pago que inicia la orden de pago y su proveedor acuerdan que la ejecución de la orden de pago comience en una fecha específica o al final de un período determinado, o bien el día en que el ordenante haya puesto fondos a disposición de su proveedor de servicios de pago, se considerará que el momento de recepción de la orden a efectos del *artículo 40* es el día acordado. Si este día no fuese un día hábil para el proveedor de servicios de pago, la orden de pago se considerará recibida el siguiente día hábil.

Artículo 36. Rechazo de órdenes de pago 1. Si el proveedor de servicios de pago rechaza la ejecución de una orden de pago, deberá notificar al usuario de servicios de pago dicha negativa y, en lo posible, los motivos de la misma, así como el procedimiento para rectificar los posibles errores de hecho que la hayan motivado, salvo que otra norma prohíba tal notificación.

La notificación se realizará o hará accesible del modo convenido lo antes posible y, en cualquier caso, dentro del plazo de ejecución al que se refiere el *artículo 40*.

El contrato marco podrá contener una cláusula que permita al proveedor de servicios de pago cobrar gastos por esta notificación cuando la negativa estuviera objetivamente justificada.

- 2. En caso de que se cumplan todas las condiciones fijadas en el contrato marco entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, éste no podrá negarse a ejecutar una orden de pago autorizada, con independencia de que la misma haya sido iniciada bien por el ordenante, bien por un beneficiario o a través del mismo, salvo que lo prohíba una disposición normativa.
- 3. A los efectos de lo establecido en los *artículos 40 y 45*, las órdenes de pago cuya ejecución haya sido rechazada no se considerarán recibidas.

Artículo 37. Irrevocabilidad de una orden de pago

- 1. El usuario de servicios de pago no podrá revocar una orden de pago después de ser recibida por el proveedor de servicios de pago del ordenante, salvo que se especifique otra cosa en el presente artículo.
- 2. Cuando la operación de pago sea iniciada por el beneficiario o a través del mismo, el ordenante no podrá revocar la orden de pago una vez que se haya transmitido al beneficiario la orden de pago o su consentimiento para que se ejecute la operación de pago.
- 3. No obstante, en los casos de adeudo domiciliado y sin perjuicio de los derechos de devolución fijados en esta Ley, el usuario podrá revocar una orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido para el adeudo de los fondos en la cuenta del ordenante.
- 4. En el caso en que el momento de recepción se corresponda con una fecha previamente acordada entre el usuario de servicios de pago que inicia la orden y su proveedor de servicios de pago, aquél podrá revocar la orden de pago a más tardar al final del día hábil anterior al día convenido.
- 5. Una vez transcurridos los plazos especificados en los apartados 1 a 4 anteriores, la orden de pago podrá revocarse únicamente si así se ha convenido entre el usuario de servicios de pago y su proveedor. En los casos indicados en los apartados 2 y 3 anteriores será necesario, además, el acuerdo del beneficiario. De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá cobrar gastos por la revocación.

Artículo 38. Importes transferidos e importes recibidos

- 1. Con carácter general, el proveedor de servicios de pago del ordenante, el proveedor de servicios de pago del beneficiario y todos los posibles intermediarios que intervengan en la operación de pago deberán transferir la totalidad del importe de la operación de pago absteniéndose de deducir gasto alguno de la cantidad transferida.
- 2. No obstante, el beneficiario y su proveedor de servicios de pago podrán acordar que éste deduzca sus propios gastos del importe transferido antes de abonárselo al beneficiario. En este caso, la cantidad total de la operación de pago, junto con los gastos, aparecerá por separado en la información facilitada al beneficiario por su proveedor de servicios de pago.
- 3. Salvo en lo previsto en el apartado anterior, el proveedor de servicios de pago del ordenante garantizará la recepción por el beneficiario de la cantidad total de las operaciones de

pago iniciadas por el ordenante. En el caso de operaciones de pago iniciadas por el beneficiario o realizadas a través de él, su proveedor de servicios de pago le garantizará la recepción del importe total de la operación de pago.

Sección II

Plazo de ejecución y fecha de valor

Artículo 39. Ámbito de aplicación

- 1. La presente Sección se aplicará a las operaciones de pago realizadas en euros, en las que ambos proveedores de servicios de pago estén situados en la Unión Europea.
- 2. Las previsiones que se establezcan serán asimismo de aplicación para las restantes operaciones de pago, salvo acuerdo en contrario entre el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago. No obstante, lo dispuesto para la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario y de disponibilidad de los fondos, así como para la fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante, se aplicará en todo caso.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el usuario de servicios de pago y su proveedor de servicios de pago acuerden un plazo de ejecución superior al previsto en el *artículo 40*, dicho plazo, en las operaciones de pago intracomunitarias, no excederá de cuatro días hábiles a contar desde el momento de la recepción de la orden.

Artículo 40 Operaciones de pago a una cuenta de pago

- 1. El proveedor de servicios de pago del ordenante, tras el momento de recepción de la orden de pago con arreglo al artículo 35, se asegurará de que el importe de la operación de pago es abonado en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario, como máximo al final del día hábil siguiente. No obstante, el plazo señalado podrá prolongarse en un día hábil para las operaciones de pago iniciadas en papel.
- 2. El proveedor de servicios de pago del beneficiario establecerá la fecha de valor y de disponibilidad de la cantidad de la operación de pago en la cuenta de pago del beneficiario tras haber recibido los fondos de conformidad con el *artículo* 43.
- 3. El proveedor de servicios de pago del beneficiario transmitirá una orden de pago iniciada por el beneficiario o a través de él al proveedor de servicios de pago del ordenante dentro de los plazos convenidos entre el beneficiario y su proveedor de servicios de pago, de forma que, por lo que se

refiere al adeudo domiciliado y a las operaciones con tarjetas, permita la ejecución del pago en la fecha convenida.

Artículo 41.
Beneficiarios no titulares de cuentas de pago en el proveedor de servicios de pago

Cuando el beneficiario no sea titular de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago, el proveedor de servicios de pago que reciba los fondos para el beneficiario deberá ponerlos a disposición de éste en el plazo indicado en el *artículo* 40.

Artículo 42.

E f e c t i v o ingresado en una cuenta de pago

Cuando un consumidor ingrese efectivo en una cuenta de pago en la moneda de esa cuenta de pago, podrá disponer del importe ingresado desde el mismo momento en que tenga lugar el ingreso. La fecha de valor del ingreso será la del día en que se realice el mismo.

En caso de que el usuario de servicios de pago no sea un consumidor, se podrá establecer que se disponga del importe ingresado como máximo al día hábil siguiente al de la recepción de los fondos. Igual fecha de valor habrá de otorgarse a los fondos ingresados.

Artículo 43. Fecha de valor y disponibilidad de los fondos 1. La fecha de valor del abono en la cuenta de pago del beneficiario no será posterior al día hábil en que el importe de la operación de pago se abonó en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario.

El proveedor de servicios de pago del beneficiario se asegurará de que la cantidad de la operación de pago esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de que dicha cantidad haya sido abonada en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario.

2. La fecha de valor del cargo en la cuenta de pago del ordenante no será anterior al momento en que el importe de la operación de pago se cargue en dicha cuenta.

Sección IIIResponsabilidad

Artículo 44. Identificadores únicos incorrectos

- 1. Cuando una orden de pago se ejecute de acuerdo con el identificador único, se considerará correctamente ejecutada en relación con el beneficiario especificado en dicho identificador.
- 2. Si el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago es incorrecto, el proveedor no será

responsable de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de la operación de pago.

No obstante, el proveedor de servicios de pago del ordenante hará esfuerzos razonables por recuperar los fondos de la operación de pago.

De haberse convenido así en el contrato marco, el proveedor podrá cobrar gastos al usuario del servicio de pago por la recuperación de los fondos.

3. Cuando el usuario de servicios de pago facilitara información adicional a la requerida por su proveedor para la correcta ejecución de las órdenes de pago, el proveedor de servicios de pago únicamente será responsable, a los efectos de su correcta realización, de la ejecución de operaciones de pago conformes con el identificador único facilitado por el usuario de servicios de pago.

Artículo 45. No ejecución o e j e c u c i ó n defectuosa 1. En el caso de las órdenes de pago iniciadas por el ordenante, su proveedor de servicios de pago será responsable frente a aquél de la correcta ejecución de la operación de pago hasta el momento en que su importe se abone en la cuenta del proveedor de servicios de pago del beneficiario. Producido este abono, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación.

En el caso de operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante sea responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

Cuando el responsable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo sea el proveedor de servicios de pago del beneficiario, éste pondrá inmediatamente a disposición del beneficiario la cantidad correspondiente a la operación de pago, abonando, en su caso, la cantidad correspondiente en la cuenta de aquél.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del ordenante no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del ordenante tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos

relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados.

2. En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable de la correcta transmisión de la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, cuando la operación no se ejecute o se ejecute de manera defectuosa, por causa imputable a él, el proveedor de servicios de pago del beneficiario reiterará inmediatamente la orden de pago al proveedor de servicios de pago del ordenante.

Además, el proveedor de servicios de pago del beneficiario será responsable frente al beneficiario de la gestión de la operación de pago. En particular velará porque, una vez abonada en su cuenta la cantidad correspondiente a la operación de pago, tal cantidad esté a disposición del beneficiario inmediatamente después de producido dicho abono.

En el caso de órdenes de pago iniciadas por el beneficiario o a través de él, en las que, conforme a lo previsto en los dos párrafos anteriores, el proveedor de servicios de pago del beneficiario no sea responsable, la responsabilidad ante el ordenante por las operaciones de pago no ejecutadas o ejecutadas incorrectamente será del proveedor de servicios de pago del ordenante. En estos casos, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste, según proceda y sin demora injustificada, la cantidad correspondiente a la operación de pago no ejecutada o ejecutada de forma defectuosa y restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que hubiera estado si la operación no hubiera tenido lugar.

En todo caso, cuando una orden de pago procedente del beneficiario no se ejecute o se ejecute defectuosamente, el proveedor de servicios de pago del beneficiario tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad con arreglo al presente apartado, los datos relativos a la operación de pago y notificará al beneficiario los resultados.

Artículo 46. Indemnización adicional Sin perjuicio de las indemnizaciones adicionales que pudieran determinarse de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el usuario de y su proveedor, cada proveedor de servicios de pago será responsable frente a su respectivo usuario de todos los gastos que, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 45*, sean de su responsabilidad, así como de los intereses que hubieran podido aplicarse al usuario

como consecuencia de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de operaciones.

Artículo 47. Derecho de reclamación En caso de que la responsabilidad de un proveedor de servicios de pago con arreglo al *artículo 45* sea atribuible a otro proveedor de servicios de pago o a un intermediario, aquel podrá repetir contra el proveedor o intermediario responsable las posibles pérdidas ocasionadas, así como las cantidades abonadas. Ello sin perjuicio de otras compensaciones suplementarias que pudieran establecerse de conformidad con los acuerdos concluidos entre el proveedor de servicios de pago y sus intermediarios, y la legislación aplicable a los acuerdos concluidos entre ambas partes.

Artículo 48. Ausencia de responsabilidad La responsabilidad establecida con arreglo a los *Capítulos II y III de este Título* no se aplicará en caso de circunstancias excepcionales e imprevisibles fuera del control de la parte que invoca acogerse a estas circunstancias, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos en sentido contrario, o en caso de que a un proveedor de servicios de pago se le apliquen otras obligaciones legales.

Capítulo IV Protección de Datos

Artículo 49. Protección de datos

- 1. El tratamiento y cesión de los datos relacionados con las actividades a las que se refiere la presente Ley se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- 2. No será necesario el consentimiento del interesado para el tratamiento por parte de los sistemas de pago y los proveedores de servicios de pago de los datos de carácter personal que resulten necesarios para garantizar la prevención, investigación y descubrimiento del fraude en los pagos.

Asimismo, los sujetos a los que se refiere el párrafo anterior podrán intercambiar entre sí, sin precisar el consentimiento del interesado, la información que resulte necesaria para el cumplimiento de los citados fines.

3. De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 5.5 de la Ley Orgánica 15/1999*, no será preciso informar al afectado acerca del tratamiento y las cesiones de datos a las que se refiere el apartado anterior.

Capítulo V

Procedimientos de reclamación extrajudicial para la resolución de litigios

Artículo 50. Procedimientos de reclamación extrajudicial 1. Los proveedores de servicios de pago en sus relaciones con los usuarios de servicios de pago estarán sometidos a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros y, concretamente, a lo establecido en el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

En aquellos casos en que los usuarios de servicios de pago ostenten la condición de consumidor conforme al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, las partes podrán acudir, cuando así lo acuerden, al arbitraje de consumo previsto en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

2. Los órganos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros cooperarán, en el caso de litigios transfronterizos, con los organismos competentes de la resolución de estos conflictos en el ámbito comunitario.

TÍTULO V. RÉGIMEN SANCIONADOR

Artículo 51. Régimen sancionador

- 1. A las entidades de pago reguladas en el *Título II* les será de aplicación, con las adaptaciones que reglamentariamente se determinen, el régimen sancionador previsto en la *Ley 26/1988*, *de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito*, así como el procedimiento sancionador establecido para los sujetos que participan en los mercados financieros.
- 2. Dicho régimen alcanzará también a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa en una entidad de pago, conforme a lo previsto en el apartado tres del artículo siguiente.
- 3. Tendrán la consideración de normas de ordenación y disciplina de los proveedores de servicios de pago a los que se

refiere las letras a, b y c del apartado 1 del *artículo 4*, las disposiciones contenidas en los *Títulos I* (a excepción del *artículo 5*) y *II de esta Ley*, las previstas en los *artículos 18* y *19 del Título III*, y el *artículo 50*. Su incumplimiento será sancionado, como una infracción grave, siempre que las mismas no tengan carácter ocasional o aislado, de acuerdo con lo previsto en la *Ley 26/1988*.

4. Las actividades llevadas a cabo por los agentes y sucursales de los proveedores de servicios de pago autorizados en otro Estado miembro de la Unión Europea que sean contrarias a lo establecido en los *Títulos III* y *IV* serán sancionadas de conformidad con lo establecido en este artículo.

Disposición Adicional

Régimen aplicable a los adeudos o abonos correspondientes a operaciones distintas de las de pago

Lo dispuesto en el *artículo 43* se aplicará a aquellas operaciones distintas de las contempladas en el apartado 2 del *artículo 1*, cuyo abono o adeudo se produzca en cuentas de pago u otras cuentas a la vista mantenidas en entidades de crédito.

En el caso de cheques u otras operaciones sujetas a cláusula suspensiva, lo dispuesto en el *artículo 43* sólo será de aplicación cuando se haya producido el abono en firme en la cuenta del proveedor de servicios de pago.

Disposición Transitoria Primera

Régimen transitorio para el plazo de ejecución de determinadas operaciones de pago

En relación con el plazo establecido en el *artículo 40.1*, hasta el 1 de enero de 2012, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán acordar un plazo no superior a tres días hábiles y, en el caso de operaciones originadas y recibidas en España, no superior a dos días hábiles. No obstante, los plazos señalados podrán prolongarse en un día hábil para las operaciones de pago iniciadas en papel.

Disposición Transitoria Segunda

Régimen transitorio para quienes presten servicios de pago

1. Los establecimientos de cambio de moneda que hubieran sido autorizados para la gestión de transferencias con el exterior antes del 25 de diciembre de 2007 deberán obtener antes del 30 de abril de 2011 autorización del Ministro de Economía y Hacienda para transformarse en alguna de las entidades previstas

en el *artículo 4.1* a los efectos de poder seguir prestando servicios de pago con arreglo a lo previsto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo. Aquellas entidades que no hubieran obtenido la autorización en esa fecha deberán cesar en la prestación de servicios de pago.

No obstante, la transformación en entidades de pago de los establecimientos de cambio de moneda que estuvieran autorizados para la gestión de transferencias con el exterior no requerirá autorización previa si no se solicita la ampliación del objeto social y siempre que se acredite por la entidad que cumplen los requisitos mínimos establecidos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.

Las solicitudes de creación de establecimientos de cambio de moneda autorizados para la gestión de transferencias con el exterior que hubieran sido presentadas al Banco de España con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se tramitarán con arreglo a las normas vigentes en el momento de la solicitud y quedarán sujetas al régimen transitorio previsto en esta Disposición.

2. Las personas jurídicas que con anterioridad al 25 de diciembre de 2007 vinieran realizando actividades propias de las entidades de pago, podrán continuar las mismas hasta el 30 de abril de 2011. Con posterioridad a dicha fecha, el ejercicio de tales actividades únicamente será posible si hubieran solicitado y obtenido autorización como alguna de las entidades previstas en el *artículo* 4.1. Aquellas personas jurídicas que no hubieran obtenido la citada autorización, deberán cesar en la prestación de servicios de pago en la fecha mencionada o en el mes siguiente a la notificación de la denegación de la autorización.

Disposición Transitoria Tercera

Régimen transitorio para determinados contratos

- 1. Los contratos que las entidades de crédito que operen en España tengan suscritos con su clientela, a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, para la regulación de las condiciones en las que ha de tener lugar la prestación de los servicios de pago a los que se refiere esta Ley, seguirán siendo válidos una vez entre en vigor la misma sin perjuicio de la aplicación, a partir de dicho momento, y en el caso de que la contraparte sea una persona física, de las condiciones más favorables para el cliente que puedan derivarse de sus normas.
- 2. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los contratos a los que se refiere dicho apartado deberán adaptarse a lo previsto en la presente Ley en el plazo de 12 meses contados desde su fecha de entrada en vigor. Dicho plazo será de 18 meses para los contratos de tarjeta de crédito o débito. Para ello, las entidades remitirán a sus clientes, a través del medio de comunicación pactado, las modificaciones contractuales derivadas de la aplicación de esta Ley y su normativa de desarrollo, a fin de que puedan otorgar su consentimiento a los cambios introducidos. Este consentimiento se considerará

tácitamente concedido si, transcurridos tres meses desde la recepción de la comunicación, el cliente no hubiera manifestado su oposición a dichos cambios. Igual presunción cabrá si el cliente solicitara, transcurrido un mes desde aquella recepción, un nuevo servicio amparado en dicho contrato; tales circunstancias, junto a la que se indica en el párrafo siguiente, figurarán, de manera preferente y destacada, en la comunicación personalizada que la entidad haga llegar al cliente.

Cuando el cliente muestre su disconformidad con las nuevas condiciones establecidas, podrá resolver, sin coste alguno a su cargo, los contratos hasta entonces vigentes.

- 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será asimismo de aplicación, en iguales términos, a los contratos que los establecimientos de cambio de moneda tengan suscritos con su clientela a fin de regular la gestión de transferencias con el exterior y a las demás personas jurídicas que con anterioridad al 25 de diciembre de 2007 vinieran realizando actividades propias de las entidades de pago.
- 4. Los instrumentos de pago, las órdenes recurrentes y los consentimientos emitidos antes de la entrada en vigor de la presente Ley, incluidas las domiciliaciones de adeudos, seguirán siendo válidos y se entenderán en los términos acordados, incluso tácitamente, con el usuario de los servicios de pago, salvo que sean modificados por el mismo. Todo ello sin perjuicio de la aplicación inmediata de las condiciones más favorables que puedan derivarse para el usuario de las normas de la presente Ley, siempre que aquel fuera una persona física, y de la adaptación de los contratos prevista en el apartado 2 de esta Disposición transitoria.

Disposición derogatoria

Derogación normativa

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea.

Disposición Final Primera

Habilitación para el desarrollo reglamentario

Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo, ejecución y cumplimiento de lo previsto en esta Ley.

Disposición Final Segunda

Títulos competenciales

La presente Ley se dicta de conformidad con lo dispuesto en el *artículo* 149.1.6, 11 y 13 de la Constitución.

Disposición Final Tercera

Modificación de la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas.

Se añade una disposición adicional a la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por Sociedades que no hayan adoptado la forma de Anónimas, Asociaciones u otras personas jurídicas y la constitución del Sindicato de Obligacionistas, con la siguiente redacción:

Disposición Adicional

Esta Ley no resulta de aplicación a las emisiones de valores de las entidades públicas a las que se extienda el régimen de la Deuda del Estado.

Disposición Final Cuarta

Modificación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Se da nueva redacción a las letras e y f del *artículo 52 de la Ley 26/1988*, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, en los siguientes términos:

- e. Los servicios de pago, tal y como se definen en el artículo 1 de la Ley de servicios de pago.
- f. la emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando esta actividad no esté recogida en el apartado e.

Disposición Final Quinta

Modificación de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Se añaden dos nuevas letras k y l al artículo 2.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en los siguientes términos:

- k. Las entidades de pago.
- l. Las empresas de asesoramiento financiero.

Disposición Fina Sexta

Modificación de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda Directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

Se añade una letra f al apartado primero de la Disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda Directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, con la siguiente redacción:

f. Los restantes servicios de pago definidos en el artículo 1 de la Ley de servicios de pago, con las limitaciones que al efecto puedan establecerse reglamentariamente; en particular, las cuentas de pago que abran quedarán sujetas a las mismas condiciones exigibles para las de las entidades de pago.

Disposición Fina Sexta

Modificación de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pago y de liquidación de valores.

La Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pago y de liquidación de valores queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se da nueva redacción al segundo párrafo de la letra c del *artículo 2* en los siguientes términos:

A estos efectos, se entenderá por participantes, las entidades de crédito según la definición de la letra a del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2006/48/CE y las empresas de inversión según la definición del punto 1 del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE, autorizadas para operar en el Espacio Económico Europeo, el Tesoro Público y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, y los entes pertenecientes al sector público de los enumerados en el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 3603/93, de 13 de diciembre, por el que se establecen definiciones para la aplicación de las prohibiciones a que se refieren el artículo 104 y el apartado 1 del artículo 104 B del Tratado, así como cualquier empresa cuya administración principal se encuentre fuera de la Unión Europea y cuyas funciones correspondan a las de las entidades de crédito o empresas de inversión de la Unión Europea, que sean aceptados como miembros del sistema, de acuerdo con las normas reguladoras del mismo y sean responsables frente a él de asumir obligaciones financieras derivadas de su funcionamiento.

Dos. Se suprime la letra a del *artículo 8* relativo a los sistemas españoles reconocidos, reordenándose la relación de los sistemas, comprendidos ahora entre las letras a e i.

Tres. Se da nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3 del *artículo 17* en los siguientes términos:

- 1. La gestión del Sistema Nacional de Compensación Electrónica será asumida por una sociedad anónima que girará bajo la denominación social de Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima. Dicha sociedad actuará bajo el principio de equilibrio financiero y tendrá por objeto exclusivo:
 - a. Facilitar el intercambio, compensación y liquidación de órdenes de transferencia de fondos entre participantes, según se definen en la letra c del artículo 2 de la presente Ley, cualesquiera que sean los tipos de documentos, instrumentos de pago o transmisión de fondos que motiven las citadas órdenes de transferencia.
 - Facilitar la distribución, recogida y tratamiento de medios de pago a las entidades de crédito.
 - c. Prestar servicios técnicos y operativos complementarios o accesorios de las actividades citadas en las letras a y b anteriores, así como cualesquiera otros requeridos para que la Sociedad colabore y coordine sus actividades en el ámbito de los sistemas de pago.
 - d. Las demás que le encomiende el Gobierno, previo informe del Banco de España.

La Sociedad podrá participar en los restantes sistemas que regula la presente Ley, sin que pueda asumir riesgos ajenos a los derivados de la actividad que constituye su objeto exclusivo. Por el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, se establecerán aquellas actividades de intermediación financiera que la sociedad puede realizar y que resulten necesarias para el desarrollo de sus funciones.

En el marco de su objeto social, la sociedad podrá establecer con otros organismos o entidades que desarrollen funciones análogas, dentro o fuera del territorio nacional, las relaciones que estime convenientes para el mejor desarrollo de las funciones que le competen, y asumir la gestión de otros sistemas, o servicios de finalidad análoga, distintos del citado Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

2. La sociedad establecerá las normas básicas de funcionamiento de los sistemas que gestione, incluyendo el régimen de adhesión a los mismos, las condiciones que regulen las órdenes cursadas a dichos sistemas y el momento en que éstas se entenderán aceptadas, así como los procedimientos de compensación de las mismas y los medios de cobertura de las obligaciones que asuman los participantes. El Banco de España, atendiendo a los riesgos que entrañe en el procesamiento y liquidación de los pagos, podrá fijar límites a la cuantía de las órdenes de transferencia de fondos que puedan ser cursadas a través de un determinado sistema, estableciendo, en su caso, los cauces

adecuados para las mismas. La sociedad podrá aceptar, administrar y ejecutar las garantías a constituir, en su caso, en los sistemas que gestione, llevar los registros de las operaciones y garantías y, en general, realizar cuantos actos de disposición y administración resulten necesarios o adecuados para su mejor funcionamiento.

3. La supervisión de la sociedad será ejercida por el Banco de España, a quien corresponderá autorizar, con carácter previo a su adopción por los órganos correspondientes de la sociedad, los estatutos sociales y sus modificaciones, así como las normas básicas de funcionamiento de los sistemas y servicios que gestione. En el caso de las normas básicas relativas a los servicios complementarios o accesorios a que se refiere la letra c del apartado 1, y de las restantes instrucciones que regulen la operativa de los sistemas y servicios gestionados por la Sociedad, ésta deberá comunicarlas al Banco de España a la mayor brevedad posible tras su adopción, pudiendo entrar en vigor una vez transcurrido el plazo a determinar por el Banco de España, sin haber mostrado su oposición.

Disposición Final Octava

Modificación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Se añade un segundo párrafo en el apartado 2 del artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en los siguientes términos:

En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso, será de aplicación lo establecido en el artículo 62.4 de la Ley Concursal.

Disposición Final Novena

Modificación de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo párrafo al *artículo 8* con el siguiente tenor literal:

Cuando sea de aplicación la Ley de servicios de pago, las disposiciones en materia de información contenidas en el artículo 7.1 de la presente Ley, con excepción de lo establecido en el párrafo 2 apartados c a g, lo dispuesto en el párrafo 3, apartados a, b y e y lo incluido en el párrafo 4, apartado b, se sustituirán por lo establecido en el artículo 18 (transparencia de las condiciones y de los requisitos de información aplicables a los servicios de pago) de la Ley de servicios de pago y sus disposiciones de desarrollo, en los términos que allí se establezcan.

Dos. Se deroga el artículo 12.

Disposición Final Decima

Incorporación de Derecho de la Unión Europea

Mediante esta Ley se incorpora parcialmente al Derecho español la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 13 de noviembre de 2009.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas

Desde la puesta en marcha del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, tanto el derecho comunitario como el nacional han arbitrado mecanismos para que dicho proceso se produjera en un entorno de libre competencia y de pleno respeto a los derechos de los usuarios finales. En nuestro ordenamiento, la normativa básica a este respecto se contiene en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. En el ámbito comunitario, los derechos específicos de los usuarios de telecomunicaciones se recogen principalmente en la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva del servicio universal). Este real real decreto, por lo tanto, es transposición de la citada directiva.

Por una parte, se establece el servicio universal de telecomunicaciones, que garantiza ciertas prestaciones a todos los ciudadanos, con independencia de su localización geográfica, a un precio asequible y con un nivel de calidad determinado. La garantía del servicio universal corresponde al operador designado para su prestación y su supervisión y control, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Por otra parte, se reconocen a todos los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, con independencia del operador con el que contraten, una serie de derechos, como el de disponer de un contrato en el que figuren las condiciones que se le aplican, el derecho a darse de baja en cualquier momento, el de ser indemnizado en caso de interrupción del servicio, o el de recibir facturación detallada, entre muchos otros.

Esta protección específica del usuario de telecomunicaciones se añade, además, a la que todo consumidor y usuario tiene conforme a la legislación general de protección de los consumidores, en particular el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como la normativa autonómica dictada en la materia. La complementariedad de ambos regímenes, convierte a las telecomunicaciones en uno de los sectores cuyos usuarios gozan de un mayor nivel de protección.

El Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, no sólo reconoce un importante número de derechos a los usuarios finales, sino que, además, establece un eficaz mecanismo para su protección: el

procedimiento de resolución de controversias entre usuarios finales y operadores, de manera que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dispone de competencia para la resolución vinculante de conflictos entre ambas partes.

Tras más de tres años de experiencia en la aplicación del régimen de derechos los usuarios finales de telecomunicaciones, para avanzar en su protección, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas contiene, entre otras medidas, un mandato para la aprobación de esta norma.

Sin perjuicio de las competencias de las Comunidad Autónomas sobre protección general de consumidores y usuarios, este real decreto regula el régimen de protección específica de estos usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas. Manteniendo los derechos existentes, incluye nuevas garantías que regirán, a partir de su entrada en vigor, sus relaciones con los operadores, elevando así el alto nivel de protección de que eran titulares hasta el momento.

Se recogen las prestaciones que, como servicio universal, deben garantizarse por el operador designado a todos los ciudadanos, incluyendo las medidas específicas para el acceso al servicio telefónico fijo por personas con discapacidad.

En los aspectos contractuales, se han introducido mecanismos que garanticen la necesaria coordinación entre los procedimientos regulados para el acceso a las redes por los operadores y las relaciones contractuales entre éstos y los usuarios finales. Con ello, se dotan de mayores garantías jurídicas para los usuarios los procesos de altas, bajas y de cambio de operador. Se recogen hasta quince extremos que deberán figurar en los contratos, en garantía de la información a los usuarios finales de las condiciones que se le aplican.

Se refuerza la protección de los usuarios finales en los procesos de alta, tanto en la información que reciben como en las prestaciones recibidas. A este respecto, estará prohibido publicitar velocidades de acceso a Internet superiores a las que admita la tecnología utilizada. Asimismo, los operadores deberán informar a los usuarios sobre los factores que pueden limitar la velocidad efectiva que experimentan.

Asimismo, se fija en dos días, previéndose su reducción a 24 horas, el plazo en que la portabilidad debe llevarse a efecto, en línea con las propuestas sobre reducción de plazos para la portabilidad que se están llevando a cabo en el seno de la Unión Europea, dentro de los trabajos para la elaboración del nuevo marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas. Esta medida permitirá una mayor agilidad en los procesos de cambio de operador, y, con ello, favorecer la competencia. Asimismo, se prevé continuar con la mejora de los procedimientos de portabilidad, sin que ello suponga un incremento en el coste para el usuario final.

Se regulan las obligaciones de transparencia de los operadores, tanto en relación con las condiciones contractuales que aplican a los usuarios finales como con los niveles de calidad conseguidos. De este modo, se refuerza la capacidad de elección de los usuarios, que podrá comparar entre niveles de calidad conseguidos por los distintos operadores.

El usuario final tendrá derecho a ser indemnizado por las interrupciones del servicio que sufra. Este real decreto contiene reglas específicas para la determinación de la cuantía de la compensación, distinguiendo el servicio de acceso a Internet del de telefonía. La práctica de la compensación deberá ser automática si su cuantía es superior a un euro para el servicio telefónico o si supera las seis horas en horario de 8.00 a 22.00 para el de acceso a Internet.

Los usuarios finales de todos los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho a recibir facturas por los cargos en que incurran. A este respecto, este real decreto contiene el desglose que deberá contener la factura del servicio telefónico, tanto fijo como móvil. En el supuesto de que en la factura de un servicio de comunicaciones electrónicas se contengan importes correspondientes a bienes o servicio que no tengan tal naturaleza, se establece que el impago de estos últimos no podrá acarrear la suspensión del servicio de comunicaciones electrónicas. Este derecho del usuario final constituye una eficaz protección, de modo que la continuidad del servicio no podrá verse amenazada por posibles impagos de bienes o servicios distintos.

Los derechos de los usuarios finales se corresponden con las correlativas obligaciones que deben exigírseles en la contratación y uso de los servicios de comunicaciones electrónicas. En este sentido, deberán utilizar los servicios para los fines previstos en el contrato, evitando un uso fraudulento, cumplir con la contraprestación prevista por el suministro de los servicios o utilizar terminales que hayan evaluado su conformidad según la normativa vigente.

Finalmente, este amplio catálogo de derechos se completa con importantes mecanismos de protección del usuario, tanto en orden a su acreditación como a su reparación en caso de incumplimiento.

Por una parte, se regulan los requisitos que deben reunir los servicios de atención al cliente de los operadores. Esta regulación se encamina a garantizar una atención eficaz hacia los usuarios finales. Se refuerza el derecho de estos a disponer de una acreditación documental de todas las gestiones de relevancia contractual que realicen telefónicamente.

Por otra parte, se recoge en este real decreto la regulación del procedimiento de resolución de controversias entre usuarios finales y operadores. Estos podrán dirigir reclamaciones a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que, en el plazo máximo de seis meses, las resolverá de manera vinculante para el operador, ordenando las medidas que resulten necesarias para restituir a los usuarios sus derechos vulnerados. Con ello se está dando cumplimiento al artículo 34 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio

universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva del servicio universal). Este procedimiento de resolución de controversias se entiende sin perjuicio de las medidas sancionadoras que procedan en caso de incumplimiento de la normativa de protección de los usuarios finales.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio y de la Ministra de Sanidad y Política Social, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 22 de mayo de 2009,

DISPONGO:

Índice

Título primero. Disposiciones Generales.

Artículo 1. Objeto y definiciones. Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Título II. Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas.

Artículo 3. Derechos de los usuarios.

Capítulo I. Derecho al acceso a la red telefónica fija, con una conexión que garantice el acceso funcional a Internet, así como al resto de prestaciones incluidas en el Servicio Universal, a un precio asequible y con una calidad determinada.

Artículo 4. Servicios que se incluyen en el ámbito del servicio universal

Capítulo II. Derecho a celebrar contratos y a rescindirlos, así como a cambiar de Operador.

Artículo 5. Celebración de contratos.

Artículo 6. Depósitos de garantía.

Artículo 7. Extinción de los contratos.

Artículo 8. Contenido de los contratos.

Artículo 9. Modificaciones contractuales.

Artículo 10. Procesos de cambio de operador.

Artículo 11. Aprobación y modificación de contratos y otras condiciones.

Capítulo III. Derecho a la información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por los Operadores y las garantías legales.

Artículo 12. Derecho a información veraz, eficaz, suficiente,

transparente y actualizada.

Artículo 13. Comunicaciones comerciales.

Capítulo IV. Derecho a recibir servicios de telecomunicaciones con garantías de calidad, así como a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

Artículo 14. Obligaciones sobre calidad y facturación.

Capítulo V. Derecho a la continuidad del servicio y a ser indemnizado en caso de interrupción.

Artículo 15. Derecho a indemnización por la interrupción temporal del servicio telefónico disponible al público.

Artículo 16. Derecho a compensación por la interrupción temporal del servicio de acceso a Internet.

Artículo 17. Determinación de los usuarios afectados por una interrupción del servicio telefónico móvil o de acceso a Internet móvil.

Artículo 18. Responsabilidad por daños.

Artículo 19. Suspensión temporal por impago del servicio telefónico desde una ubicación fija.

Artículo 20. Interrupción definitiva por impago del servicio telefónico desde una ubicación fija.

Capítulo VI. Derecho a la facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago de los servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.

Artículo 21. Facturación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Artículo 22. Facturación desglosada del servicio telefónico.

Artículo 23. Integración de otros cargos en la factura de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Artículo 24. Derecho de desconexión de determinados servicios.

Artículo 25. Medios de pago.

Capítulo VII. Derecho a una atención eficaz por el operador.

Artículo 26. Servicio de atención al cliente de los operadores.

Capítulo VIII. Derecho a vías rápidas y eficaces para reclamar.

Artículo 27. Controversias entre operadores y usuarios finales.

Capítulo IX. Derecho a prestaciones especiales para personas con discapacidad o de renta baja.

Artículo 28. Medidas para facilitar la accesibilidad al servicio por las personas con discapacidad.

Artículo 29. Garantía del carácter asequible del servicio universal.

Capítulo X. Protección en la utilización de servicios de tarificación adicional.

Artículo 30. Servicios de tarificación adicional.

Capítulo XI. Derecho a la protección de datos personales.

Artículo 31. Derechos en materia de protección de datos.

Capítulo XII. Obligaciones de los usuarios finales.

Artículo 32. Obligaciones de los usuarios finales.

Disposición transitoria primera. Vigencia de normas.

Disposición transitoria segunda. Especificaciones de la portabilidad.

Disposición transitoria tercera. Códigos para la prestación de servicios de tarificación adicional

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Disposición final segunda. Título competencial.

Disposición final tercera. Incorporación de derecho de la Unión Europea.

Disposición final cuarta. Facultades de desarrollo.

Disposición final quinta. Entrada en vigor.

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales

Artículo 1. Objeto y definiciones

- 1. Este real decreto tiene por objeto la aprobación de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, en desarrollo del artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
 - 2. A los efectos de este real decreto se entiende por:
 - a) «Abonado»: cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, para la prestación de dichos servicios.
 - b) «Bucle local»: el circuito físico que conecta el punto de terminación de la red en las dependencias del abonado a la red de distribución principal o instalación equivalente de la red pública de telefonía fija.
 - c) «Operador»: la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad

- d) «Servicio de comunicaciones electrónicas»: el prestado por lo general a cambio de una remuneración, que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones v servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas que no consistan. en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.
- e) «Servicio de tarificación adicional»: los que hayan sido declarados como tales por resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en razón de la existencia de una facturación superior al coste del servicio de comunicaciones electrónicas y en interés de una especial protección de los derechos de los usuarios.
- f) «Usuario final»: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni tampoco los revende.

Artículo 2. Ámbito de aplicación Serán titulares de los derechos reconocidos en este real decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición.

Los derechos reconocidos en este real decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios.

TÍTULO II

Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas

Artículo 3. Derechos de los usuarios finales Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas serán titulares, además de los derechos establecidos en el artículo 8 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de los siguientes derechos, en las condiciones establecidas en este real decreto:

- a) Derecho a obtener una conexión a la red telefónica públicas desde una ubicación fija, que posibilite el acceso funcional a Internet, y acceder a la prestación del servicio telefónico, así como al resto de prestaciones incluidas en el servicio universal, con independencia de su localización geográfica, a un precio asequible y con una calidad determinada.
- b) Derecho a celebrar contratos y a rescindirlos, así como a cambiar de operador de forma segura y rápida, con conservación del número telefónico. En particular, incluye el derecho a resolver el contrato anticipadamente, sin penalización, en supuestos de modificación del mismo por el operador por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- c) Derecho a la información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por los operadores y las garantías legales.
- d) Derecho recibir servicios de comunicaciones electrónicas con garantías de calidad, así como a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- e) Derecho a la continuidad del servicio, y a una indemnización en caso de interrupciones.
- f) Derecho a una facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago de los

servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.

- g) Derecho a una atención eficaz por el operador.
- h) Derecho a unas vías rápidas y eficaces para reclamar.
- i) Derecho a prestaciones especiales para personas con discapacidad y de renta baja.
- j) Derecho a una especial protección en la utilización de servicios de tarificación adicional.
- k) Derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Capítulo I

Derecho al acceso a la red telefónica fija, con una conexión que garantice el acceso funcional a Internet, así como al resto de prestaciones incluidas en el servicio universal, a un precio asequible y con una calidad determinada

Artículo 4.
Servicios que se incluyen en el ámbito del servicio universal

- 1. Se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.
- 2. Bajo el concepto de servicio universal se garantiza, en los términos y condiciones que se establecen en el título III del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, lo siguiente:
 - a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables. La conexión deberá ofrecer la posibilidad de establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.
 - b) Que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio un servicio de información general o consulta telefónica sobre números de abonados.
 - c) Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en todo el territorio nacional.

- d) Que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.
- e) Que las personas con necesidades sociales especiales, dispongan de opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial y que les permitan tener acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija y hacer uso de éste.
- f) Que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación por zonas u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias.

Capítulo II

Derecho a celebrar contratos y a rescindirlos, así como a cambiar de operador

Artículo 5. Celebración de los contratos 1. Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores, con el contenido mínimo previsto en el artículo 8, y a recibir el servicio en las condiciones pactadas con ellos.

La formalización y entrega del contrato se regirá por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sin perjuicio de otras formalidades adicionales que, en su caso, se establezcan en la regulación de la portabilidad y la preselección.

- 2. Los operadores no podrán acceder a la línea de un usuario final sin su consentimiento expreso e inequívoco.
- 3. En relación con el servicio de banda ancha para acceder a Internet, el operador no podrá aplicar al usuario final una oferta cuya velocidad máxima publicitada sea superior a la velocidad máxima que admita la tecnología utilizada sobre su bucle local o en el enlace de acceso.

El operador deberá informar al usuario final, antes de su contratación, de los factores relevantes que limitan la velocidad efectiva que puede experimentar el usuario, diferenciando aquellos sobre los que tiene control el operador de los ajenos al mismo.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, mediante resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información se podrá establecer el contenido mínimo y demás condiciones que los operadores deben cumplir al informar a los usuarios, con carácter previo a la contratación.

Artículo 6. Depósitos de garantía

- 1. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija únicamente podrán exigir a los abonados a dicho servicio la constitución de un depósito de garantía, tanto en el momento de contratar como durante la vigencia del contrato, en los siguientes supuestos:
 - a) En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija solicitado por personas físicas o jurídicas que sean o hayan sido con anterioridad abonados al servicio y hubieran dejado impagados uno o varios recibos, en tanto subsista la morosidad.
 - b) En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija cuyos titulares tuvieran contraídas deudas por otro u otros contratos de abono, vigentes o no en ese momento, o bien que de modo reiterado se retrasen en el pago de los recibos correspondientes.
 - c) Para los abonados al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija titulares de líneas que dan servicio a equipos terminales de uso público para su explotación por terceros en establecimientos públicos.
 - d) En los contratos para la prestación de servicios de tarificación adicional formalizados entre los operadores de red y los prestadores de dichos servicios.
 - e) En aquellos supuestos en que excepcionalmente lo autorice la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a petición de los operadores, en casos de existencia de fraude o tipos de fraude detectados de modo cierto y para asegurar el cumplimiento del contrato por los usuarios finales.

- 2. La cuantía de los depósitos, su duración, el procedimiento para su constitución y devolución, así como si serán o no remunerados se determinará mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio.
- 3. A los depósitos de garantía para servicios distintos al telefónico desde una ubicación fija se aplicará lo dispuesto en los correspondientes contratos de abono o de prepago con sujeción, en todo caso, a lo previsto en la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios.

Artículo 7. Extinción de los contratos El contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir efectos.

El operador se abstendrá de facturar y cobrar cualquier cantidad que se haya podido devengar, por causa no imputable al usuario final, con posterioridad al plazo de dos días en que debió surtir efectos la baja.

El procedimiento habilitado por el operador para que el consumidor haga uso de este derecho se ajustará a lo previsto en el artículo 26.2 de este real decreto, garantizando en todo caso al usuario la constancia del contenido de su solicitud de baja en el servicio.

Artículo 8. Contenido de los contratos

- 1. Los contratos que celebren los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas con los operadores precisarán, como mínimo, los siguientes aspectos:
 - a) El nombre o razón social del operador y el domicilio de su sede o establecimiento principal.
 - b) El teléfono de atención al cliente y, en su caso, otras vías de acceso a dicho servicio.
 - c) Las características del servicio de comunicaciones electrónicas ofrecido, la descripción de cada una de las prestaciones incluidas en el contrato, con la indicación de qué conceptos se incluyen respectivamente en la cuota de abono y, en su caso, en otras cuotas. Asimismo, figurará el derecho de desconexión, en su caso, y su modo de ejercicio, en los supuestos del artículo 24.
 - d) Los niveles individuales de calidad de servicio establecidos conforme a los parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el Ministerio

- de Industria, Turismo y Comercio, así como las indemnizaciones asociadas al incumplimiento de los compromisos de calidad y si éstas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final. Entre dichos parámetros figurará el relativo al tiempo de suministro de la conexión inicial
- e) Precios y otras condiciones económicas de los servicios. Se incluirán en el contrato los precios generales relativos al uso del servicio, desglosando, en su caso, los distintos conceptos que los integren y los servicios incluidos en los mismos. Asimismo, se especificarán las modalidades de obtención de información actualizada sobre todas las tarifas aplicables y las cuotas de mantenimiento.
- f) Período contractual, indicando, en su caso, la existencia de plazos mínimos de contratación y de renovación, así como, en su caso, las consecuencias de su posible incumplimiento.
- g) El detalle, en su caso, de los vínculos existentes entre el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas y otros contratos, como los relativos a la adquisición de aparatos terminales.
- h) Política de compensaciones y reembolsos, con indicación de los mecanismos de indemnización o reembolso ofrecidos, así como el método de determinación de su importe.
- i) Características del servicio de mantenimiento incluido y otras opciones
- j) Procedimientos de resolución de litigios de entre los previstos en el artículo 27, con inclusión, en su caso, de otros que haya creado el propio operador.
- k) Causas y formas de extinción y renovación del contrato de abono, entre las que deberá figurar expresamente, además de las causas generales de extinción de los contratos, la de la voluntad unilateral del abonado, comunicada al operador con una antelación mínima de dos días al que ha de surtir efectos, así como el procedimiento para ejercitar este derecho.
- Dirección postal y de correo electrónico del departamento o servicio especializado de atención al cliente a que se refiere el artículo 26, teléfonos propios del operador y, en su caso, página web, o cualquier

- otro medio adicional habilitado por el operador, a efectos de la presentación de quejas, reclamaciones, gestiones con incidencia contractual y peticiones por parte del abonado, especificando un procedimiento sencillo, gratuito y sin cargos adicionales, que permita la presentación de las mismas y su acreditación.
- m) Página de Internet en que figura la información que el operador debe publicar, conforme al artículo 12.
- n) Reconocimiento del derecho a la elección del medio de pago, de entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.
- o) Información referida al tratamiento de los datos de carácter personal del cliente, en los términos exigidos por la legislación vigente en esta materia.
- p) Información al cliente en materia de protección de los datos personales en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en los supuestos y con el contenido exigido por las disposiciones del capítulo I del título V del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/ 2005, de 15 de abril, cuando proceda.
- 2. El contenido mínimo previsto en el apartado anterior deberá, constar, igualmente, en las condiciones generales y particulares de los contratos de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, en la modalidad de prepago. En dichas condiciones generales figurará el procedimiento, para conocer el saldo y el detalle del consumo, así como para la recarga.

Artículo 9. Modificaciones contractuales

- 1. Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrán ser modificados por los motivos válidos expresamente previstos en el contrato.
- 2. El usuario final tendrá derecho a resolver anticipadamente y sin penalización alguna el contrato en los supuestos previstos en el apartado anterior.
- 3. Los operadores deberán notificar al usuario final las modificaciones contractuales con una antelación mínima de un mes, informando expresamente en la notificación de su derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna.

Artículo 10. Procesos de cambio de operador 1. Con independencia de los mecanismos que utilicen los operadores para el acceso a las redes, los procesos de cambio de operador se realizarán, con carácter general, a través de la

baja del usuario final con el operador de origen y el alta con el de destino. A los efectos de tramitación de la baja, el abonado deberá comunicarla directamente al operador de origen conforme al procedimiento que figure en el contrato.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la recepción por el operador de origen de una solicitud válida de cambio de operador con conservación de número implicará la baja con dicho operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada. La baja surtirá efectos a partir del momento en que el operador de origen deje de prestar efectivamente el servicio.

Asimismo, en caso de que un operador preste servicios soportados por una línea de acceso de titularidad de otro operador, una notificación por éste a aquél, a través de los procedimientos regulados para el acceso a las redes, de baja técnica que haga imposible la continuación en la prestación del servicio deberá ser considerada por ese operador como una baja contractual, una vez haya dejado de tener acceso a la red.

2. Los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados en los términos establecidos en el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.

Artículo 11.

Aprobación y notificación de contratos y otras condiciones

1. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información aprobará, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la Agencia Española de Protección de Datos y del Instituto Nacional del Consumo, y con audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios, a través del Consejo de Consumidores y Usuarios, con carácter previo a su utilización, las condiciones generales de contratación relativas a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que estén sujetos a obligaciones de servicio público. En caso de que en la tramitación del procedimiento de aprobación, ésta vaya a denegarse o se vayan a imponer condiciones, deberá otorgarse un trámite de audiencia al operador.

Los contratos respetarán los niveles mínimos de calidad que, en su caso, se establezcan.

2. La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información aprobará con carácter previo a su utilización, y con informe de la Comisión de supervisión de los servicios de tarificación adicional, de la Agencia Española de Protección de Datos, del Consejo de Consumidores y Usuarios y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, las condiciones generales de contratación relativas a la prestación de servicios de tarificación adicional, definidos en el artículo 30 y establecerá, en su caso, las condiciones imperativas aplicables.

En caso de que en la tramitación del procedimiento de aprobación, ésta vaya a denegarse o se vayan a imponer condiciones, deberá otorgarse un trámite de audiencia al operador.

3. Las condiciones generales de contratación distintas a las mencionadas en los apartados anteriores y sus actualizaciones y modificaciones deberán ser comunicados, con al menos un mes de antelación a su entrada en vigor, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Instituto Nacional del Consumo, a la Agencia Española de Protección de Datos y al Consejo de Consumidores y Usuarios. Este último organismo las pondrá a disposición de las asociaciones de consumidores y usuarios integradas en él.

Los operadores que presten las facilidades de identificación de la línea llamante y de la línea conectada deberán comunicar la información relativa a la prestación de dichas facilidades a las entidades citadas en el párrafo anterior.

Asimismo, los operadores deberán comunicar a dichas entidades, con diez días naturales de antelación a su entrada en vigor, las tarifas que no deban figurar obligatoriamente en los contratos con los abonados.

Capítulo III

Derecho a la información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las concisiones ofrecidas por los operadores y las garantías legales

Artículo 12.

Derecho a información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada

1. Antes de contratar, los operadores de comunicaciones electrónicas deben poner a disposición del usuario final de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información veraz, eficaz, suficiente y transparente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los servicios objeto del mismo.

Los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas publicarán sus condiciones generales de contratación en un lugar fácilmente accesible de su página de Internet. Asimismo, facilitarán dichas condiciones por escrito, si así lo solicita un usuario final, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción, e informarán sobre ellas en el teléfono de atención al público, que tendrá el coste máximo del precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo.

- 2. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público facilitarán, por los medios establecidos en el apartado anterior, la siguiente información:
 - a) Su nombre o razón social y el domicilio de su sede o establecimiento principal.
 - b) En relación con el servicio telefónico disponible al público que prestan:
 - 1.º Descripción de los servicios ofrecidos, indicando todos los conceptos que se incluyen en la cuota de alta, en la cuota de abono y en otras cuotas de facturación periódica.
 - 2.º Tarifas generales, que incluyan la cuota de acceso y todo tipo de cuota de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas.
 - 3.º Política de compensaciones y reembolsos, con detalles concretos de los mecanismos de indemnización y reembolso ofrecidos.
 - 4.º Tipos de servicios de mantenimiento incluidos y otras opciones.
 - 5.º Condiciones normales de contratación, incluido el plazo mínimo, en su caso.
 - c) Procedimientos de resolución de conflictos, con inclusión de los creados por el propio operador.
 - d) Información, en su caso, acerca de los derechos en relación con el servicio universal, incluidas las facilidades y servicios citados en el artículo 35 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril
- 3. Los operadores que presten las facilidades de identificación de la línea llamante y de la línea conectada deberán comunicar la información relativa a la prestación de dichas facilidades por los medios indicados en el apartado 1 de este artículo.

4. Mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrán establecerse los términos conforme a los cuales deberá publicarse la información a que se refiere este artículo, con objeto de posibilitar la comparación.

Artículo 13. Comunicaciones comerciales Las comunicaciones comerciales en las que se haga referencia a ofertas sujetas a limitaciones temporales o de otra índole deben informar, de una forma adecuada a las limitaciones del medio utilizado para la comunicación, de tales limitaciones. Las limitaciones temporales a las que, en su caso, estén sujetas las ofertas deberán ser razonables.

Capítulo IV

Derecho a recibir servicios de telecomunicaciones con garantías de calidad, así como a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público

Artículo 14.
Obligaciones
sobre calidad y
facturación

1. Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas publicarán información detallada, comparable, pertinente, fácilmente comprensible, accesible y actualizada sobre la calidad de los servicios que presten. Esta información tendrá que constar en la página de Internet del operador. Los parámetros y métodos para su medición deberán estar disponibles para los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales.

A tales efectos, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá especificar, mediante orden, entre otros elementos, los parámetros de calidad de servicio que habrán de cuantificarse, así como el contenido y formato de la información que deberá hacerse pública, las modalidades de su publicación y las condiciones orientadas a garantizar la fiabilidad y la posibilidad de comparación de los datos, incluida la realización anual de auditorías.

2. Los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán facilitar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previa petición, la información de calidad de servicio que le requiera para la publicación de síntesis comparativas y para el control y seguimiento de las condiciones de prestación de los servicios y de las obligaciones de carácter público. Dicha información se deberá referir a los

parámetros establecidos por la orden ministerial a la que se refiere el apartado anterior. Adicionalmente, se podrá establecer la obligación de informar sin necesidad de petición previa cuando se produzcan degradaciones importantes de la calidad de servicio, en los términos que allí se establezcan.

3. Mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrán establecerse, asimismo, mecanismos para garantizar la exactitud de la facturación realizada, que podrán incluir, en particular, la necesidad de que determinadas categorías de operadores, como aquellos que prestan servicio con tarificación en función de la duración de la conexión, del volumen de información o de la distancia, tengan que acreditar que sus sistemas de medida, de tarificación y de gestión de la facturación cumplan con normas de aseguramiento de la calidad como las de la familia ISO 9000.

Capítulo V

Derecho a la continuidad del servicio y a ser indemnizado en caso de Interrupción

Artículo 15.
Derecho a
indemnización
por la interrupción temporal del
servicio telefónico disponible
al público

- 1. Cuando, durante un período de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio telefónico disponible al público, el operador deberá indemnizar con una cantidad que será, al menos, igual a la mayor de las dos siguientes:
 - a) El promedio del importe facturado por todos los servicios interrumpidos durante los tres meses anteriores a la interrupción, prorrateado por el tiempo que haya durado la interrupción. En caso de una antigüedad inferior a tres meses, se considerará el importe de la factura media en las mensualidades completas efectuadas o la que se hubiese obtenido en una mensualidad estimada de forma proporcional al período de consumo efectivo realizado.
 - b) Cinco veces la cuota mensual de abono o equivalente vigente en el momento de la interrupción, prorrateado por el tiempo de duración de ésta.
 - El operador estará obligado a indemnizar automáticamente al abonado, en la factura correspondiente al período inmediato al considerado cuando la interrupción del servicio suponga el derecho a una indemnización por importe superior a 1 euro. En la factura correspondiente se hará constar la

fecha, duración y cálculo de la cuantía de la indemnización que corresponde al abonado.

En el caso de abonados sujetos a modalidades prepago, el correspondiente ajuste en el saldo se realizará en un plazo no superior al del resto de abonados.

En interrupciones por causas de fuerza mayor, el operador se limitará a compensar automáticamente al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras independientes del tráfico, prorrateado por el tiempo que hubiera durado la interrupción.

El contrato de abono del servicio telefónico deberá recoger los términos y condiciones en que se dará cumplimiento a esta obligación.

- 2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando la interrupción temporal esté motivada por alguna de las causas siguientes:
 - a) Incumplimiento grave por los abonados de las condiciones contractuales, en especial en caso de fraude o mora en el pago que dará lugar a la aplicación de la suspensión temporal e interrupción de los artículos 19 y 20, respectivamente. En todo caso, la suspensión temporal o interrupción afectará únicamente al servicio en el que se hubiera producido el fraude o mora en el pago.
 - b) Por los daños producidos en la red debido a la conexión por el abonado de equipos terminales que no hayan evaluado la conformidad, de acuerdo con la normativa vigente.
 - c) Incumplimiento del código de conducta por parte de un usuario que preste servicios de tarificación adicional, cuando la titularidad del contrato de abono corresponda a este último.
- 3. La indemnización prevista en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad por daños que se produzcan a los usuarios finales, que se exigirá conforme a lo previsto en el artículo 18

Artículo 16.

Derecho a
compensación
por la interrupción temporal del
servicio de
acceso a Internet

1. Cuando, durante un período de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio de acceso a Internet, el operador deberá compensar al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. A estos efectos, el operador estará obligado a indemnizar automáticamente al abonado, en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, cuando la interrupción del servicio, se haya producido de manera continua o discontinua, y sea superior a seis horas en horario de 8 a 22. En la factura correspondiente se hará constar la fecha, duración y cálculo de la cuantía de la compensación que corresponde al abonado.

El contrato de abono del servicio de acceso a Internet deberá recoger los términos y condiciones en que se dará cumplimiento a esta obligación.

- 2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando la interrupción temporal esté motivada por alguna de las causas siguientes:
 - a) Incumplimiento grave por los abonados de las condiciones contractuales.
 - b) Daños producidos en la red debido a la conexión por el abonado de equipos terminales que no hayan evaluado la conformidad, de acuerdo con la normativa vigente.
- 3. A los efectos del derecho a indemnización o compensación por la interrupción del servicio de acceso a Internet, y para la determinación de su cuantía, cuando un operador incluya en su oferta la posibilidad de contratar conjuntamente servicios de telefonía y otros servicios como el de acceso a Internet, podrá indicar en su oferta la parte del precio que corresponde a cada servicio. De no hacerlo, se considerará que el precio de cada uno es el proporcional al de su contratación por separado. Si el operador no comercializara los servicios por separado, se considerará que el precio correspondiente al servicio de acceso a Internet es del 50 por ciento del precio total.
- 4. La compensación prevista en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad por daños que se produzcan a los usuarios finales, que se exigirá conforme a lo previsto en el artículo 18.

Artículo 17.

Determinación de los usuarios afectados por una interrupción del servicio telefónico móvil o de acceso a Internet móvil

Se entenderá que una interrupción del servicio en una zona afecta a un abonado cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El operador conoce a través de sus sistemas de información que dicho abonado se encontraba en la zona afectada en el momento de la interrupción.
- b) La interrupción afecta al área donde se encuentra el domicilio que figura en el contrato y el operador, a través de sus sistemas de información, no puede situarle en otra zona durante el período de la interrupción.
- c) El abonado comunica al operador, mediante declaración responsable, en el plazo de 10 días contados a partir del restablecimiento del servicio, que ha estado en la zona afectada por la interrupción en el momento de producirse y dicha afirmación no resulta contradictoria con la obtenida de los sistemas de información del operador, circunstancia esta última que será debidamente comunicada por el operador al abonado.

En todo caso, la información a la que hacen referencia los supuestos anteriores, no podrá implicar el tratamiento de datos de localización.

Artículo 18. Responsabilidad por daños

- 1. Los operadores responderán por los daños causados a los usuarios finales conforme a lo previsto en la legislación civil o mercantil y, en su caso, en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- 2. La responsabilidad prevista en este artículo es distinta e independiente de la prevista en los artículos precedentes.

1. El retraso en el pago total o parcial por el abonado durante un período superior a un mes desde la presentación a éste del documento de cargo correspondiente a la facturación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija podrá dar lugar, previo aviso al abonado, a su suspensión temporal. El impago del cargo por los servicios de acceso a Internet o de servicios de tarifas superiores, en especial del servicio de tarificación adicional, sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios.

En caso de reclamación, corresponderá al operador probar que ha realizado el aviso previo a la suspensión a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 19. Suspensión temporal por impago del servicio telefónico desde una ubicación fija

- 2. En el supuesto de suspensión temporal del servicio telefónico por impago, éste deberá ser mantenido para todas las llamadas entrantes, excepto las de cobro revertido, y las llamadas salientes de urgencias.
- 3. El abonado tiene derecho a solicitar y obtener gratuitamente del operador del servicio la suspensión temporal de éste por un período determinado que no será menor de un mes ni superior a tres meses. El período no podrá exceder, en ningún caso, de 90 días por año natural. En caso de suspensión, se deducirá de la cuota de abono la mitad del importe proporcional correspondiente al tiempo al que afecte.

Artículo 20.
Interrupción definitiva por impago del servicio telefónico desde una ubicación fija

- 1. El retraso en el pago del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija por un período superior a tres meses o la suspensión temporal, en dos ocasiones, del contrato por mora en el pago de los servicios correspondientes dará derecho al operador, previo aviso al abonado, a la interrupción definitiva del servicio y a la correspondiente resolución del contrato. El impago del cargo por los servicios de acceso a Internet o de servicios de tarifas superiores, en especial del servicio de tarificación adicional, sólo dará lugar a la interrupción de tales servicios
- 2. Las condiciones en que puede efectuarse la suspensión o interrupción del servicio en los supuestos previstos tanto en este artículo como en el anterior serán fijados por orden ministerial. En la misma orden se regulará el procedimiento a seguir para la suspensión o interrupción.

Capítulo VI

Derecho a la facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago de los servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial

Artículo 21.
Facturación de los servicios de comunicaciones electrónicas

Los usuarios finales tendrán derecho a que los operadores les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido. Las facturas deben contener de forma obligatoria y debidamente diferenciados los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan. Los abonados a modalidades prepago tendrán derecho a obtener una información equivalente.

Los usuarios finales del servicio telefónico tendrán derecho a obtener facturación detallada, con el desglose que se establece en el artículo siguiente, sin perjuicio del derecho de los abonados a no recibir facturas desglosadas, al que se refiere el artículo 66 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Artículo 22. Facturación desglosada del servicio telefónico

- 1. De acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, los usuarios finales tendrán derecho a que los operadores del servicio telefónico disponible al público les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido, diferenciando debidamente los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan, e incluso, previa solicitud, a que les presenten facturas independientes para los servicios de tarificación adicional.
- 2. Asimismo, los usuarios finales del servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a obtener facturación detallada, sin perjuicio del derecho de los abonados a no recibir facturas desglosadas, con el nivel básico de detalle definido como el que incluye la identificación separada de los siguientes elementos:
 - a) El período de facturación.
 - b) La cuota mensual fija.
 - c) Otros cargos mensuales fijos.
 - d) Cualquier cuota fija no recurrente.
 - e) Detalle de todas las comunicaciones facturadas, excluidas las comunicaciones encuadradas en grupos tarifarios de bajo precio, tales como las metropolitanas, las de tarifa en horario normal inferior al equivalente de 3 céntimos de euro por minuto o a las de tarifa en horario normal inferior a 20 céntimos de euro por comunicación. Este detalle debe incluir: el número llamado, la fecha y hora de la llamada, la duración de la llamada, la tarifa aplicada y el coste total de la llamada. Las llamadas que tengan carácter gratuito para el abonado que efectúa la llamada no figurarán en la factura detallada de dicho abonado.
 - f) Datos agregados por grupos tarifarios diferenciados, tales como: metropolitanas, nacionales, internacionales, a móviles y tarificación adicional, que incluyan el número de llamadas efectuadas, el número total de minutos y el coste total de cada grupo.
 - g) Base imponible.

- Total IVA o impuesto equivalente que le sea de aplicación.
- Importe total de la factura, impuestos incluidos.
 Los abonados a modalidades prepago tendrán
 derecho a tener acceso a una información
 equivalente, a través de los medios que se
 especifiquen en las correspondientes condiciones
 generales.
- 3. De acuerdo con lo establecido en el artículo 35.2.e) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, el nivel básico de detalle de las facturas del servicio telefónico disponible al público será ofrecido de forma gratuita por el operador que lo preste como obligación de servicio universal.

En los demás casos, cuando los operadores no ofrezcan con carácter gratuito dicho nivel básico de detalle, y también en relación con la información sobre los consumos realizados para los abonados de prepago, o para desgloses más detallados que los indicados en el apartado anterior, los operadores deberán especificar su precio dentro de las condiciones de prestación del servicio. No obstante, cuando una factura o una cuenta prepago sea objeto de reclamación, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 27 de este real decreto, el operador deberá facilitar gratuitamente, previa solicitud del abonado, el nivel básico de detalle de la factura o cuenta reclamada.

4. El desglose establecido en este artículo se entiende, sin perjuicio de los establecidos en los apartados octavo y undécimo de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

Artículo 23.
Integración de otros cargos en la factura de los servicios de comunicaciones electrónicas

1. En el supuesto de que en la factura de un servicio de comunicaciones electrónicas se incluyan importes correspondientes a servicios que no tienen tal naturaleza, será obligatorio que se efectúe el desglose, de manera que pueda identificarse el importe correspondiente al servicio o servicios de comunicaciones electrónicas.

El usuario final que pague la parte de la factura que corresponda, según el desglose establecido en el párrafo anterior, al servicio de comunicaciones electrónicas no podrá ser suspendido en el mismo, sin perjuicio de la deuda que pueda subsistir por el importe impagado en otros conceptos. A estos efectos, en caso de disconformidad con la factura, el abonado tendrá derecho, previa petición, a la obtención de facturas independientes para cada servicio.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo facultará al usuario final a considerar que la totalidad de la factura se libra por servicios que no tienen la consideración de comunicaciones electrónicas, por lo que su impago no podrá acarrear su suspensión.

- 2. Los usuarios finales tendrán derecho a obtener, a su solicitud, facturas independientes para los servicios de tarificación adicional y otros servicios de tarifas superiores y a las garantías sobre estos servicios que se establezcan por orden ministerial.
- 3. Los abonados a modalidades prepago tendrán derecho a la información desglosada y a las garantías establecidas en este artículo.

Artículo 24.

Derecho de desconexión de determinados servicios

- 1. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público deberán garantizar a sus abonados el derecho a la desconexión de determinados servicios, entre los que se incluirá, al menos, el de llamadas internacionales y a servicios de tarificación adicional.
- 2. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público regularán en sus correspondientes contratos de abono la forma de ejercicio del derecho de desconexión. A estos efectos, el abonado comunicará al operador, su intención de desconectarse de determinados servicios, debiendo admitirse en todo caso la petición escrita, y las realizadas por vía telefónica o telemática. El operador habrá de proceder a dicha desconexión como máximo en el plazo de 10 días desde la recepción de la comunicación del abonado. En caso de que dicha desconexión no se produjera tras esos 10 días, por causas no imputables al abonado, serán de cargo del operador los costes derivados del servicio cuya desconexión se solicita.
- 3. Las facturas o documentos de cargo que se emitan por los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público para el cobro de los servicios prestados deberán reflejar, al menos semestralmente y de manera adecuada para ser percibido claramente por el abonado, el derecho de desconexión establecido en este artículo. Los términos y la periodicidad en

que dicha obligación deberá ser llevada a cabo podrán ser concretados mediante resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, previo informe del Instituto Nacional del Consumo y, en el caso de los servicios de tarificación adicional, de la Comisión de supervisión de servicios de tarificación adicional.

4. De acuerdo con lo establecido en el artículo 35.2.c) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, la desconexión de los servicios previstos en el apartado 1 será ofrecida de forma gratuita por el operador que la preste como obligación de servicio universal.

Artículo 25. Medios de pago Los abonados tendrán derecho a la elección del medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial. El contrato celebrado entre el operador y el usuario final deberá reflejar este derecho.

Capítulo VII

Derecho a una atención eficaz por el operador

Artículo 26. Servicio de atención al cliente de los operadores 1. Los operadores deberán disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones y cualquier incidencia contractual que planteen sus clientes. Los titulares del departamento o servicio de atención al cliente serán los encargados de relacionarse, en su caso, con el servicio administrativo de solución de controversias a que se refiere el artículo 27 y al que remitirán la información que les sea requerida, con indicación del número de referencia asignado a la correspondiente reclamación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, mediante orden ministerial podrá establecerse, en función del número de trabajadores del operador o de su volumen de negocio, la exención de la obligación de disponer del departamento o servicio especializado a que dicho párrafo se refiere, sin perjuicio del cumplimiento del resto de requisitos establecidos en el artículo 8.1.1).

2. El servicio de atención al cliente del operador, de carácter gratuito, deberá prestarse de manera tal que el usuario final tenga constancia de las reclamaciones, quejas y, en general, de todas las gestiones con incidencia contractual que realice el abonado. A dichos efectos, el operador estará obligado a

comunicar al abonado el número de referencia de las reclamaciones, quejas, peticiones o gestiones. El operador deberá admitir, en todo caso la vía telefónica para la presentación de reclamaciones.

Si el medio habilitado por el operador para la atención de reclamaciones, incidencias o gestiones con incidencia contractual es telefónico, éste estará obligado a informar al consumidor de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de la reclamación, incidencia o gestión mediante cualquier soporte que permita tal acreditación.

- 3. En caso de contratación telefónica o electrónica, si el usuario final se acoge a una oferta que prevea la aplicación de condiciones distintas a las condiciones generales publicadas conforme al artículo 12.1, el operador deberá enviarle, en el plazo de 15 días desde que se produzca la contratación, un documento en el que se expresen los términos y condiciones de la oferta, con indicación expresa de su plazo de duración.
- 4. El servicio de atención al cliente será accesible a los usuarios con discapacidad, según lo establecido en el artículo 3 del Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, aprobado por Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, conforme a los plazos y condiciones establecidos en el mismo.
- 5. Las obligaciones que para los operadores se establecen en los apartados anteriores se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica sobre protección general de consumidores y usuarios.

Capítulo VIII

Derecho a vías rápidas y eficaces para reclamar

Artículo 27. Controversias entre operadores y usuarios finales

- 1. Sin perjuicio de los procedimientos de mediación o resolución de controversias que, en su caso, hayan establecido los órganos competentes en materia de consumo de las Comunidades Autónomas, los abonados podrán dirigir su reclamación a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.
- 2. El procedimiento de resolución de controversias ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, así como su ámbito de aplicación y requisitos, se regulará mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. El plazo para resolver y notificar la resolución será de seis meses.

3. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá autorizar la ampliación de los plazos para la suspensión o la interrupción del servicio, previa solicitud de cualquier abonado que haya iniciado el procedimiento de resolución de conflictos al que se refiere el apartado anterior.

Capítulo IX

Derecho a prestaciones especiales para personas con discapacidad y de renta baja

Artículo 28.

Medidas para
garantizar la
accesibilidad al
servicio por las
personas con
discapacidad

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los operadores designados para la prestación del servicio universal deberán garantizar que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.

Dentro del colectivo de las personas con discapacidad, se considerarán incluidas las personas invidentes o con graves dificultades visuales, las personas sordas o con graves dificultades auditivas, las mudas o con graves dificultades para el habla, las minusválidas físicas y, en general, cualesquiera otras con discapacidades físicas que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso de este.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el operador designado garantizará la existencia de una oferta suficiente y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, tales como teléfonos de texto, videoteléfonos o teléfonos con amplificación para personas con discapacidad auditiva, o soluciones para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a los contenidos de las pantallas de los terminales, y realizará una difusión suficiente de aquélla.

El operador designado presentará, para su aprobación por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, planes de adaptación de los teléfonos públicos de pago para facilitar su accesibilidad por los usuarios con discapacidad y, en particular, por los usuarios ciegos, en silla de ruedas o de talla baja.

El operador designado para la prestación del servicio universal, deberá ofrecer acceso a las guías telefónicas a través

de Internet, en formato accesible para usuarios con discapacidad, en las condiciones y plazos de accesibilidad establecidos para las páginas de Internet de las administraciones públicas en el reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

Las obligaciones establecidas en este apartado se llevarán a cabo en las condiciones establecidas en el capítulo II del título III, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

2. Los operadores deberán facilitar a los abonados con discapacidad visual que lo soliciten, en condiciones y formatos accesibles, los contratos, facturas y demás información suministrada a todos los abonados en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo en materia de derechos de los usuarios. Cuando la información o comunicación se realice a través de Internet, será de aplicación lo dispuesto en el reglamento aprobado por el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, para las páginas de las Administraciones Públicas o con financiación pública. Lo dispuesto en este párrafo se llevará a cabo en los términos establecidos en dicho real decreto.

Artículo 29.
Garantía del carácter asequible del servicio universal

El operador designado para la prestación del servicio universal deberá ofrecer a sus abonados, en las condiciones establecidas en el capítulo II del título III del reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, programas de precios de acceso y uso de los servicios incluidos en el servicio universal que permitan el máximo control del gasto por parte del usuario final y, en particular, los siguientes:

- a) Abono social. Este plan de precios estará destinado a jubilados y pensionistas cuya renta familiar no exceda del indicador que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y consistirá en la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico.
- b) Usuarios invidentes o con grave discapacidad visual. Este plan consistirá en la aplicación de una determinada franquicia en las llamadas al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y en el establecimiento de las condiciones para la recepción gratuita de las facturas y de la

publicidad de información suministrada a los demás abonados de telefonía fija sobre las condiciones de prestación de los servicios, en sistema Braille o en letras o caracteres ampliados, sin menoscabo de la oferta que de esta información se pueda realizar en otros sistemas o formatos alternativos.

c) Usuarios sordos o con graves dificultades auditivas. Este plan especial de precios se aplicará a las llamadas realizadas desde cualquier punto del territorio nacional que tengan como origen o destino un terminal de telefonía de texto, y que se establezcan a través del centro de servicios de intermediación para teléfonos de texto.

Capítulo X

Protección en la utilización de servicios de tarificación adicional

Artículo 30. Servicios de tarificación adicional

- 1. A los efectos de este real decreto, tendrán la consideración de servicios de tarificación adicional los que hayan sido declarados como tales por resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en razón de la existencia de una facturación superior al coste del servicio de comunicaciones electrónicas y en interés de una especial protección de los derechos de los usuarios.
- 2. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Industria, Turismo y Comercio y de Sanidad y Política Social, se regulará la prestación de los servicios de tarificación adicional, su sujeción a un código de conducta, así como la composición y funcionamiento de la Comisión de supervisión de los servicios de tarificación adicional.
- 3. La prestación de servicios a los que acceda a través de la marcación de números telefónicos, y cuyos cargos figuren en la misma factura que los correspondientes a éstas, sólo podrá realizarse a través de códigos numéricos que hayan sido atribuidos para la prestación de servicios de tarificación adicional.

Capítulo XI

Derecho a la protección de los datos personales

Artículo 31. Derechos en materia de protección de datos En relación con los datos personales, los usuarios finales serán titulares de los siguientes derechos:

- a) Protección de datos personales sobre el tráfico.
- b) Protección de datos en la facturación desglosada.
- c) Protección de datos en la elaboración de guías telefónicas y de otros servicios de telecomunicaciones.
- d) Protección de datos en la prestación de servicios de consulta sobre números de teléfono.
- e) Protección frente a llamadas no solicitadas con fines comerciales.
 - f) Protección frente a la utilización de datos de localización.
- g) Protección de datos personales en la prestación de servicios avanzados de telefonía.

La protección de datos personales en los servicios de comunicaciones electrónicas se regirá por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por el título V del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril y, en lo no previsto por dichas normas, por lo dispuesto en la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal.

Capítulo XII

Obligaciones de los usuarios finales

Artículo 32.
Obligaciones de los usuarios finales

Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, en sus relaciones con los operadores, deberán cumplir las siguientes obligaciones:

a) Contraprestación económica por el suministro del servicio y cumplimiento del resto de condiciones contractuales.

El usuario final tendrá la obligación de entregar al operador la contraprestación económica pactada en el contrato cuando haya recibido la prestación en los términos previstos en el mismo. La ausencia de tal contraprestación conllevará las consecuencias previstas en el propio contrato, sin perjuicio de las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 19 y 20 de este real decreto.

Los usuarios finales estarán asimismo obligados al cumplimiento del resto de condiciones que figuren válidamente en los contratos que celebren con los operadores.

b) Uso del servicio para los fines previstos en el contrato. Para ser titulares de los derechos reconocidos a los usuarios finales en este reglamento será precisa la utilización del servicio de comunicaciones electrónicas con los fines establecidos en el contrato. En particular, los usuarios que actúen como revendedores del servicio no serán titulares de los derechos reconocidos en este reglamento, sin perjuicio de los que le puedan corresponder en virtud del contrato y del resto de normativa aplicable.

c) Utilización de aparatos autorizados.

Los usuarios finales deberán utilizar equipos y aparatos cuya conformidad haya sido evaluada según la normativa vigente sobre evaluación de la conformidad de aparatos de telecomunicaciones.

d) Configuración de equipos y mantenimiento de la red más allá del punto de terminación de red.

Para una correcta recepción del servicio de comunicaciones electrónicas, será responsabilidad del abonado la correcta configuración de los equipos y aparatos, así como el mantenimiento de los elementos de red que, por situarse en un lugar posterior al punto de terminación de red, correspondan al usuario final, salvo que se haya previsto otra cosa en el contrato.

e) Suministro de datos personales exigidos por la legislación vigente.

Los usuarios finales deberán suministrar al operador los datos personales precisos a efectos de la obligación de identificación en la contratación de servicios de telefonía móvil prepago establecidos en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Disposición transitoria primera

Vigencia de normas

Continuarán vigentes hasta que, en cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto, sean sustituidas por otras, las siguientes normas:

a) La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el

Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

- b) La Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas
- c) La Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores.
- d) La Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

Disposición transitoria segunda

Especificaciones de la portabilidad

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo las modificaciones necesarias en las especificaciones reguladoras de los procesos de conservación del número para la aplicación del plazo previsto en el artículo 44.3 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, en su redacción dada por este real decreto. Una vez aprobadas, y en los términos previstos en ellas, será exigible el cumplimiento de dicho plazo.

Disposición transitoria tercera

Códigos para la prestación de servicios de tarificación adicional

Lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 30 sólo será exigible a partir de la entrada en vigor de la orden ministerial que se apruebe en cumplimiento del apartado 2 de dicho artículo.

Disposición derogatoria única

Derogación normativa

- 1. Queda derogado el Título VI del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.
- 2. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o menor rango se opongan a lo establecido en este real decreto.

Disposición final primera

Modificación del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

El primer párrafo del apartado 3 del artículo 44 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, queda redactado de la siguiente manera:

«3. La conservación del número se efectuará en el plazo de 2 días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de número. No obstante lo anterior, la implementación técnica de la portabilidad deberá ser suficientemente flexible para poder acomodar futuras reducciones de los plazos de ejecución efectiva de la portabilidad, de conformidad con la legislación vigente, con el objetivo de llegar a realizarla en 24 horas».

Disposición final segunda

Título competencial

Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

Disposición final tercera

Incorporación de derecho de la Unión Europea

Mediante este real decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Disposición final cuarta

Facultades de desarrollo

Se autoriza al Ministro de Industria, Turismo y Comercio a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de este real decreto.

Disposición final quinta

Entrada en vigor

Este real decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 22 de mayo de 2009.

JUAN CARLOS R.

La Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, María Teresa Fernández de la Vega Sanz

DIRECTIVA 2009/24/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

23 de abril de 2009

Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada) (Texto pertinente a efectos del EEE)

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 95,

Vista la propuesta de la Comisión, Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo [1],

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado [2],

Considerando lo siguiente:

- (1) El contenido de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador [3], ha sido modificado [4]. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de dicha Directiva.
- (2) El desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros y dichos pro-

- gramas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente.
- (3) Los programas de ordenador están desempeñando un papel de creciente importancia en una amplia gama de sectores y, en consecuencia, cabe considerar la tecnología informática como de capital importancia para el desarrollo industrial de la Comunidad.
- (4) Determinadas diferencias existentes en cuanto a la protección jurídica de los programas de ordenador que ofrecen las legislaciones de los Estados miembros producen efectos negativos y directos sobre el funcionamiento del mercado interior en lo relativo a los programas de ordenador.
- (5) Conviene suprimir las diferencias existentes que produzcan tales efectos, impidiéndose al mismo tiempo que aparezcan otras nuevas, y sin que ello proceda en relación a aquellas diferencias que no afecten de forma apreciable al funcionamiento del mercado interior.
- [1] DO C 204 de 9.8.2008, p. 24.
- [2] Dictamen del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2008 (no publicado aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 23 de marzo de 2009.
 - [3] DO L 122 de 17.5.1991, p. 42.
 - [4] Véase la parte A del anexo I.

- (6) En consecuencia, el marco jurídico comunitario sobre protección de programas de ordenador puede, en primer término, limitarse a establecer que los Estados miembros deban conceder a dichos programas una protección con arreglo a la legislación sobre derechos de autor como obras literarias. Debe establecerse el sujeto y el objeto de la protección, los derechos exclusivos a los que pueden acogerse los sujetos de la protección para autorizar o prohibir determinados actos y la duración de dicha protección.
- (7) A los efectos de la presente Directiva, el término «programa de ordenador» incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el hardware. Este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador.
- (8) Entre los criterios que deben utilizarse para determinar si un programa de ordenador constituye o no una obra original, no deben aplicarse los de carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa.
- (9) La Comunidad se ha comprometido plenamente a fomentar una normalización de carácter internacional.
- (10) La función de un programa de ordenador es comunicarse y trabajar con otros componentes del sistema de ordenador y con sus usuarios y, a tal fin, se exige contar con un sistema lógico y, cuando sea

- conveniente, físico de interconexión e interacción para permitir a los elementos de los soportes físicos v lógicos trabajar con otros soportes físicos y lógicos y con usuarios, en la forma prevista. Las partes del programa que establecen dicha interconexión e interacción entre los elementos de software y hardware suelen denominarse «interfaces». La interconexión e interacción funcional suele conocerse como «interoperabilidad»; dicha interoperabilidad puede ser definida como la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada.
- (11) Para evitar cualquier duda, debe establecerse claramente que solo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidas las de sus interfaces, no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor con arreglo a la presente Directiva. De acuerdo con este principio de derechos de autor, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva. De acuerdo con la legislación y jurisprudencia de los Estados miembros y los convenios internacionales en la materia. la expresión de dichas ideas y principios debe protegerse mediante derechos de autor.
- (12) A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por «alquiler» la operación de ofrecer la utilización,

por un período limitado y con fines de lucro, de un programa de ordenador o una copia del mismo. Este término no incluye el préstamo público que, en consecuencia, no entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

- (13) Los derechos exclusivos del autor a impedir la reproducción no autorizada de sus obras deben someterse a una excepción limitada que se aplicará a los programas de ordenador para permitir la reproducción técnicamente necesaria para la utilización de los mismos por parte de su legítimo adquirente. Ello significa que los actos de carga y de desarrollo necesarios a la utilización de una copia de un programa legalmente adquirido, y el acto de corrección de sus errores, no pueden ser prohibidos por contrato. A falta de cláusulas contractuales específicas, especialmente en caso de venta de una copia del programa, cualquier otro acto necesario a la utilización de la copia de un programa podrá ser ejecutado, de conformidad con su finalidad prevista, por un adquirente legítimo de dicha copia.
- (14) No debe impedirse a la persona facultada para utilizar el programa de ordenador que realice los actos necesarios para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, siempre que dichos actos no supongan infracción de los derechos del autor sobre el programa.
- (15) La reproducción, traducción, adaptación o transformación no autorizadas de la forma del código en el que se suministra la copia del programa de ordenador constituyen

una infracción de los derechos exclusivos del autor. No obstante, pueden existir circunstancias en las que dicha reproducción del código y traducción de su forma resulten indispensables para obtener la información necesaria con objeto de lograr la interoperabilidad con otros programas de un programa creado de manera independiente. Por tanto, en estas circunstancias concretas, solamente la realización de actos de reproducción y traducción para modificar la forma del código por parte de la persona facultada para utilizar la copia del programa, o en su nombre, ha de considerarse legítima y compatible con una práctica adecuada, v. por consiguiente, no debe exigir la previa autorización del titular de los derechos. Uno de los objetivos de esta excepción es permitir la interconexión de todos los elementos de un sistema informático, incluidos los de fabricantes diferentes, para que puedan funcionar juntos. No debe hacerse uso de tal excepción a los derechos exclusivos del autor de forma que resulte lesiva para los intereses legítimos del titular o que obstaculice la explotación normal del programa.

(16) La protección de programas de ordenador al amparo de la legislación sobre derechos de autor debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de otros tipos de protección cuando proceda. No obstante, toda disposición contractual contraria a las disposiciones de la presente Directiva establecidas al respecto para la descompilación o a las excepciones establecidas en la presente Directiva en relación con la realización de una

copia de salvaguardia o para observar, estudiar o verificar el funcionamiento de un programa debe ser nula y sin valor ni efecto alguno.

- (17) Las disposiciones de la presente Directiva se entienden sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre la competencia en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado, si un proveedor en posición dominante se niega a hacer disponible una información necesaria para la interoperabilidad definida en la presente Directiva.
- (18) Las disposiciones de la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de los requisitos específicos de las normas comunitarias ya en vigor con respecto a la publicación de interfaces en el sector de las telecomunicaciones o de las decisiones del Consejo relativas a la estandarización en el ámbito de la informática y de las telecomunicaciones.
- (19) La presente Directiva no afecta a las excepciones establecidas por las legislaciones nacionales, en aplicación del Convenio de Berna, sobre los puntos a los que no se aplique la presente Directiva.
- (20) La presente Directiva no debe afectar a las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional de las Directivas, que figuran en la parte B del anexo I.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1 Objeto de la protección

- 1. De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. A los fines de la presente Directiva, la expresión «programas de ordenador» comprenderá su documentación preparatoria.
- 2. La protección prevista en la presente Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Las ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante derechos de autor con arreglo a la presente Directiva.
- 3. El programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección.
- 4. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán asimismo a los programas creados con anterioridad al 1 de enero de 1993, sin perjuicio de los actos ya realizados y de los derechos adquiridos antes de dicha fecha.

Artículo 2

Titularidad de los derechos

1. Se considerará autor del programa de ordenador a la persona física o grupo de personas físicas que lo hayan creado o, cuando la legislación de los Estados miembros lo permita, a la persona jurídica que sea considerada titular del derecho por dicha legislación.

Cuando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas, la persona física o jurídica que según dicha legislación haya creado el programa, será considerada su autor.

- 2. Cuando un programa de ordenador se cree conjuntamente por varias personas físicas, los derechos exclusivos serán propiedad común.
- 3. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador
 en el ejercicio de las funciones que le
 han sido confiadas, o siguiendo las
 instrucciones de su empresario, la
 titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de
 ordenador así creado corresponderán,
 exclusivamente, al empresario, salvo
 pacto en contrario.

Artículo 3

Beneficiarios de la protección

La protección se concederá a todas las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional sobre derechos de autor aplicable a las obras literarias.

Artículo 4

Actos sujetos a restricciones

- 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular en el sentido del artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar:
- a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho;
- b) la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador;
- c) cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler, del programa de ordenador original o de sus copias.
- 2. La primera venta en la Comunidad de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la Comunidad de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

Artículo 5

Excepciones a los actos sujetos a restricciones

- 1. Salvo que existan disposiciones contractuales específicas, no necesitarán la autorización del titular los actos indicados en el artículo 4, apartado 1, letras a) y b), cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores.
- 2. La realización de una copia de salvaguardia por parte de una persona con derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en tanto en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.
- 3. El usuario legítimo de la copia de un programa de ordenador estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa, que tiene derecho a hacer.

Artículo 6 **Descompilación**

1. No se exigirá la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma a efectos del artículo 4, apartado 1, letras a) y b), sea indispensable para obtener la

- información necesaria para la interoperabilidad de un programa de ordenador creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:
- a) que tales actos sean realizados por el licenciatario o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o en su nombre por parte de una persona debidamente autorizada;
- b) que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a las que se hace referencia en la letra a), y
- c) que dichos actos se limiten estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.
- 2. La aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 no permitirá que la información así obtenida:
- a) se utilice para fines distintos de la consecución de la interoperabilidad del programa de ordenador creado de forma independiente;
- b) se comunique a terceros, salvo cuando sea necesario a efectos de interoperabilidad del programa de ordenador creado de forma independiente, o
- c) se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa de ordenador sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

3. De acuerdo con las disposiciones del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, las disposiciones del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa de ordenador.

Artículo 7

Medidas especiales de protección

- 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6, los Estados miembros, de conformidad con sus legislaciones nacionales, adoptarán medidas adecuadas contra las personas que cometan cualquiera de los actos siguientes:
- a) la puesta en circulación de una copia de un programa de ordenador conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima;
- b) la tenencia con fines comerciales de una copia de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima, o
- c) la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador.
- 2. Las copias ilegítimas de programas de ordenador podrán ser confiscadas con arreglo a la legisla-

- ción del Estado miembro correspondiente.
- 3. Los Estados miembros podrán ordenar la confiscación de los medios a que hace referencia el apartado 1, letra c).

Artículo 8

Vigencia continuada de otras disposiciones jurídicas

Las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones jurídicas tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones.

Cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6 o a las excepciones contenidas en el artículo 5, apartados 2 y 3, se considerará nula y sin valor ni efecto alguno.

Artículo 9 Comunicación

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 10 Derogación

Queda derogada la Directiva 91/250/CEE, modificada por la Directiva indicada en la parte A del anexo I, sin perjuicio de las obligaciones de los

Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional de las Directivas que figuran en la parte B del anexo I.

Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo II.

Artículo 11 Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 12 **Destinatarios**

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros. Hecho en Estrasburgo, el 23 de abril de 2009.

> Por el Parlamento Europeo El Presidente H.-G. Pöttering

> > Por el Consejo El Presidente P. Neèas

ANEXO I

PARTE A

Directiva derogada con su modificación (contempladas en el artículo 10)
Directiva 91/250/CEE del Consejo (DO L 122 de 17.5.1991, p. 42) | |
Directiva 93/98/CEE del Consejo (DO L 290 de 24.11.1993, p. 9) | Unicamente el artículo 11, apartado 1 |

PARTE B

Plazos de transposición al Derecho nacional (contemplados en el artículo 10) Directiva | Plazo de transposición | 91/250/CEE | 31 de diciembre de 1992 | 93/98/CEE | 30 de junio de 1995 |

ANEXO II

Tabla de correspondencias Directiva 91/250/CEE | Presente Directiva | Artículo 1, apartados 1, 2 y 3 | Artículo 1, apartados 1, 2 y 3 | Artículo 2, apartado 1, primera frase | Artículo 2, apartado 1, párrafo primero | Artículo 2, apartado 1, segunda frase | Artículo 2, apartado 1, párrafo segundo |

```
Artículo 2, apartados 2 y 3 | Artículo 2, apartados 2 y 3 |
Artículo 3 | Artículo 3 |
Artículo 4, frase introductoria | Artículo 4, apartado 1, frase introductoria |
Artículo 4, letra a) | Artículo 4, apartado 1, letra a) |
Artículo 4, letra b) Artículo 4, apartado 1, letra b)
Artículo 4, letra c), primera frase | Artículo 4, apartado 1, letra c) |
Artículo 4, letra c), segunda frase | Artículo 4, apartado 2 |
Artículos 5, 6 y 7 | Artículos 5, 6 y 7 |
Artículo 9, apartado 1, primera frase | Artículo 8, párrafo primero |
Artículo 9, apartado 1, segunda frase | Artículo 8, párrafo segundo |
Artículo 9, apartado 2 | Artículo 1, apartado 4 |
Artículo 10, apartado 1 | — |
Artículo 10, apartado 2 | Artículo 9 |
- | Artículo 10 |
— Artículo 11
Artículo 11 | Artículo 12 |
- | Anexo I |
— | Anexo II |
```



Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas en soportes documentales electrónicos

Mariliana Rico Carrillo*

Una vez más nos sorprenden las consideraciones realizadas por los organismos públicos venezolanos negando validez a los documentos y a las firmas electrónicas, sin tomar en cuenta la normativa legal que otorga valor y eficacia jurídica a estos instrumentos. El caso que se analiza tiene su origen en la autorización solicitada por los representantes de una conocida empresa de seguros ante la Superintendencia de Seguros, organismo encargado de controlar y vigilar la actividad aseguradora en el Estado venezolano, para entregar a quienes contratan un seguro, las condiciones generales y particulares de la póliza en formato digital. La solicitud en cuestión fue objeto de silencio administrativo y de posterior recurso de reconsideración, siendo resuelto en forma negativa por el citado órgano de control. Ante tal situación, los apoderados de la empresa aseguradora intentan el respectivo recurso jerárquico ante el Ministro del Poder Popular para las Finanzas. Al no obtener respuesta oportuna de este organismo, se interpone el correspondiente recurso de nulidad ante la Sala Política del Tribunal Supremo de Justicia. Seguidamente analizaremos los hechos y los alegatos expuestos en cada una de las instancias.

La solicitud para entregar a los asegurados las condiciones generales y particulares de la póliza de seguros en formato digital es negada en la Providencia Administrativa de la Superintendencia de Seguros que resuelve el recurso de reconsideración, sobre la base de las prescripciones contenidas en el Decreto con fuerza de Ley del Contrato Seguros¹; en particular se cita el artículo 16 que conceptualiza la póliza de seguro como el documento escrito donde constan las condiciones del contrato. En opinión de este órgano de control ".... la póliza de seguros debe ser un documento escrito, por consiguiente los anexos y condiciones (particulares y generales) deben tener esa misma

ISSN: 1317-9306

^{*} Doctora en Derecho Mención Cum Laude por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de Carabobo (Venezuela). Profesora Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Asociado de la Universidad Católica del Táchira.

¹ Decreto No. 1505, de 30 de octubre de 2001. Publicado en la Gaceta Oficial N° 37.322 Ordinaria de fecha 12 de noviembre de 2001.

característica". La Superintendencia de Seguros refuerza su alegato citando el numeral noveno del artículo 16 del Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguros (en adelante LCS) que indica en forma expresa que los anexos y condiciones deben estar debidamente firmados tanto por la empresa de seguros como por el tomador o asegurado. En palabras del órgano de control, este requisito "... en formato digital resulta poco probable cumplir".

La afirmación de la Superintendencia de Seguros sobre la imposibilidad de cumplir el requisito de firma en formato digital carece de todo fundamento técnico y jurídico. Los mecanismos técnicos que permiten signar un documento de estas características son ampliamente conocidos desde hace años². En el ámbito jurídico, también es conocido el hecho que en la actualidad la mayoría de los países cuentan con legislación específica que otorga plena validez a la firma electrónica. En el caso de Venezuela, las normas que otorgan eficacia jurídica a la firma electrónica y a los documentos en formato electrónico o digital (como los catalogan los abogados de la empresa aseguradora) se encuentran contenidas en el Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, aprobado en el año 2001³, precisamente con la finalidad de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, a los mensajes de datos y a toda información en formato electrónico, independientemente de su soporte material⁴.

En relación con la exigencia legal del documento escrito como requisito de validez de la póliza de seguro, contenida en el artículo 16 de la LCS, consideramos necesario puntualizar que de acuerdo con las prescripciones del Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (en adelante LMDFE), los documentos electrónicos (mensajes de datos)⁵ tienen la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos. La posibilidad de sustituir los tradicionales documentos escritos por documentos electrónicos es contemplada en forma expresa en el artículo 6 de la LMDFE, al indicar que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un documento electrónico, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta⁶. La redacción de estas normas responde a

- 2 Estos mecanismos han sido objeto de análisis anteriores. Vid. RICO CARRILLO, Mariliana: "Firmas electrónicas y criptografía", *Derecho y Tecnología*, No. 2, enero-junio 2003, pp. 81-104.
- 3 Decreto No. 1.214, de 10 de febrero de 2001. Publicado en la Gaceta Oficial No. 37.148, de 28 de febrero de 2001
 - 4 Vid. Exposición de Motivos y Art. 1 de la LMDFE.
- 5 El concepto de mensaje de datos lo encontramos en el artículo 2 de la LMDFE y se refiere a la información inteligible en formato electrónico o similar, de allí que se hable de documentos electrónicos en contraposición a los documentos escritos (en soporte papel).
- 6 Los requisitos para que proceda la aplicación del principio de equivalencia funcional entre un documento electrónico y el documento en soporte papel están especificados en el

la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico venezolano el principio de equivalencia funcional entre el documento electrónico y el documento escrito, establecido originalmente en la Ley Modelo de Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1996⁷. La introducción de esta máxima constituye la base jurídica sobre la cual se sustenta la validez de los documentos electrónicos en igualdad de condiciones que los documentos contenidos en soporte papel⁸. El mismo principio se predica en relación con la firma autógrafa y la firma electrónica, y se encuentra consagrado en la legislación venezolana en el artículo 6 de la LMDFE⁹ al establecer lo siguiente: "Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica" (sic). Las consideraciones expuestas nos permiten afirmar que en Venezuela es perfectamente admisible, desde el punto de vista técnico y jurídico, la inserción de la firma electrónica en el documento digital que contiene las condiciones generales y particulares del contrato de seguros¹⁰.

En el caso objeto de análisis, la Superintendencia de Seguros niega a la empresa aseguradora la solicitud de autorización para entregar las condiciones

segundo apartado del artículo 8 de la LMDFE. De acuerdo con esta norma: "Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguiente condiciones:1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. 2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido".

- 7 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho interno con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998. Naciones Unidas, Nueva York, 1999.
- 8 Vid. ILLESCAS ORTÍZ, Rafael: "La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico, *Derecho y Tecnología*, No. 1, enero-junio 2002, pp. 9-23.
- 9 El contenido de este precepto es reforzado en el artículo 16 que establece los requisitos necesarios para que proceda la equivalencia funcional entre ambos tipos de firma. De acuerdo con esta norma: "La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequivocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto"
- 10 La admisibilidad de las pólizas electrónicas en el Derecho venezolano ha sido objeto de análisis previo. Vid. RICO CARRILLO, Mariliana: "La electronificación del Derecho mercantil", *Etica y Jurisprudencia*. Centro de Estudios Jurídicos Cristóbal Mendoza, No.4, diciembre 2005, pp. 92-95.

del contrato a sus asegurados en soporte electrónico, basando sus consideraciones únicamente en las previsiones de la LCS, sin tomar en cuenta la normativa especial contenida en la LMDFE, que no sólo otorga valor a los documentos y a las firmas electrónicas, sino que también permite que estos mecanismos sustituyan a los tradicionales documentos elaborados y firmados en papel, al indicar -en forma expresa- que cuando cualquier ley exija el documento escrito y la firma autógrafa, estos requisitos pueden ser sustituidos por un documento electrónico y una firma electrónica.

La situación descrita en el párrafo precedente es correctamente alegada en el recurso de nulidad interpuesto ante el silencio administrativo del Ministro del Poder Popular para las Finanzas en resolver el recurso jerárquico. En esta oportunidad, los representantes de la empresa de seguros señalan que la Superintendencia de Seguros al decidir el recurso de reconsideración "...incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho al interpretar el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, atribuyendo a la expresión "documento escrito" el significado de documento emitido sobre un soporte físico, al considerar que la firma autógrafa no puede ser suplida por otros medios aceptados por el ordenamiento jurídico venezolano".

En relación con la supuesta imposibilidad de suscripción del documento electrónico, los abogados de la empresa aseguradora también alegan falso supuesto, al indicar que "...en este tipo de documentos se ha encontrado el sustituto a la firma autógrafa a través del uso de instrumentos técnicos, que permiten identificar el origen o procedencia del documento (...) [por cuanto] el artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas estatuye que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una firma electrónica".

El análisis de los alegatos expuestos en el recurso de nulidad, realizado en el acto de informes por la Procuraduría General de la República y por el Ministerio Público, adolece de las mismas deficiencias que hemos expuesto en relación con el contenido de la decisión de la Superintendencia de Seguros que niega la autorización de entrega de las condiciones generales de la póliza en formato electrónico.

Los argumentos utilizados por la Procuraduría General de la República para confirmar la decisión de la Superintendencia de Seguros insisten en la consideración de "documento escrito", como requisito de validez de las pólizas de seguro. En esta oportunidad, el organismo gubernamental si toma en cuenta las prescripciones de la LMDFE pero considera que su aplicación es improcedente "... por cuanto la aludida normativa no contempla a los contratos, como mensajes de datos y firmas electrónicas, ya que los contratos para que tengan plena validez deben ser suscritos por las partes contratantes, siendo de señalar que a pesar del avance de la tecnología,

actualmente en nuestro país, no toda persona tiene acceso a un medio electrónico".

Las aseveraciones de la Procuraduría General de la República sobre la imposibilidad de realizar contratos electrónicos en Venezuela son absurdas y totalmente contrarias al sentido y espíritu de la LMDFE¹¹. El contenido del artículo 15 es contradictorio con la afirmación que niega la posibilidad de celebrar contratos utilizando el mecanismo de los mensajes de datos y las firmas electrónicas, ya que la norma citada permite en forma expresa la celebración de este tipo de contratos al indicar: "En la formación del contrato las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos". La redacción de este precepto nos prueba una vez más la ligereza del análisis realizado por la Procuraduría General de la República al afirmar que la LMDFE "...no contempla a los contratos, como mensajes de datos y firmas electrónicas", toda vez que no sólo los contempla sino que los menciona en forma expresa. Respecto de la última afirmación utilizada por Procuraduría General de la República para avalar la decisión de la Superintendencia de Seguros, es absurdo pensar que la falta de acceso de una persona a los medios electrónicos, sea un obstáculo para la admisión legal de este tipo de documentos.

Las afirmaciones del Ministerio Público también son contradictorias con el contenido de la LMDFE. En opinión de este organismo "...es cierto que una póliza de seguro o sus condiciones, vaciadas en un diskette, video o CD, carece de valor probatorio, en virtud de la imposibilidad actual de contener en si mismo ninguna forma válida de firma autógrafa, inclusive la Electrónica prevista en el tantas veces citado Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas" (sic). Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este análisis, no sólo es factible la inserción de una firma electrónica en la póliza de seguro sino que además la misma goza de efectos probatorios de acuerdo con las normas establecidas en la LMDFE. Si bien es cierto que el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para que prospere el principio de equivalencia funcional entre la firma electrónica y la firma manuscrita actualmente es difícil de acreditar¹², no es menos que la

¹¹ En la Exposición de Motivos de la LMDFE se menciona la necesidad de crear mecanismos para que la firma electrónica tenga la misma eficacia y valor probatorio de la firma escrita y puedan suscribirse contratos utilizando esta tecnología. Este aspecto es mencionado en forma expresa al indicar: "Nuestra legislación actual establece, que cuando un acto o contrato conste por escrito, bastará como prueba el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores. Dentro de este contexto el Decreto-Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, pretende crear mecanismos para que la firma electrónica, en adelante, tenga la misma eficacia y valor probatorio de la firma escrita, siempre y cuando cumpla con los requisitos mínimos establecidos en este Decreto-Ley".

¹² Uno de los mayores inconvenientes en estos casos es demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 de la LMDFE para que las firmas electrónicas puedan

firma electrónica que no reúna estos requisitos es considerada como un elemento de convicción valorable por el juez de acuerdo con las reglas de las sana crítica¹³. Además de ello, cuando se trata de una contratación entre particulares, la propia LMDFE permite a las partes establecer otros requisitos para la inserción de la firma electrónica¹⁴. Aunque la actividad aseguradora está sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Seguros, consideramos que el control sobre las pólizas de seguro debe ser más de contenido que de forma; si las partes que intervienen en el contrato acuerdan la forma de entrega en formato digital y la firma electrónica como mecanismo técnico de autenticación, no debería oponerse a ello el órgano de control, siempre que se demuestre el consentimiento del tomador del seguro en recibir la póliza y las condiciones del contrato en formato digital.

El recurso de nulidad es declarado inadmisible por la Sala Político Administrativa del TSJ como consecuencia de la extemporaneidad en la interposición de los respectivos recursos administrativos. Es lamentable que el TSJ no se haya pronunciado en esta oportunidad sobre la validez de la póliza y su suscripción electrónica, más aún si tomamos en cuenta que existe jurisprudencia consolidada de este Máximo Tribunal, en particular de esta Sala, otorgando pleno valor y eficacia jurídica a los documentos y a las firmas electrónicas como mecanismos idóneos para la interposición del recurso de amparo constitucional, tal como lo pusieron de de manifiesto los abogados de la empresa aseguradora en los alegatos expresados en el recurso de nulidad¹⁵. A continuación, reproducimos el texto íntegro de la decisión de la Sala Político Administrativa del TSJ de 11 de agosto de 2009 que declara inadmisible el recurso de nulidad interpuesto por los representantes de la empresa aseguradora.

equipararse legalmente con las firmas manuscritas. La propia LMDFE ofrece una solución al respecto al indicar, en su artículo 18 que una firma electrónica, "...debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16". El problema que se presenta en la práctica es que sólo los proveedores de servicios de certificación que se encuentran acreditados ante la Superintendencia de Servicios de Certificación pueden realizar este tipo de certificaciones y en la actualidad son muy pocos los proveedores acreditados.

- 13 De acuerdo con el artículo 17 de la LMDFE, la firma electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo 16 no tendrá los efectos jurídicos equivalentes a la firma manuscrita, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.
- 14 El artículo 16 de la LMDFE al establecer los requisitos de validez de las firmas electrónicas, indica: "...salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos..." (Subrayado nuestro).
- 15 Este reconocimiento jurisprudencial ha sido objeto de análisis previos publicados en diversos números de esta revista Vid., RICO CARRILLO, Mariliana: "La interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos." *Derecho y Tecnología*, No. 1, enero-junio 2002, pp. 289-319.



EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Sala Político Administrativa

Exp. Nº 2008-0016 Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Mediante escrito presentado ante esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 8 de enero de 2008, los abogados Miguel OSIO ZAMORA (sin identificación) y Manuel RODRÍGUEZ COSTA (INPREABOGADO N° 65.822), actuando como "...Representante Judicial, el primero, y apoderado judicial el segundo..." de la sociedad mercantil SEGUROS CARABOBO C.A. (inscrita en el Registro Mercantil que llevaba el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en fecha 25 de febrero de 1955, bajo el N° 100, cuya última modificación de Estatutos quedó registrada el 25 de marzo de 1994, bajo el N° 30, Tomo 19-A), interpusieron recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos contra el acto tácito denegatorio, producido en virtud de la omisión del MINISTRO DEL

PODER POPULAR PARA LAS FINAN-ZAS (hoy Ministro del Poder Popular para Economía y Finanzas) en dar respuesta al recurso jerárquico incoado el 6 de marzo de 2007 contra la Providencia Administrativa dictada en fecha 9 de febrero de 2007 por la Superintendencia de Seguros, que declaró sin lugar el recurso de reconsideración propuesto contra la tácita negativa de esa Superintendencia, en dar respuesta a la solicitud de autorización formulada por la recurrente "para entregar a los asegurados en <<formato digital>> el condicionado general y particular, de la 'póliza hogar'...".

Él 9 de enero de 2008 se dio cuenta en Sala y se ordenó oficiar al Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, para solicitarle la remisión del expediente administrativo, así como también pasar el expediente al Juzgado de Sustanciación a los fines de su admisión.

ISSN: 1317-9306

Por auto del 30 de enero de 2008 el Juzgado de Sustanciación admitió el recurso de nulidad y ordenó notificar a la Fiscal General de la República, a la Procuradora General de la República y al Ministro del Poder Popular para las Finanzas. Igualmente se ordenó librar el cartel a que se refiere el aparte once del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. En cuanto a la solicitud de suspensión de efectos, acordó abrir el respectivo cuaderno separado y remitirlo a la Sala.

El 14 de marzo de 2008 se recibió en esta Sala el expediente administrativo del caso, el cual fue enviado por la Superintendencia de Seguros.

Mediante sentencia N° 461, publicada el 16 de abril de 2008, esta Sala declaró improcedente la medida cautelar de suspensión de efectos.

En fecha 17 de abril de 2008 el Juzgado de Sustanciación libró el cartel de emplazamiento, el cual fue retirado, publicado y consignado por la parte recurrente.

Por diligencia consignada en la misma fecha la abogada Luisa BAR-BELLA DE OSORIO (INPREABOGADO N° 48.312), actuando como representante judicial de la República Bolivariana de Venezuela, consignó el respectivo poder para acreditar su representación, y el 27 de mayo de 2008 consignó escrito de promoción de pruebas.

En escrito de fecha 5 de junio de 2008 la parte actora solicitó que la presente causa fuese "...tramitada sin lugar a lapso probatorio por tratarse de un asunto de mero

derecho y que en aplicación del artículo 21, párrafo 16, pueda dictarse sentencia definitiva, sin relación, ni informes".

Mediante auto del 10 de junio de 2008 el Juzgado de Sustanciación admitió las pruebas promovidas por la representación de la República, las cuales se referían a reproducir el mérito favorable de los autos.

En fecha 22 de julio de 2008, por cuanto se encontraba concluida la sustanciación, se pasó el expediente a Sala.

El 5 de agosto de 2008 se dio cuenta en Sala, se designó ponente al Magistrado Emiro García Rosas y se fijó el tercer día de despacho para comenzar la relación.

El 12 de agosto de 2008 comenzó la relación de la causa y se fijó el acto de informes para el décimo día de despacho siguiente.

Por diligencia consignada el 21 de abril de 2009, el abogado Juan Sebastián LEÓN SALGADO (INPREABOGADO N° 98.471), actuando como apoderado judicial de la empresa recurrente, consignó copia certificada del instrumento poder que acredita su representación, y asimismo lo sustituyó, reservándose su ejercicio, entre otros, en el abogado Yael de Jesús BELLO TORO (INPREABOGADO N° 99.306).

En fecha 23 de abril de 2009 tuvo lugar el acto de informes, al que comparecieron el apoderado judicial de la accionante, la abogada Ramona del Carmen CHACÓN ARIAS (INPRE-ABOGADO N° 63.720), en su carácter de sustituta de la Procuradora General de la República, y la abogada Roxana

ORIHUELA GONZATTI (INPRE-ABOGADO N° 46.907), en representación del Ministerio Público, quienes expusieron oralmente sus argumentos y consignaron sus respectivos escritos.

Mediante auto del 10 de junio de 2009 se dijo "VISTOS".

Realizado el estudio de las actas procesales, esta Sala pasa a decidir, conforme a las siguientes consideraciones:

I ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

En el presente caso se interpuso recurso de nulidad contra el acto tácito denegatorio producto del silencio administrativo, en virtud de la falta de respuesta al recurso jerárquico intentado el 6 de marzo de 2007 ante el entonces Ministro del Poder Popular para las Finanzas, contra la Providencia Administrativa dictada en fecha 9 de febrero de 2007 por la Superintendencia de Seguros, en la que se declaró sin lugar el recurso de reconsideración propuesto contra la tácita negativa de esa Superintendencia, en dar respuesta a la solicitud de autorización formulada por la recurrente "para entregar a los asegurados en <<formato digital>> el condicionado general y particular, de la 'póliza hogar'...", la cual se transcribe parcialmente a continuación:

> "Caracas, 09 de FEB 2007 196° y 147°

I. ANTECEDENTES.

Visto que mediante escrito consignado en fecha 12 de enero de 2007, anotado bajo el N° 315 del control interno de correspondencia de esta Superintendencia de Seguros, los ciudadanos MI-GUEL OSÍO ZAMORA y MA-

NUEL RODRÍGUEZ COSTA, en su carácter de Representante Judicial y Gerente Legal y Cumplimiento de la empresa SEGUROS CARABOBO, C.A., interpuso formal Recurso de Reconsideración en virtud de la omisión de la Administración Pública en dar respuesta a la solicitud de fecha 21 de noviembre de 2006, mediante escrito anotado bajo el número 21947 del control interno de correspondencia de este Organismo, referida a la autorización para entregar a los asegurados en <<formato digital>> el condicionado general y particular de la Póliza Hogar.

Siendo la oportunidad legal para decidir, esta Superintendencia de Seguros se permite hacer las siguientes consideraciones:

II. ALEGATOS DE LA EMPRESA RECURRENTE.- (... omissis...)

III. CONSIDERACIONES DE ESTA SUPERINTEN-DENCIA DE SEGUROS.-

Antes de entrar [a] analizar los argumentos expuestos por los ciudadanos (...), es preciso señalar la omisión de dar respuesta a la solicitud de fecha 21 de noviembre de 2006 signada bajo el N° 21947 del control interno

de correspondencia de la Superintendencia de Seguros, referida a la autorización para entregar a los asegurados en << formato digital>> el condicionado general y particular de la Póliza Hogar.

Ahora bien, visto que en los artículos 16 y 24 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros que establecen:

'Artículo 16: La póliza de seguro es el documento escrito en donde constan las condiciones del contrato. Las pólizas de seguros deberán contener como mínimo:

...8. Las condiciones generales y particulares que acuerden los contratantes.

9. Las firmas de la empresa de seguros y del tomador' (Resaltado nuestro).

'Artículo 24: La prima es la contraprestación que, en función del riesgo, debe pagar el tomador a la empresa de seguros en virtud de la celebración del contrato. Salvo pacto en contrario la prima es pagadera en dinero. El tomador está obligado al pago de la prima en las condiciones establecidas en la póliza.

La prima establecida en la póliza incluye todos los derechos, comisiones gastos y recargos, así como cualquier otro concepto relacionado con el seguro, con excepción de los impuestos que estén a cargo directo del tomador, del asegurado o del beneficiario.' (Resaltado nuestro).

De lo antes expuesto, cabe destacar que la póliza de seguros debe ser un documento escrito, por consiguiente los anexos y condiciones (particulares y generales) deben tener esa misma característica. Por otra parte, el referido artículo expresa que los mismos deben estar debidamente firmados tanto por la empresa de seguros como por el tomador o asegurado, cuestión que en <formato digital>> resulta poco probable cumplir.

Por último, este Órgano de Control señala que dentro de la prima a cobrar por la suscripción de un contrato de seguro está un rubro denominado GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, que es un concepto donde las empresas de seguros establecen o tarifican gastos que serían trasladados al asegurado o tomador de la póliza.

En este sentido, siendo que la referida solicitud está prohibida en el articulado del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros, esta Superintendencia de Seguros no puede conceder la respectiva solicitud al no encontrarse establecida en el prenombrado Decreto, y así se declara.

En consecuencia, quien suscribe, Ana Teresa Ferrini, Superintendente de Seguros designada según Resolución (...) DECIDE:

ÚNICO: Declarar sin lugar el Recurso de Reconsideración interpuesto por (...) la empresa SEGUROS CARABOBO,C.A., en virtud de la omisión de dar respuesta a la solicitud de fecha 21 de noviembre de 2006 signada bajo el N° 21947 del control interno de correspondencia de la Superintendencia de Seguros, referida a la autorización para entregar a los asegurados en << formato digital>> el

condicionado y particular de la Póliza Hogar.

Contra la presente decisión podrá ser interpuesto el Recurso Jerárquico previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ante el Ministro de Finanzas, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su notificación. Notifiquese. (omissis...)" (sic).

II RECURSO DE NULIDAD

En el escrito contentivo del recurso de nulidad, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Seguros Carabobo C.A. expusieron lo siguiente:

Que en fecha 21 de noviembre de 2006 la empresa recurrente solicitó a la Superintendencia de Seguros, autorización para entregar a los asegurados "...en << formato digital>> el condicionado general y particular de la 'póliza hogar'".

Que transcurrido el lapso previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que la Administración se pronunciara sobre la solicitud formulada, ésta no decidió, operando en consecuencia el silencio administrativo negativo, en virtud de lo cual, en fecha 12 de enero de 2007 su representada interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue declarado sin lugar mediante acto administrativo N° FSS-2-1-000175, dictado el 9 de febrero de 2007 y notificado el 14 del mismo mes y año.

Que en fecha 6 de marzo de 2007 la recurrente interpuso recurso jerárquico ante el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, pero no hubo respuesta en el lapso legal correspondiente, por lo que operó igualmente el silencio administrativo negativo.

Que la Superintendencia de Seguros fundamentó su decisión en los artículos 16 y 24 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en los que se establece que la póliza y sus anexos son definidos como "documentos escritos" que deben ser suscritos por las partes.

Que según el criterio de la Superintendencia de Seguros, la emisión de esos documentos no puede ser digital, "...sino necesariamente en soporte físico".

Que la digitalización de los contenidos del contrato de seguro, generales y particulares previstos en las pólizas es una buena alternativa para la disminución de los gastos operativos, reduciendo así las tarifas para los usuarios del servicio, y que toda actuación de la Superintendencia de Seguros "...debe tener por norte el beneficio de los asegurados y la estabilidad del sistema".

Que la Superintendencia de Seguros, al dictar el acto que decidió el recurso de reconsideración, incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho al interpretar el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, atribuyendo a la expresión "documento escrito" el significado de documento emitido sobre un soporte físico, al considerar que la firma autógrafa no puede ser suplida por otros medios aceptados por el ordenamiento jurídico venezolano.

Que también incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho, al afirmar que los condicionados de la póliza son suscritos por las partes del contrato, "...ya que ésta no es la práctica mercantil imperante en el mercado asegurador nacional".

Que el documento electrónico, como el que pretende usar su representada, "...comprende a aquellos elaborados por el computador tanto en un lenguaje natural como en un texto alfanumérico o similar, y cuya característica esencial es que pueden ser leidos naturalmente sea directamente a través de la pantalla, o a través de una impresora que lo transformará en un documento per cartam" (sic).

Que "...de conformidad con la teoría de la representación, el documento no es solamente un escrito sino todo objeto representativo o que puede informar sobre un hecho o sobre un objeto (...) [y que] el concepto de documento no está restringido a la naturaleza del soporte, como lo pretende la Superintendencia de Seguros en el acto objeto de este recurso (...) ni a la forma escrita como único elemento material".

Que el documento electrónico "...puede ser concebido como integrante de un sistema legal, en cuanto es posible pensar que reúne

los caracteres tradicionales del instrumento per cartam (...) y por ende se expresa mediante una escritura constitutiva de un sistema alfabético, máxime si se estima que escritura es el medio que sirve para fijar o inmovilizar el lenguaje articulado...".

Que "...ALFREDO MORLES HER-NÁNDEZ al analizar el Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de datos y Firmas Electrónicas, reconoce que el mismo se encuentra inspirado en el derecho uniforme promovido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), instrumento legal que proclama el valor jurídico y la eficacia de los actos y contratos celebrados por vía electrónica y que enuncia entre sus principios el de equivalencia funcional entre el documento con soporte de papel y el documento electrónico" (sic).

Que de conformidad con el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, la "posibilidad de electronificación [del contrato de seguro] quedó legalmente avalada", al considerarlo un contrato consensual.

Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia reconoce la eficacia del documento electrónico, "...al punto de considerarlo un medio útil para la interposición de acciones de amparo constitucional...", tal como lo estableció la sentencia de la Sala Constitucional dictada el 27 de noviembre de 2006.

Que la propia Superintendencia de Seguros ha reconocido valor y eficacia a los documentos electrónicos o digitalizados que soportan la relación contractual, tal como lo estableció en la providencia 1150 de fecha 1° de octubre de 2004, mediante la cual se estableció la obligación para las empresas de seguros de mantener un registro individual de cada cliente, "...el cual conforme al artículo 25 puede estar concebido por medios físicos, electrónicos o magnéticos..." (sic).

Que se evidencia claramente que la Superintendencia de Seguros "...ha incurrido en un vicio de falso supuesto al interpretar la expresión 'Documento Escrito' como aquel que se encuentra contenido en un soporte físico conocido como papel, siendo que nuestro ordenamiento jurídico asimila a éste el documento electrónico".

Que el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro no prohíbe la emisión en << formato digital>> de los condicionados de la póliza, siendo esta conclusión por parte de la Administración "...el producto de una errónea interpretación, desconociendo adicionalmente normas de rango legal como el Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas electrónicas que otorga suficiente cobertura legal a la solicitud formulada por [su] representada".

Que el acto impugnado "...sentencia al mercado asegurador venezolano al oscurantismo tecnológico, ya que al considerarse que el condicionado de la póliza sólo puede encontrarse contenido en un soporte físico representado por el papel, niega toda posibilidad al

comercio electrónico en esta materia...".

Oue respecto a la supuesta imposibilidad de suscripción del documento electrónico, el acto recurrido también incurre en un falso supuesto, por cuanto "...en este tipo de documentos se ha encontrado el sustituto a la firma autógrafa a través del uso de instrumentos técnicos, que permiten identificar el origen o procedencia del documento (...) [por cuanto] el artículo 6 del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos v Firmas Electrónicas estatuye que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una firma electrónica".

Que la ausencia del condicionado "resulta totalmente insustancial" a los efectos de la validez de la relación jurídica surgida entre las partes de un contrato de seguros, "...al punto tal de ser consideradas condiciones válidas las contenidas en los archivos del organismo de control, los cuales dificilmente se encuentren suscritos por las partes, y sin embargo le resultan aplicables, al igual que le resultarían aplicables si su contenido se encuentra en <formato digital>> ...".

Que la solicitud formulada por su representada se limitaba a la digitalización de las condiciones generales y particulares de la póliza, en virtud de lo cual el asegurado siempre contaría con la prueba del contrato "...en soporte físico papel, mediante el

cuadro recibo de prima, estando sus derechos suficientemente salvaguardados...".

ALEGATOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La abogada Ramona del Carmen CHACÓN ARIAS, actuando como representante de la República, mediante escrito consignado en fecha 23 de abril de 2009, expuso los argumentos por los cuales considera que el recurso debe ser declarado sin lugar, en los siguientes términos:

Que el presente recurso de nulidad fue interpuesto extemporáneamente, de conformidad con el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto la accionante lo interpuso luego de vencido el lapso previsto en dicha disposición.

Que independientemente de la buena voluntad de la recurrente respecto a la digitalización del contrato de seguro como una forma de reducir los gastos, no aporta a su solicitud "...elemento alguno que demuestre efectivamente que su propuesta de digitalización aminore gastos para el tomador".

Que el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro exige que el contrato deba ser formulado por escrito.

Que en el presente caso no se configura el vicio de falso supuesto de derecho alegado por la actora, por cuanto el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley de Contrato de Seguros "...expresamente establece que debe ser entregado al usuario en documento escrito 'La póliza de seguro' (...) [y que] el actor del acto cuestionado interpretó correctamente la disposición legal".

Que el criterio de la accionante sobre el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, "...es totalmente improcedente, por cuanto la aludida normativa no contempla a los contratos, como mensajes de datos y firmas electrónicas, ya que los contratos para que tengan plena validez deben ser suscritos por las partes contratantes, siendo de señalar que a pesar del avance de la tecnología, actualmente en nuestro país, no toda persona tiene acceso a un medio electrónico".

Que en cuanto al presunto falso supuesto de hecho, "...si bien en el Derecho Mercantil el vacio de la ley lo suple la costumbre (artículo 9 del Código de Comercio), no es menos cierto que la costumbre en ningún momento puede ser contra legem, por lo cual mal haría la Superintendencia de Seguros en apreciar una costumbre contraria a lo planteado en la Ley..." (sic).

IV OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En escrito presentado el 6 de febrero de 2009 la abogada Roxana ORIHUELA GONZATTI, en representación del Ministerio Público, solicitó que el recurso fuese declarado sin lugar, con base en los siguientes alegatos:

Que en el presente caso operó la caducidad del recurso interpuesto, por no haberse agotado debidamente la vía administrativa, por cuanto la solicitud de autorización para entregar a los asegurados en << formato digital>> el condicionado de la póliza hogar, "...no fue en fecha 21 de noviembre de 2006, como lo acotó en su libelo la recurrente, sino que lo fue cierta y efectivamente en fecha 08 de agosto de 2006...", y que por lo tanto es a partir de esta última fecha que ha de computarse el lapso de veinte (20) días previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de los cuales disponía la Administración para pronunciarse respecto a la solicitud, siendo el caso que esos veinte (20) días vencieron en fecha 5 de septiembre de 2006.

Que visto que no consta en autos documento alguno demostrativo de que la Administración emitió la referida respuesta dentro de dicho lapso, se debe considerar "...que operó automáticamente el denominado silencio administrativo negativo...".

Que habiendo operado esa tácita denegatoria, la recurrente debía interponer el recurso de reconsideración dentro de los quince (15) días siguientes, cuyo lapso venció en fecha 26 de septiembre de 2006, y que al haberlo incoado el 12 de enero de 2007, "...correcto resulta estimarlo interpuesto en forma extemporánea, lo cual trae a su vez como consecuencia la extemporaneidad y caducidad respectivamente de los recursos subsiguientes interpuestos, cuales fueron el jerárquico y evidentemente (...) el contencioso administrativo de nulidad..." (sic).

Que no obstante la evidente caducidad del recurso interpuesto tanto en vía administrativa como jurisdiccional, el Ministerio Público estima que en el presente asunto se encuentra involucrado el orden público, en razón de lo cual se pronunciaría sobre el fondo de la controversia.

Que el falso supuesto alegado por la recurrente debe ser declarado improcedente, ya que "...es cierto que una póliza de seguro o sus condiciones, vaciadas en un diskette, video o CD, carece de valor probatorio, en virtud de la imposibilidad actual de contener en si mismo ninguna forma válida de firma autógrafa, inclusive la Electrónica prevista en el tantas veces citado Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas" (sic).

Que el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro derogó, entre otros, el artículo 548 del Código de Comercio, y en su artículo 5 reprodujo la definición de contrato de seguro, siendo que éste es consensual y también es de adhesión, pero que ello "...no debe conducirnos a considerar que sus condiciones no [sean] firmadas por el asegurado, como acepta la recurrente que ocurre en su caso al igual que ha ocurrido siempre en la práctica mercantil".

Que "...no por la reducción de gastos administrativos que (...) según [la recurrente] por vía de consecuencia, para el asegurado, se producirían como consecuencia de la digitalización, se puede continuar admitiendo una practica mercantil viciada en el mercado asegurador, cual es, que los condicionados de la póliza no sean suscritos por el asegurado —el cual por lo demás, sí suscribe el recibo de pago de prima-" (sic).

Que en materia de seguros el débil jurídico es el asegurado, por lo cual el Estado compensa dicha situación al ejercer su vigilancia y control, y que "...si los condicionados de póliza no están suscritos por el asegurado –como, reconoce la recurrente- que no lo estarían de haberse aprobado su solicitud que constituyó el objeto de su petición, no puede constatarse que forman parte integrante de la póliza ni tienen valor probatorio y ello perjudica al asegurado, el cual tiene derecho a conocerlas como usuario del seguro".

Que la práctica o costumbre mercantil a la que podría acudirse en materia de seguros "...no debe resultar contraria a derecho y constituir un subterfugio para que el Estado supervise la actividad aseguradora y ella quede a expensas de las empresas, lo cual ocurriría si se acepta que el condicionado de las pólizas no sea consensual, -como debe ser todo contrato-, y ni siquiera con adhesión del asegurado...".

V CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Punto Previo

Este Máximo Tribunal, antes de entrar a decidir el fondo de la controversia, considera necesario pronunciarse con relación a la caducidad alegada por la representación judicial del Ministerio Público, quien adujo que ésta había operado, por cuanto –a su entender- no se agotó "debidamente" la vía administrativa, ya que la solicitud para entregar a los asegurados el «formato digital» que contiene las condiciones de la póliza hogar "...no

fue en fecha 21 de noviembre de 2006, como acotó en su libelo la recurrente, sino que lo fue cierta y efectivamente en fecha 08 de agosto de 2006...", alegando que era a partir de esta última fecha que debía computarse el lapso de veinte (20) días del cual disponía la Administración para pronunciarse sobre tal pedimento, previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que esos veinte (20) días vencieron en fecha 5 de septiembre de 2006.

Alegó igualmente que como la Administración no emitió la respuesta dentro del aludido lapso, debía considerarse que "...operó automáticamente el denominado silencio administrativo negativo...", en razón de lo cual la recurrente debió incoar el recurso de reconsideración dentro de los quince (15) días siguientes, cuyo lapso venció el 26 de septiembre de 2006, y que al haberlo ejercido el 12 de enero de 2007, ...correcto resulta estimarlo interpuesto en forma extemporánea, lo cual trae a su vez como consecuencia la extemporaneidad y caducidad respectivamente de los recursos subsiguientes interpuestos, cuales fueron el jerárquico y evidentemente (...) el contencioso administrativo de nulidad...".

Ante este alegato del Ministerio Público, la Sala –una vez analizado el expediente administrativo- constató que efectivamente la empresa accionante efectuó una primera solicitud a la Superintendencia de Seguros en fecha 8 de agosto de 2006, para que dicho organismo se pronunciara "...sobre la legalidad de la entrega en << formato digital >> del Condicionado de la póliza hogar...".

Asimismo, observa este Máximo Tribunal que -ciertamente- la Superintendencia de Seguros no dio respuesta en los siguientes veinte (20) días a esa solicitud (8 de agosto de 2006), produciéndose en consecuencia el silencio administrativo negativo, de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -ya que no está previsto un procedimiento

específico para este tipo de solicitud. Tales artículos disponen:

"Artículo 4. En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviere un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario...".

"Artículo 5. A falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la Administración Pública y que no requiera sustanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o a la fecha posterior en la que el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos...". (Negrillas de este fallo).

De manera que cualquiera sea la solicitud que se dirija a la Administración Pública, siempre será posible que se verifique y por consiguiente se invoque el silencio administrativo. Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de junio de 1991, y citada por esta Sala en el fallo N° 958 del 1° de julio de 2009, en el cual se dispuso lo siguiente:

"...Para que exista el silencio rechazo es necesario que la Administración incumpla su obligación de decidir sobre una petición o un recurso dentro de un lapso determinado, pero también, por

analogía, puede darse cuando deje de cumplir un acto a que estaba obligada legalmente. En efecto, a la 'no decisión', dentro de dicho lapso, se le califica de silencio, y además se le atribuye el contenido de una denegación, pero tácita, de la respectiva solicitud o recurso, precisamente para facilitar el ejercicio de los medios de impugnación por parte de los interesados, como ocurre con el llamado silencio administrativo negativo, tal como se contempla en los artículos 4°, 91 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por definición, entonces, el silencio administrativo supone el incumplimiento por parte de la Administración de un deber, en el supuesto contemplado en la ley mencionada, de decidir expresamente -positiva o negativamente- sobre una petición o recurso en el lapso que corresponda. De forma que este silencio permite considerar que la Administración no cumplió con su obligación de decidir, para facilitar el ejercicio del derecho de defensa y satisfacer el derecho constitucional de petición. Principio éste que también por analogía de acuerdo al artículo 4° del Código Civil, resulta aplicable cuando la Administración se abstiene de realizar un acto para el cual está obligada. En otras palabras, que tanto en los casos de falta de decisión v de falta de actuación de la Administración se puede dar el silencio administrativo negativo, respecto de ambos deberes incumplidos, para que los interesados no sufran indefensión...". (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, considera este Máximo Tribunal que con el vencimiento de esos veinte (20) días, producido en fecha 5 de septiembre de 2006, sin que la Administración respondiera, la recurrente fue destinataria de un acto tácito denegatorio de su solicitud, en virtud de lo cual podía ejercer –dentro del lapso legalmente establecido- el recurso administrativo correspondiente, que era el de reconsideración, mas no reproducir la misma solicitud (el 21 de noviembre de ese año), sin ajustarse a los lapsos previstos.

En tal sentido, el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevé que:

> "El recurso de reconsideración procederá contra todo acto administrativo de carácter particular y deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna, por ante el funcionario que lo dictó. (...)".

Y el artículo 42 eiusdem dispone:

"Los términos o plazos se contarán siempre a partir del día siguiente de aquel en que tenga lugar la notificación o publicación. En los términos o plazos que vengan establecidos por días, se computarán exclusivamente los días hábiles, salvo disposición en contrario. Se entenderá por días hábiles, a los efectos de esta Ley, los días laborables de acuerdo

con el calendario de la Administración Pública".

Al respecto la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia N° 2.228 del 20 de septiembre de 2002, citada por esta Sala en decisión publicada el 22 de enero de 2009 bajo el N° 0090, precisó lo siguiente:

"En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece los lapsos para la interposición y decisión y condiciones de los recursos administrativos en general, cuales son, exceptuando el recurso de revisión y queja: i) el recurso de reconsideración, que aparece en el artículo 94, el cual debe interponerse en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración (ex artículo 42) ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo cuya revisión se pretende y que debe ser decidido en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración siguientes a su recibo y; ii) el recurso jerárquico que aparece en el artículo 95, que debe interponerse en un lapso de quince (15) días hábiles de la Administración siguientes a la notificación de la decisión del recurso de reconsideración o, una vez producido el silencio rechazo, ante el superior jerárquico, el cual dispone de noventa (90) días hábiles de la Administración para decidir (ex artículo 91) (...)". (Negrillas de esta decisión).

Por lo tanto, el lapso para ejercer el recurso de reconsideración, el cual es de 15 días hábiles, comenzó a computarse al día siguiente de vencerse aquellos veinte (20), es decir, desde el 6 de septiembre de 2006 hasta el 26 del mismo mes y año, período en el cual la empresa accionante no interpuso el referido recurso. por el contrario, lo hizo extemporáneamente, en fecha 12 de enero de 2007, o sea, aproximadamente tres meses y medio después de haberse vencido el lapso correspondiente, incumpliendo así las reglas y plazos previstos para la interposición de los correspondientes recursos administrativos.

Así mismo, se observa que desde el 6 de septiembre de 2006, oportunidad en la cual comenzó a correr el lapso para que la recurrente iniciara los recursos en vía administrativa, hasta el 8 de enero de 2008, fecha en que se incoó la presente acción, transcurrió casi un año y medio, lo cual refleja que los recursos administrativos fueron interpuestos extemporáneamente y, en consecuencia, el presente recurso debe declararse inadmisible por ser evidente la caducidad, de conformidad con lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se determina.

Igualmente, en cuanto a la opinión del Ministerio Público acerca de que el thema decidendum es de orden público, la Sala observa que aquí no está involucrado el orden público. Por lo tanto, se confirma que el recurso de nulidad es inadmisible.

Por último, es necesario destacar que el Juzgado de Sustanciación no se percató de tal circunstancia y admitió el presente recurso por auto de fecha 30 de enero de 2008; sin embargo, dicha admisión pronunciada por el juez sustanciador, conforme a la doctrina de esta Sala, no le es a

ésta vinculante cuando, como en el presente caso, en la oportunidad de decidirse el fondo de la controversia sea detectada una causal de inadmisibilidad. En consecuencia, se revoca el auto dictado por el Juzgado de Sustanciación el 30 de enero de 2008. Así se declara.

VI DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara INADMISIBLE el recurso de nulidad interpuesto por la sociedad mercantil SEGUROS CARABOBO C.A. contra el acto tácito denegatorio, producido en virtud de la omisión del MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LAS FINAN-ZAS (hoy Ministro del Poder Popular para Economía y Finanzas) en dar respuesta al recurso jerárquico incoado contra la Providencia Administrativa dictada en fecha 9 de febrero de 2007 por la Superintendencia de Seguros, en la que se declaró sin lugar el recurso de reconsideración propuesto contra la tácita negativa de esa Superintendencia, en dar respuesta a la solicitud de autorización formulada por la recurrente "para entregar a los asegurados en << formato digital>> el condicionado general y particular, de la 'póliza hogar'...".

En consecuencia, se **REVOCA** el auto de admisión dictado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 30 de enero de 2008.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente judicial y devuélvase el administrativo. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los once (11) días del mes de agosto del año dos mil nueve (2009). Años 199° de la Independencia y 150° de la Federación.

La Presidenta Evelyn Marrero Ortíz

La Vicepresidenta Yolanda Jaimes Guerrero

Los Magistrados, Levis Ignacio Zerpa Hadel Mostafá Paolini

> Emiro García Rosas Ponente

La Secretaria , Sofia Yamile Guzmán

En doce (12) de agosto del año dos mil nueve, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el $N^{\rm o}$ 01239.

La Secretaria, Sofía Yamile Guzmán

Universidad Católica del Táchira



Revista Derecho y Tecnología Decanato de Investigación y Postgrado 1/11

ÍNDICE ACUMULADO

ARTÍCUL	os
CONFERI	ENCIAS
CONTRIB	UCIONES ESPECIALES
COMENTA	ARIOS ESPECIALIZADOS
LEGISLA	CIÓN
	NACIONAL INTERNACIONAL
RESEÑA	LEGISLATIVA
CRÓNICA	JURÍDICA
JURISPR	UDENCIA
	COMENTARIOS SENTENCIAS
RECENSI	ÓN
	COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA

Revista Derecho y Tecnología Nº 11/2010

ISSN: 1317-9306

375-386

ARTÍCULOS

AGUILAR TORRES, Jorge.

 El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España, 10, (2008-2009), 75-91.

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.

 El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. 5, (Julio/Diciembre 2004), 121-145

ALVAREZ CABRERA, Carlos.

 Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar.

El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

 Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 117-131

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo.

 Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 203-227.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.

- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 2, (Enero/Junio 2003), 131-150.
- La protección al consumidor en el comercio electrónico. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005), 53-71.

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

 Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. 1, (2002), 111-128.

- Los aportes en ciencia, tecnología e innovación en Venezuela.
 9, (Enero/Diciembre 2007), 89-116.
- Normativa respecto de las declaraciones de impuestos nacionales por Internet en Venezuela. 11, (2010), 97-105.

BARZALLO, José Luis.

• Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

BUITRAGO RODRÍGUEZ, Mariana

 La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano. 10, (2008-2009), 93-109

CÁRDENAS, Gilberto.

 Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. 1, (2002), 93-110.

CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.

 España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. 5, (Julio/ Diciembre 2004), 7-16.

CUADRADO GAMARRA, Nuria.

 Los Códigos tipo en la legislación española. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 73-90.

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.

 La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor, 10, (2008-2009), 133-155.

CHIQUITO, Andreina.

 El cheque electrónico en la legislación venezolana. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 69-88.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara

Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores. 11, (2010), 107-130.

DELPIAZZO, Carlos E.

- La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. 8, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.
- Aspectos de la contratación pública electrónica. **11**, (2010), 11-31

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.

 Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. 8, (Enero/ Diciembre 2006), 11-25.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.

- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. 3, (Julio/ Diciembre 2003), 151-165.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa.
 - "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta general electrónica". 8, (Enero/Diciembre 2006), 27-47.
- GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María.
 - Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), 5, (Julio/Diciembre 2004), 17-40

GRAHÀM., James A.

 La Uniform Dispute Resolution Policy: Una tentativa de calificación. 2, (Enero/Junio 2003), 151-159.

GUISADO MORENO, Ángela.

 La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores. 9, (Enero/Diciembre 2007), 133-158.

HERRERA BRAVO, Rodolfo.

Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? 2, (Enero/Junio 2003), 21-41.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael.

- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. 1, (2002), 9-23.
- La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica. 9, Enero/ Diciembre 2007), 11-26.

IRIARTE AHON, Erick.

• Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. 2, (Enero/Junio 2003), 103-129.

JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa

• Los contratos electrónicos. **11**, (2010), 159-188.

LAGUNA, Rosa.

• ¿Nueva pedagogía para el *eleaning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.

- Autorregulación publicitaria. 1, (2002), 157-182.
- El uso de la marca en Second Life. **10**. (2008-2009), 7-43

LÓPEZ JIMÉNEZ, David y BARRIO, Fernando.

 Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo. Los casos de Alemania, España e Italia. 11, (2010), 33-68.

LÓPEZ ZAMORA, Paula.

 Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. 6-7, (Enero/ Diciembre 2005, 11-25.

MACHTA CHENDI, Zulay.

 El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. 5, (Julio/ Diciembre 2004), 41-80

MARESCA, Fernando.

 Protección jurídica del software: un debate abierto. 1, (2002), 147-156.

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia.

 Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español. 10, (2008-2009), 45-74

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.

 Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. 1, (2002), 53-71.

MATA, Miguel Ángel.

 La protección al consumidor en la contratación a distancia. 8, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.

MATTUTAT MUÑOZ, Marjorie.

La electronificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela.
 10, (2008-2009), 111-131

MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith.

 Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano.
 10, (2008-2009), 157-177

OLIVER LALANA, A. Daniel.

- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. 3, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
- Internet como fuente de información accesible al público: pensan-

do el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 49-72.

PANIZA FULLANA, Antonia.

- Análisis jurídico de los spyware, web bugs y mail bugs. (Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor). 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 91-113.
- E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española.
 9, (Enero/Diciembre 2007), 51-68

PERALES VISCASILLAS, Ma del Pilar.

- Sobre la perfección del contrato en España: el "popurrí" de los "nuevos" artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. 2, (Enero/Junio 2003), 7-19.
- ¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. 9, (Enero/Diciembre 2007), 27-49

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

 Reflexiones sobre la contración informática. 4, (Enero/Julio 2004), 11-21

PÉREZ PEREIRA, María.

 Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. 1, (2002), 33-51.

PLAZA SOLER, Juan Carlos.

Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. 3, (Julio/Diciembre 2003),

PONCE HEINSOHN, Ivonne

 Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno. 11, (2010), 131-157.

QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo.

 "El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access". **6-7**, (Enero/Diciembre) 2005, 183-202.

RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.

 El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. 2, (Enero/Junio 2003), 61-80

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.

 Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa. 5, (Julio/Diciembre 2004), 147-157

RICO CARRILLO, Mariliana.

• Firmas electrónicas y criptografía. **2**, (Enero/Junio 2003), 81-101.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa

 La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red. 11, (2010), 69-96

SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.

• La Directiva europea sobre comercio electrónico. 1, (2002), 73-91.

SALGUEIRO A., José Ovidio.

 La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. 1, (2002), 25-32.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.

 Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. 1, (2002), 129-146.

SANTANDER RENGIFO, Antonio.

 Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil. 5, (Julio/Diciembre 2004), 81-120.

SARMIENTO, María Gabriela.

 Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 99-125.

SENENT VIDAL, María José.

 La protección jurídica del denominado "conocimiento libre". 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 141-170.

SOTO, Alberto.

Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.

VALERO TORRIJOS, Julián.

El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la perspectiva del Derecho español).
 6-7, (Enero-Diciembre 2005), 27-51.

VARGAS LEAL, Luis.

 Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. 4, (Enero/Julio 2004), 23-62.

VÁZQUEZ, Víctor.

• La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 229-245.

WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.

 La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. 2, (Enero/Junio 2003), 43-59.

YAYA NARVÁEZ, León David y CANO M., Jeimy J.

Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia. 6-7, (Enero-Diciembre 2005), 115-140.

CONFERENCIAS

ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.

- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. 4, (Enero/Julio 2004), 93
- La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional. 8, (Enero/Diciembre 2006), 261-272.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

• El testamento electrónico. 4, (Enero/Julio 2004), 193.

ANTEQUERA, Ricardo Enrique.

 La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME. 8, (Enero/Diciembre 2006), 197-208.

ARAUJO - JUÁREZ, José.

 El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. 4, (Enero/Julio 2004), 65-91.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.

 El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos. 8, (Enero/Diciembre 2006), 247-259.

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.

• Tributación e Internet. 4, (Enero/Julio 2004), 145

BARZALLO, José Luis.

 Derecho de autor, Internet y libre competencia. 8, (Enero/Diciembre 2006), 221-245.

BRANDT GRATEROL, Leopoldo.

 Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico.
 4, (Enero/Julio 2004), 165

DÍAZ GARCÍA, Alexander.

 Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano. 8, (Enero/Diciembre 2006), 275-301.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús.

Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.
 8, (Enero/Diciembre 2006), 161-175.

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael.

 La continuada –y, a veces, desaparecida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles. 8, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

 Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. 4, (Enero/Julio 2004), 187

PÉREZ PEREIRA, María.

- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. 4, (Enero/Julio 2004). 177
- La evolución de los sistemas de cifrado. 8, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.

RAMOS HERRANZ, Isabel.

 Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. 8, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.

REMOLINA ANGARITA, Nelson.

 Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. 4, (Enero/Julio 2004), 109

RICO CARRILLO, Mariliana.

 El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. 8, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.

SÁNCHEZ, Diego.

 Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana. 8, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

CUBEROS DE QUINTERO, María Antonia

 La participación ciudadana y el gobierno electrónico. 9, (Enero/ Diciembre 2007), 161-172.

CANO, Jeimy J.

• Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la sociedad de la información. 9, (Enero/

Diciembre 2007), 173-182. MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, HERRERA-JOANCOMARTÍ,

 Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España, 11 (2010), 191-216.

Jordi v PÉREZ-SOLÁ, Cristina

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael

 Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a los autores. Su situación actual. **11**, (2010), 219-244.

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. 1, (2002), 185-188.

Decreto N°1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.

Decreto Nº 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.

Decreto Nº 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. 2, (Enero/Junio 2003), 209-245.

Decreto Nº 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. 2, (Enero/Junio 2003), 255-280.

Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 1, (2002), 255-273.

Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. 4, (Enero/Julio 2004), 301-322.

Decreto N° 3.335, de fecha 12 de diciembre de 2004, mediante el cual se decreta el Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 331-344.

Decreto N° 3.390, de fecha 23 de diciembre de 2004, sobre el uso del software libre en la Administración Pública. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 345-349.

Leyes

- Ley especial contra los Delitos Informáticos. 1, (2002), 275-285.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. 1, (2002), 189-253.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.
- Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedias. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.
- Ley de Tarjetas de Crédito, Debito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, **10**, (2008-2009), 181-202

Reglamentos

- Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. 8, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión de

fecha 9 de octubre de 2006. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 207-220.

Resoluciones

- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.
- Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de telecomunicaciones. 5, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
- Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. 5, (Julio/Diciembre 2004), 257-261
- Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. 5, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.
- Resolución por la cual se dictan "Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico", 10, (2008-2009), 203-226.

Providencias

- Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto sobre la Renta. 11, (2010), 247-249
- Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto al Valor Agregado. 11, (2010), 251-253

II.2. Internacional

Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.
- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.
- Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior. 10, (2008-2009), 227-301.
- Directiva 2009/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 sobre Protección jurídica de programas de ordenador. 11, (2010), 341-349.

Leyes Modelo

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho In-

- terno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

Legislación española

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 219-261.
- Ley 59/2003, de firma electrónica. 4, (Enero/Julio 2004), 263-300.
- Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.
- Ley 22/207, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distacia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. 9, (Enero/Diciembre 2007), 185-2005.
- Ley 16/2009 de 13 de noviembre, sobre Servicio de Pago. 11, (2010), 255-304.
- Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, **10**, (2008-2009), 303-322.
- Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. 11, (2010), 305-340

RESEÑA LEGISLATIVA

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

 Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

CRÓNICA JURÍDICA

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

 La Informática forense como medio de prueba. 3, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

• El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas:

Power Line Communications (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

ALTAMIRA, Matías.

 Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades. 8, (Enero/Diciembre 2006), 329-336.

JURISPRUDENCIA

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.

- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. 5, (Julio/ Diciembre 2004), 269-275.
- Procedencia de la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia sancionatoria de telecomunicaciones. Comentario a la sentencia de 09 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia.
 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 357-364.

PALAZZI, Pablo A.

 Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet. 8, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.

RICO CARRILLO, Mariliana.

- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. 1, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia ve-

- nezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia.
 3, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.
- La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. 10, (2008-2009), 325-330.
- Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas en soportes documentales electrónicos. 11, (2010), 353-358.

SALGUEIRO, José Ovidio.

El valor probatorio del correo electrónico. Comentario a la sentencia 2201-04 de la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional. 6-7, (Enero/Diciembre 2005), 353-355.

URSO ČEDEÑO, Giuseppe.

 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los

- artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. 4, (Enero/Julio 2004), 325-329
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. 1, (2002), 320-323.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. 2, (Enero/Junio 2003), 315-337
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. 3, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. 4, (Enero/Julio 2004), 331-338
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004. 5, (Julio/Diciembre 2004), 277-305
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 8 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.

- In the United States District Court for the Northern District of California San Jose División, fecha 17 de marzo 2006, **8**, (Enero/Diciembre 2006), 351-369.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007 sobre el caso RCTV.
 9, (Enero/Diciembre 2007), 223-259.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007 sobre el valor probatorio de los medios electrónicos. 9, (Enero/Diciembre 2007), 261-317.
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007. **10**, (2008-2009), 331-354.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008. 10, (2008-2009), 355-400.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de agosto de 2009. 11, (2010), 359-373

RECENSIÓN

- PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
 - BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) La regulación del comercio electrónico. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. 3, (julio/ Diciembre 2003), 281-282.
 - BRANDT GRATEROL, Leopoldo. Páginas web: condiciones, políticas y términos legales. Editorial Legis, Caracas, 2001, 358
- págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: Marcas versus nombres de dominio en Internet, Iustel, Madrid, 2004, págs, 351. 5, (Julio/Diciembre 2004), 309-310.
- RICO CARRILLO, Mariliana: Comercio electrónico, Internet y Derecho. Edt. Legis, Caracas, 2003, 277 págs. 3, (Julio/Diciembre 2003), 285.

- RICO CARRILLO, Mariliana. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
 - BRICEÑO, Francisco (Coord.): Aspectos legales del comercio electrónico, Cavecom, Caracas, 2004, 294 págs. 4, (Enero/Julio 2004), 341-245.
 - BATUECAS CALETRIO, Alfredo: Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 15 (monográfico),
- Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 377-378.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel. Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces), Madrid, Marcial Pons, 2006. 9, Enero/Diciembre 2007), 321-324.

Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología

- 1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.
- 2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente WindowsTM 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (ExcelTM, Corel DrawTM, jpg, gif, bmp, y otros), asimismo, las ilustraciones deben estar numeradas y a continuación del texto (no se aceptarán las que se encuentren al final del artículo). Las revistas podrán decidir no incluirlas, previa comunicación al autor o autores, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.
- 3. El texto del artículo debe redactarse tomando en cuenta los siguientes parámetros:
 - 3.1. La primera página debe contener:
 - a) Título del artículo
 - b) Nombre del autor o autores
 - c) Título académico y afiliación institucional
 - d) Dirección del autor y correo electrónico
 - e) Síntesis curricular no mayor a diez (10) líneas
 - 3.2. La segunda página debe contener un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, concentrándose en los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Al final del mismo se deben incluir las palabras claves en un número no mayor a cinco (5).
 - a) El resumen y las palabras claves deben venir redactadas en español e inglés
 - b) Se podrán aceptar artículos redactados en inglés, francés u otros idiomas sólo en casos especiales, debiendo contener las palabras claves en español e inglés.
 - 3.3. El texto del artículo debe estructurarse en secciones debidamente identificadas, siendo la primera la introducción (o reseña de los conocimientos existentes, limitada estrictamente al tema tratado en el artículo). Las secciones deben identificarse sólo con números arábigos. Cada artículo antes de la primera sección o sección introductoria, debe tener un sumario en el que se enumeren los temas que se van a desarrollar (las secciones en las cuales fue dividido el trabajo).
 - 3.4. Si parte del material trabajado (textos, gráficos e imágenes utilizados) no son originales del autor o de los autores, es necesario que los mismos estén acompañados del correspondiente permiso del autor (o de los autores) y el editor donde fueron publicados originalmente, en su defecto, se debe indicar la fuente de donde fueron tomados.

- 3.5. En las referencias bibliográficas se debe utilizar el sistema de cita formal, haciendo la correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.
- 4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
- 5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica derechoytecnologia@ucat.edu.ve con copia a mrico@ucat.edu.ve
- 6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.
- 7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.
- 8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
- 9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
- 10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.

Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología

- The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.
- 2. Articles must be redacted in editor programs that work in WindowsTM 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (ExcelTM, Corel DrawTM, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if them do not fulfil the technical requirements to their publication.
- 3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
 - 3.1. The first page must have:
 - a) Title of the article
 - b) Author or authors name
 - c) Academic title and institutional affiliation
 - d) Author address and e-mail
 - e) Resume no longer than 10 lines
 - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
 - The abstract and the key words must be translated in Spanish and English.
 - b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
 - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
 - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
 - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

- 4. Articles must have a maximum extension of forty (40)sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.
- 5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: derechoytecnologia@ucat.edu.ve with copy to mrico@ucat.edu.ve
- 6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirense de Derecho as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.
- 7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.
- 8. The right of change of stylus that are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.
- 9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.
- The Universidad Católica del Táchira, the editor and the Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

VICERRECTORADO ACADÉMICO DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

11/2010

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2010, de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2010, en los talleres de Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de <u>500</u> ejemplares. San Cristóbal - Venezuela

