



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Asensi Merás, Altea. Los contratos para las comunicaciones electrónicas. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1194-1210. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21049>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LOS CONTRATOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

ALTEA ASENSI MERÁS*

Resumen

Los contratos para las comunicaciones electrónicas se caracterizan porque los servicios objeto del contrato no consisten en una actuación personal de quien presta los servicios, sino que se trata de servicios que se proporcionan por medios tecnológicos adecuados. El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora el régimen jurídico aplicable a los contratos para las comunicaciones electrónicas y efectúa una regulación completa de las modalidades relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica, al contrato de alojamiento de datos y a los acuerdos para llevar a cabo la copia de datos o información.

Contenido

1. Introducción. – 2. Régimen jurídico de los contratos para las comunicaciones electrónicas. – 3. El contrato de servicio de comunicación electrónica. – 3.1. Noción del contrato de servicio de comunicación electrónica. – 3.2. Obligaciones de las partes. – 3.3. Supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad. – 4. El contrato de alojamiento de datos. – 4.1. Concepto del contrato de alojamiento de datos. – 4.2. Obligaciones de las partes. – 5. Acuerdos para la copia de datos o información. – 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La implantación de la tecnología de la información y la comunicación ha propiciado el nacimiento de una nueva modalidad de contratación, la contratación electrónica, que se diferencia de los contratos tradicionales por el hecho de que introduce el uso de procedimientos electrónicos en las diferentes fases del proceso de celebración de un contrato¹. La libertad de iniciativa económica y el principio espiritualista que se aplica a la perfección de los contratos mercantiles y los principios inspiradores de la contratación entre ausentes han venido constituyendo la base sobre la que se ha venido practicando la denominada contratación mercantil entre ausentes por medios electrónicos².

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante

¹ FERNANDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico. Formación y cumplimiento*, Bosch Editor, 2013, p. 40.

² ILLESCAS ORTIZ, R; *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 207.

La categoría de los contratos electrónicos, entendida como la integrada por los contratos celebrados por medios electrónicos, no constituye una realidad específica de Internet, que es sólo uno de los medios de comunicación empleados para la formación de contratos de tal categoría. No obstante, la expansión de la contratación en Internet ha ido unida a la utilización de la contratación electrónica, que presupone la transmisión inmaterial a través de redes informáticas de declaraciones negociales con respecto a los más variadas modalidades contractuales, tanto relativas a prestaciones susceptibles de ser ejecutadas por medios electrónicos, como a bienes corporales cuya entrega física es necesaria para el cumplimiento del contrato³.

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora una nueva regulación aplicable a los denominados “contratos para las comunicaciones electrónicas” (arts. 532-1 a 532-14 PCM) como una categoría de prestación de servicios especiales frente a la categoría general correspondiente a los contratos de prestación de servicios mercantiles. Bajo esta denominación el anteproyecto se refiere al régimen jurídico aplicable a los mismos y efectúa una regulación completa del contrato de servicio de comunicación electrónica y del contrato de alojamiento de datos. Por último, se refiere a los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos.

La regulación de los contratos para las comunicaciones electrónicas contenida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil supone una novedad, ya que estas modalidades contractuales consideradas atípicas carecen, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico, salvo en lo relativo a determinados aspectos básicos de la eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica y al régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información establecido en la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información, por medio de la cual se incorporó la legislación española la Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Los conflictos de intereses típicos de la expansión de la contratación electrónica han ido unidos a una particular necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se trate de un medio de emisión de declaraciones de voluntad negociales que no impide la aplicación del Derecho privado preexistente. Por tratarse ante todo de la utilización de medios técnicos electrónicos para la emisión de declaraciones de voluntad en la formación de contratos, la admisibilidad de la contratación electrónica en nuestro ordenamiento jurídico deriva de con carácter general de la aplicación del principio de

³ MIGUEL ASENSIO, P.A.; *Derecho privado de Internet*, 4ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 801.

autonomía de la libertad reconocido a los contratantes para formaliza y configurar sus relaciones jurídicas.

En este sentido, cabe afirmar la aplicación a los contratos electrónicos de las disposiciones generales sobre obligaciones contractuales o relativas al tipo contractual que se trate⁴, si bien su funcionamiento en determinados sectores de la actividad económica puede estar sometido a controles públicos. No obstante, la aplicabilidad a la contratación electrónica de las reglas generales del Derecho privado preexistente no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica y dificulta que el medio electrónico proporcione a los usuarios contratantes la confianza necesaria en sus relaciones por la falta de garantías sobre ciertos elementos relativos a la identidad de las partes contractuales o la prueba de la identidad del contenido del contrato.

El marco general regulador de la contratación electrónica en la normativa comunitaria se halla contenido en 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 interior⁵. La intervención normativa comunitaria en el ámbito de la contratación electrónica responde a la necesidad de tratar de eliminar los obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico a escala comunitaria y favorecer la contratación electrónica que, dada su expansión, aumenta las posibilidades de los operadores económicos de comercializar sus productos y servicios en el mercado interior⁶.

La Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico se centra en la regulación de los requisitos que deben cumplir los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La regulación específica de los contratos celebrados por vía electrónica se limita a imponer a los Estados miembros la obligatoriedad de velar porque su legislación permita la contratación electrónica, impone determinados requisitos de información que deben cumplir los prestadores de servicios en relación con determinados contratos electrónicos y establece algunos requisitos que deben cumplirse en relación con los contratos destinados a la realización de pedidos por vía electrónica. Con el objetivo de transponer la normativa comunitaria, el legislador español aprobó la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁷ cuyo Título IV (arts. 23 a 29 LSSI) se dedican a la contratación por vía electrónica. Por medio de esta regulación se regulan los aspectos básicos de la eficacia de los contratos electrónicos y ciertas obligaciones previas a la contratación y de información posterior a la celebración del contrato. Asimismo, la LSSI incluye la

⁴ ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la contratación...”, *op. cit.*, p. 479-54.

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (*Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016*)

⁶ MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 815.

⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002)

regulación de algunos aspectos adicionales relativos a la forma y la prueba de los contratos electrónicos, la intervención de terceros de confianza, la determinación de la ley aplicable y el lugar de celebración del contrato.

El resto de normas específicas reguladoras de la contratación electrónica en la legislación española tienen su origen, asimismo, en la armonización de la normativa comunitaria. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias que regula las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (arts. 80 a 91 LGDCU) y los contratos celebrados a distancia (arts. 92 a 106 LGDCU), incorporando en lo esencial el régimen contenido en la Directiva 97/7/CE⁸. Asimismo, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores (LCDSF) incorpora al Derecho español la Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁹.

El Título III del Libro quinto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros, en adelante ACM, se refiere a la regulación “De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales” (arts. 531-1 a 536-8 ACM). Bajo esta denominación el anteproyecto incorpora seis capítulos en los que se regulan los contratos de prestación de servicios mercantiles en general, los contratos para las comunicaciones electrónicas, los contratos publicitarios, el contrato de admisión a subasta pública, el contrato de cesión de bienes inmateriales y el contrato de licencia de bienes inmateriales.

El artículo 532-1 del ACM se refiere dentro de sección primera relativa a las disposiciones aplicables a los contratos para las comunicaciones electrónicas. Respecto del régimen jurídico aplicable a los contratos para las comunicaciones electrónicas se dispone que los contratos que se incluyen en esta categoría “son siempre mercantiles”.

La mercantilidad del contrato se determina, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, el contrato para las comunicaciones electrónicas es mercantil, ya que el objeto de estas modalidades contractuales consiste en la prestación de un servicio mercantil por medios electrónicos.

Desde un punto de vista subjetivo el contrato para las comunicaciones electrónicas es mercantil, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 531-1 de la ACM; se exige que el prestador de servicios tenga la condición de empresario, esto es, de persona física o jurídica que ejerza profesionalmente y en nombre propio una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado. En este sentido, el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas tendrá la condición de empresario, ya se persona física o jurídica, y

⁸ MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 818.

⁹ ILLESCAS ORTIZ, R; “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y la dogmática contractual electrónica”, *RCE*, nº 84, 2007, VLEX-453482, pp.1-15.

realizará una actividad consistente en la prestación de servicios de comunicaciones por medios electrónicos.

3. EL CONTRATO DE SERVICIO DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

3.1. Noción del contrato de servicio de comunicación electrónica

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora una regulación detallada del contrato de servicio de comunicación electrónica (arts. 532-2 a 532-11 ACM). Esta regulación se refiere a la noción del contrato, a las obligaciones que le corresponden realizar al prestador del servicio y al cliente del servicio y a los supuestos específicos de incumplimiento y de responsabilidad de las partes contractuales.

El artículo 532-2 del ACM establece el concepto del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas al que define como aquél por el que el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, a cambio de una remuneración “se obliga frente al cliente a suministrarle el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información”. La prestación de servicios que define la esencia de esta modalidad contractual consiste en la utilización por el operador de la interconexión de las redes públicas de comunicaciones para que sus usuarios puedan comunicarse con otros usuarios o acceder a los servicios prestados por otro operador.

La conexión a Internet, desde el punto de vista técnico, hace referencia a una realidad física que permite la conexión de la red privada del usuario a través de un conjunto de estándares y procesos a la red del operador y, a través de ésta, al conjunto de redes que integran Internet. De esta forma, el concepto del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas podría englobar dentro de su ámbito de aplicación al contrato de conexión a Internet que, pese a ser una modalidad contractual atípica, ha sido definido como aquel en el que el operador de servicios de comunicaciones electrónicas pone a disposición de los usuarios de dicho servicio la capacidad potencial para acceder, a través de la plataforma proporcionada por el operador, a los servicios y recursos ubicados fuera de los márgenes de la misma¹⁰.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGtel) define la interconexión a Internet como “la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operados o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operados o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La

¹⁰ YANGUAS GÓMEZ, R; *Contratos de conexión a Internet, “hosting” y búsqueda. Servicios de intermediación en red con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 165.

interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”¹¹.

El elemento esencial de la definición de interconexión contenida en la LGtel reside en la posibilidad de que a un operador se le permita conectar físicamente sus medios e infraestructuras al correspondiente punto de interconexión ajeno para, sirviéndose del mismo, posibilitar el tránsito de la información del operador más allá de las fronteras de su propia red¹². Dicho concepto resulta, asimismo, apropiado para definir el contrato de conexión a Internet ya que la obligación esencial de éste coincide con la finalidad de dicha modalidad contractual consistente en permitir que los usuarios del mismo operador o de otro distinto puedan acceder a los servicios prestados por otro operador.

3.2. Obligaciones de las partes

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado 30 de mayo de 2014 se refiere al contenido aplicable al contrato de servicio de comunicación electrónica y detalla las principales obligaciones que le corresponden a las partes contractuales: al prestador de servicios de comunicaciones electrónicas y al destinatario o cliente de dichos servicios.

Respecto a las obligaciones que le corresponde realizar al prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, el artículo 532-3 del ACM establece, en primer lugar, que el prestador estará obligado “a proporcionar el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información, en las condiciones de continuidad, regularidad, velocidad, volumen y seguridad previstas en el contrato, y en lo no previsto, en las condiciones y bajo los usos y los estándares observados en la prestación de servicios idénticos o análogos, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos análogos publicados o adheridos por el prestador”.

Respecto al objeto de la prestación del servicio de comunicaciones electrónica, conviene recordar, que la Directiva 2002/22/CE define el concepto de acceso funcional a Internet como aquel en el que la conexión proporcionada deber permitir a los usuarios finales “efectuar transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica”¹³. En este sentido, la obligación se configura como estándar mínimo de calidad que el prestador deberá alcanzar en todo momento, asumiendo el operador, en caso de no hacerlo, las consecuencias administrativas y civiles derivadas del cumplimiento defectuoso de la obligación.

Con la introducción del concepto de “acceso funcional” no se hace referencia a los medios que hacen posible la conexión en sí, sino a que la conexión debe cumplir con unos parámetros de calidad determinados. La obligación de servicio universal requiere

¹¹ Apartado 14 Anexo II LGtel

¹² YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting...”, *op. cit.*, p. 145.

¹³ art. 4 Directiva 2002/22/CE)

que la transmisión de datos efectuada a través de la correspondiente conexión sea suficiente para satisfacer de manera adecuada las exigencias técnicas que la prestación de determinados servicios facilitados a través de la red requiere. Dichas exigencias pueden derivarse tanto de la velocidad de conexión como de la capacidad de la misma.

Desde un punto de vista técnico, para acceder de manera funcional a determinados servicios, la conexión deberá alcanzar determinados niveles de calidad. A pesar de que resulta difícil determinar cuáles de estos servicios aspira concretamente a acceder el usuario, el criterio utilizado para concretar dicha indeterminación proviene del valor global del nivel de calidad ofertado que corresponde a cada una de las “tecnologías y modalidades de servicio relevantes de conexión a internet”¹⁴.

Cada prestador de servicios de conexión a Internet contará con un catálogo de ofertas de conexión, a cada una de las cuales le corresponde un nivel de calidad distinto y determinado, e forma que sólo las modalidades de mayor calidad permitirán un acceso funcional a los servicios técnicamente más exigentes. En este sentido, la Orden de Calidad¹⁵ en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas dispone que ciertos operadores “deberán tener disponible para su publicación la información que se especifica a continuación: a) nivel de calidad de servicio ofertado y b) nivel de calidad de servicio conseguido”¹⁶.

Además del valor global del nivel de calidad, el legislador introduce un nuevo concepto conocido como “compromiso de calidad” que determina el objeto del contrato porque determina el nivel individual de calidad del servicio. En este sentido, la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas¹⁷ y la Orden de Calidad incorporan la obligación de incluir, dentro del contenido mínimo de los contratos de comunicaciones electrónicas “los niveles individuales de calidad del servicio así como las indemnizaciones asociadas al cumplimiento de los compromisos de calidad y si éstas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final”¹⁸.

En segundo lugar, se señala expresamente que el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, estará obligado a “mantener el secreto de las comunicaciones”. De hecho, el incumplimiento de dicha obligación por parte del prestador de servicios de comunicaciones electrónicas podría suponer una vulneración de las obligaciones contractualmente adquiridas por el prestador del servicio o derivadas del valor global de calidad, siempre que logre acreditarse tanto el daño causado como la relación de causalidad.

El cumplimiento de la obligación relativa del mantenimiento del secreto de las comunicaciones también resulta de aplicación, en el ámbito extracontractual, ya que para que opere la cláusula de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 14

¹⁴ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op.cit.*, p. 167.

¹⁵ Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad del servicio en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

¹⁶ Art. 4 Orden ITC/912/2006

¹⁷ Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas de 2009 (CDUSCE)

¹⁸ Art. 8d CDUSCE y art. 10 Orden ITC/912/2006

de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se requiere que los operadores de redes 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 el acceso a ésta, no sean “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”¹⁹.

Asimismo, el artículo 532-4 del ACM establece en relación al equipo suministrado o puesto a disposición del cliente por el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, que “la transmisión o el uso del equipo necesario para el acceso o las comunicaciones suministrado o puesto a disposición del cliente por el prestador se regirá por la normativa correspondiente al contrato de compraventa, arrendamiento o cualquier otra normativa aplicable”.

En relación a las obligaciones que le corresponde realizar al cliente, el artículo 532-5 del ACM señala, en primer lugar, que el cliente estará obligado a “pagar al prestador la remuneración pactada, en el momento y la forma previstos”. En este sentido se señala que, en defecto de pacto, la remuneración debida por el cliente se fijará de acuerdo con los usos del sector”. Es habitual que en los contratos de conexión a internet el operador del servicio de comunicaciones electrónicas que presta servicios de conexión a internet exija una remuneración en pago por la provisión de dichos servicios.

La razón de esta circunstancia se encuentra en la particularidad de la prestación del propio servicio que consiste en la transmisión de señales cuya ejecución se lleva a cabo por el propio sistema operativo, lo que dificulta la provisión del servicio a coste cero o a través de otros medios de financiación derivados de la publicidad. Ello no impide, no obstante, que se den otros supuestos en los que el usuario pueda conectarse a Internet de forma gratuita sin que la figura mute su naturaleza jurídica, ya que el pago de una contraprestación por parte del prestatario no constituye una obligación necesaria del contrato de conexión a Internet²⁰.

En segundo lugar, el cliente estará obligado a “hacer uso del servicio conforme las condiciones previstas en el contrato, y en cualquier caso con respeto a los derechos de terceros, la ley y el orden público. Por último, se establece que el cliente estará obligado a “custodiar y mantener el secreto de cualesquiera instrumentos o medidas de seguridad”. De esta forma, el cliente asume las obligaciones que se derivan del pago de la remuneración pactada por la prestación del servicio de comunicación electrónica y de cumplimiento de las limitaciones que se derivan del uso y del deber de secreto conforme a las condiciones generales previstas en el contrato.

El contenido de las obligaciones y deberes del cliente o consumidor que, como prestatario recibe un servicio de conexión a Internet ofrecido por un operador de redes y telecomunicaciones vendrán determinados por el acuerdo contractual de carácter privado que le vincule con el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas. Es

¹⁹ Art. 14 LSSI

²⁰ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op cit.*, p. 145.

precisamente el vínculo contractual de donde surgen las obligaciones del cliente de usar el servicio conforme a las condiciones establecidas en el contrato así como asegurar la red conforme a las medidas de seguridad establecidas.

3.3. Supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado 30 de mayo de 2014 regula los supuestos de incumplimiento contractual y delimita el régimen de responsabilidad aplicable al prestador del servicios de comunicaciones electrónicas y al cliente destinatario del servicio ante los supuestos de incumplimiento contractual, ya sea total o parcial, lo que determinará, en cada caso, el alcance de la responsabilidad de cada una de las partes contractuales.

Por una parte, el artículo 532-6 del ACM señala la responsabilidad del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas por incumplimiento del servicio cuando establece que “el prestador deberá de indemnizar al cliente los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato”, salvo que el prestador pruebe que dicho incumplimiento no es imputable a su culpa ni a la de sus auxiliares. De esta forma, en caso de interrupción temporal del acceso al servicio de comunicaciones electrónicas, el cliente tendrá derecho a recibir del prestador del servicio una indemnización por los daños derivados de la ausencia de la prestación.

Al igual que sucede con otros servicios de la sociedad de la información, los servicios de conexión a Internet presentan una serie de particularidades que determinan en buena medida el alcance de responsabilidad contractual de los operadores y servidores de servicios de comunicaciones electrónicas. Debido a la significación de la causa que trae origen del daño, no resulta indiferente si el daño se produce como consecuencia de un incumplimiento total del prestador o de un incumplimiento parcial o defectuoso del mismo.

El artículo 532-7 del ACM señala que en los supuestos específicos de incumplimiento del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas de sus obligaciones relativas a mantener el secreto de las comunicaciones a causa de la interceptación de la información o cualquier otro tipo de intromisión ilegítima por parte de terceros, “el prestador quedará exonerado de su responsabilidad si prueba haber aplicado todas las medidas de seguridad técnicamente apropiadas para tal finalidad”.

No obstante lo dispuesto con carácter general sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento, el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas será responsable por el incumplimiento consistente en la pérdida de la integridad de la información transmitida si el cliente prueba que dicha pérdida trae causa de la culpa del prestador. A tales efectos, cuando las partes hayan acordado, o el prestador haya comunicado al cliente, las medidas de seguridad tendentes al mantenimiento de la integridad de la información transmitida, se considerará que el prestador ha incurrido en culpa si todas o algunas de dichas medidas no han sido aplicadas.

Cuando lo que se produce no es una interrupción del servicio de comunicación electrónica sino una degradación en la prestación del servicio hasta el punto de vulnerarse las obligaciones adquiridas contractualmente por el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, incluida la obligación de guardar secreto de las comunicaciones, o las derivadas del incumplimiento del valor global de calidad, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento defectuoso de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas por parte del prestador del servicio, del que se derivará la correspondiente responsabilidad frente al cliente por incumplimiento contractual, siempre que se logre acreditar tanto el daño causado como la relación de causalidad.

Asimismo, el artículo 532-8 del ACM establece que el prestador no incurrirá en incumplimiento del contrato cuando, a pesar de producirse la interrupción en la prestación del servicio, “dicha interrupción haya sido planificada por necesidades de mantenimiento de la regularidad del servicio o del equipo necesario para su prestación. El prestador deberá no obstante avisar previamente de dichas interrupciones al cliente en la forma y el tiempo pactados en el contrato o, en defecto de pacto, en las condiciones que quepa esperar de un prestador diligente de servicios de comunicación electrónica”. Asimismo, el prestador no será responsable del incumplimiento debido a la interrupción del servicio causada por los fallos o deficiencias en algún tramo de la red de comunicaciones electrónicas respecto del cual el prestador no sea además el operador de red “siempre que las consecuencias de tales fallos o deficiencias no hubiesen podido ser evitadas por el prestador mediante el ejercicio de la debida diligencia”.

Cuando se produzcan interrupciones múltiples en la prestación del servicio, las mismas serán consideradas una única interrupción sin solución de continuidad siempre que, por su periodicidad y reiteración, impidan al cliente la comunicación o la transmisión de información en condiciones normales durante el tiempo en que se produzcan. Cuando las partes hayan previsto un sistema para las comunicaciones entre ellas para los fines del contrato, el cliente deberá comunicar al prestador las interrupciones que se produzcan en el servicio. En tales casos, el prestador no será responsable por los daños que el cliente sufra con anterioridad a la comunicación requerida y siempre que la misma se retrase injustificadamente.

El derecho del cliente a la compensación económica por parte del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas en caso de interrupción del servicio de comunicación electrónica se configura como un reaseguramiento del derecho general que tiene el prestatario a recibir una reparación por los daños causados ante la ausencia de la prestación del servicio objeto de la relación contractualmente establecida²¹. No obstante lo anterior, el prestador no incurrirá en incumplimiento del contrato cuando la interrupción en la prestación del servicio haya sido planificada por necesidades de mantenimiento de la regularidad del servicio o fuera causada por los fallos en algún

²¹ ROMERO GALLARDO, A; “El derecho compensatorio del abonado por la interrupción temporal de acceso a Internet conforme al Real Decreto 776/2006, de 23 de junio”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, p. 101.

tramo de la red de comunicaciones electrónicas respecto del cual el prestador no sea además el operador de red, siempre que las consecuencias de tales fallos no hubiesen podido ser evitadas por el prestador mediante el ejercicio de la debida diligencia.

Por otra parte, el artículo 532-9 de la ACM señala que el cliente del servicio de comunicaciones electrónicas “deberá indemnizar al prestador los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato”, salvo prueba de que dicho incumplimiento no es imputable a su culpa ni a la de sus auxiliares. Asimismo, se añade que siempre que por parte del prestador de servicios de comunicaciones electrónicas se hayan aplicado correctamente los medios o las medidas de seguridad dispuestas para la identificación del cliente o la restricción del acceso al servidor, el cliente indemnizará al prestador los daños que se deriven del uso del servicio por parte de terceros, incluido el no consentido, en incumplimiento de las condiciones de uso del servicio, así como de cualesquiera otras que puedan vincular al cliente.

Dentro de la práctica habitual, los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas incluyen en los contratos de conexión a Internet con los usuarios condiciones generales relativas al uso del servicio cuyo objetivo es imponer un uso personal y no transferible delo servicio. Entre dichas cláusulas, sobresalen del resto las que establecen la prohibición genérica de uso de la conexión por parte de terceros distintos al prestatario, ya que únicamente podrá hacer uso legítimo de la conexión el prestatario designado como contraparte en el contrato²².

De esta forma, únicamente podrá hacer uso legítimo de la conexión el cliente que sea prestatario designado expresamente como contraparte en el contrato de comunicaciones electrónicas. Por medio de esta previsión, se persigue excluir del uso del servicio por parte de terceros u otros usuarios, con independencia de que se trate de un usuario esporádico o permanente o de un uso consentido o no por parte del cliente del servicio.

En relación a la duración del contrato el artículo 532-10 del ACM señala que “el contrato de prestación de servicio de comunicación electrónica se considera celebrado por tiempo indefinido”. En este caso, cuando el contrato haya sido celebrado por tiempo indefinido, es decir, cuando no se haya establecido un periodo determinado de duración se dispone que qualquiera de las partes pueda denunciarlo unilateralmente siempre y cuando medie “preaviso por escrito a la otra parte de treinta días”.

Por último, el artículo 532-11 del ACM establece que el contrato de servicio de comunicación electrónica se extinguirá de forma automática “cuando el prestador quede privado de la posibilidad de continuar prestando el servicio por la pérdida del título o la habilitación administrativa necesaria para ello”. Asimismo, se añade que la extinción automática del contrato mediando dolo o culpa por parte del prestador “dará lugar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

²² YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op. cit.*, p. 225.

4. EL CONTRATO DE ALOJAMIENTO DE DATOS

4.1. Concepto del contrato de alojamiento de datos

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incluye una regulación del contrato de alojamiento de datos (arts. 532-12 a 532-14 ACM) que se refiere a: la noción del contrato y a las obligaciones que le corresponden realizar al prestador del servicio del alojamiento de datos. Esta regulación, al igual que sucede con el contrato de comunicaciones electrónicas, supone una novedad, ya que esta modalidad contractual considerada atípica crece, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico.

El artículo 532-12 del Anteproyecto del Código Mercantil establece el concepto del contrato de alojamiento de datos al que define como aquél por el que una parte, el prestador del servicio de alojamiento de datos, a cambio del pago de una remuneración, se obliga frente al cliente “a poner a su disposición del cliente una determinada capacidad de almacenamiento en un sistema de información bajo su control, a conservar los datos o la información almacenados, así como, en su caso, a permitir el acceso de terceros a los mismos en las condiciones pactadas en el contrato o, en su defecto, conforme a lo previsto en el presente Código o en disposiciones especiales”.

La definición señalada del contrato de alojamiento de datos se identifica con el denominado contrato de hospedaje de página web al que se define como aquel en virtud del cual una de las partes contratantes, el prestador del servicio, se obliga a la cesión de uso de un espacio de memoria de su servidor para que la otra parte, a la que denominamos cliente o usuario, almacene allí su sitio web, al mismo tiempo que conecta el servidor a una red de telecomunicaciones, de tal forma que la información alojada tenga acceso a Internet²³. Por su parte, el cliente se obliga, en la mayoría de los casos, al pago de un precio que consistirá en la entrega de una suma de dinero.

La definición del contrato enumera, por tanto, el conjunto de prestaciones que deben ser asumidas por el prestador del servicio de alojamiento de datos, consistentes en poner a disposición del cliente una determinada capacidad de almacenamiento de información en un sistema de información que esté bajo su control, conservar los datos o información almacenados y hacerlos accesibles a terceros en las condiciones pactadas en el contrato o conforme a lo previsto en las disposiciones especiales. De esta forma, estas obligaciones principales asumidas por el prestador, definatorias del núcleo u objeto del contrato, van a coincidir con el interés principal del cliente consistente en disponer de una determinada capacidad de almacenamiento de información en un soporte informático que le permita acceder a la misma en cualquier momento.

²³ SÁNCHEZ LERÍA, R., *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 69.

4.2. Obligaciones de las partes

El artículo 532-13 de la ACM señala las obligaciones que le corresponde realizar al prestador del servicio de alojamiento de datos. En primer lugar, se establece que será obligación del prestador de alojamiento de datos “poner a disposición del cliente la capacidad de almacenamiento pactada en un sistema de información bajo su control, así como permitir el acceso del cliente a dicho sistema de información para el alojamiento, la recuperación, el manejo o la cancelación de los datos o información almacenados”. De esta forma, el deber de almacenamiento a que se compromete el prestador implica la disposición al cliente de la posibilidad de disponer de la capacidad pactada en el sistema o soporte de información.

Por medio del contrato de alojamiento de datos el prestador se obliga a i) posibilitar el almacenamiento de información, hasta una determinada capacidad fijada en el propio contrato, en un soporte informático; ii) conservar los datos; iii) hacerlos accesibles a través de la red global que constituye Internet. En este sentido, las obligaciones principales asumidas por el prestador del servicio consistentes en hacer posible el almacenamiento, conservación y enrutamiento de datos, definitivas del núcleo objeto del contrato, van a coincidir con el interés principal del prestatario en el momento de formalizar la relación jurídica. Dicho interés no será otro que poder almacenar cierta cantidad de datos en un soporte ajeno que le permita acceder a ellos en cualquier momento²⁴.

Asimismo, se prevé que, cuando así se haya pactado por las partes, el prestador “deberá igualmente permitir el acceso de terceros a la información alojada a través de la red de comunicaciones electrónicas, previa disposición de los mecanismos de direccionamiento necesarios, y conforme a lo pactado en el contrato y, en lo no pactado, en las condiciones y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos similares publicados o adheridos por el prestador”. El prestador de servicios se asume, asimismo, el deber de posibilitar el tráfico de los datos almacenados, es decir, a hacer llegar la información almacenada desde el soporte de almacenamiento hasta el punto de conexión de red.

Al igual que sucede con el contrato de hospedaje de página web, en el contrato de alojamiento de datos el prestador se obliga a realizar una actividad tendente a la satisfacción del interés del acreedor, éste es, la presencia en Internet del sitio web almacenado. Esta actividad se concretará en adquirir los servidores donde se hospedarán las páginas web, mantener las mismos en unas condiciones adecuadas para que puedan servir para el uso al que se destina, realizando tareas de mantenimiento y garantizar que éstos se hallen conectados a una red de telecomunicaciones para que el sitio web sea accesible a Internet²⁵.

²⁴ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting” ...”, *op. cit.*, p. 316.

²⁵ SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de hospedaje...”, *op. cit.*, p. 81

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en primer lugar, a poner a disposición del cliente el espacio de memoria del servidor pactado que posibilite el almacenamiento de información, hasta una determinada capacidad fijada en el propio contrato, que se cede al cliente y que puede ser medida en número de Megabytes. En este sentido, un cumplimiento exacto de dicha obligación requerirá que el prestador ponga a disposición del cliente el espacio de memoria exactamente previsto en el contrato, ya que el cliente podrá exigir al prestador del servicio que la capacidad de memoria sea exactamente la pactada en el contrato.

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en segundo lugar, a “conservar los datos o la información alojada por el cliente y mantener su integridad”. En este sentido, el prestador asume también la obligación de custodiar la información alojada por el cliente en el soporte de información y evitar su pérdida, lo que incluye adoptar todas las medidas técnicas u organizativas que sean necesarias para preservar la integridad de los datos alojados en las infraestructuras que estén bajo su control. Para almacenar los datos en los servidores del prestador del servicio de alojamiento de datos, se requiere de una traslación de aquellos en el espacio que necesitará en ocasiones incluso de la intervención de otros prestadores y servicios de intermediación, cuales son los encargados de proveer la conexión a Internet.

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en tercer lugar a posibilitar la accesibilidad del cliente al espacio de memoria del servidor, en cualquier momento. El disco duro continuará en posesión del prestador y el usuario accederá al espacio de memoria por vía electrónica a través de su cuenta respectiva, lo que le permitirá traspasar los datos al mismo desde su ordenador personal. En este sentido, el prestador de servicios de hosting se compromete a hacer llegar la información almacenada, saliente, o susceptible de almacenamiento, entrante, desde el soporte de almacenamiento hasta el punto de concesión de la Red. Asimismo, constituye un deber del prestador del servicio de alojamiento de datos posibilitar al prestatario la gestión del contenido de la información almacenada en el servidor, conforme a lo pactado en el contrato y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares.

Por último, el prestador del servicio de alojamiento de datos estará obligado a adoptar las medidas técnicas necesarias para asegurar la custodia y preservación de cuantos datos se hallen alojados en sus infraestructuras²⁶. No obstante, en la práctica, resulta habitual que se incluyan en el contrato de alojamiento de datos cláusulas que establecen las condiciones que los prestadores del servicio tratan de imponer a sus usuarios y que van dirigidas a tratar de exonerarse de la responsabilidad que pudiera surgir como resultado de la pérdida de la información almacenada en sus sistemas.

A diferencia de la regulación establecida para el contrato de servicio de comunicación electrónica, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no se refiere a los supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad aplicable en el ámbito

²⁶ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op. cit.*, p. 344.

del contrato de alojamiento de datos. Sin embargo, el artículo 532-1 ACM, señala que “serán de aplicación al contrato de alojamiento de datos y a la obligación de realizar la copia temporal las disposiciones relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica” salvo en lo que resulte incompatible con su contenido y finalidad. No obstante, se matiza que “no será de aplicación al contrato de alojamiento de datos lo dispuesto sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento”.

5. ACUERDOS PARA LA COPIA DE DATOS O INFORMACIÓN

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros hace referencia a los acuerdos para llevar a cabo la copia temporal de datos o información indicados por el cliente en el ámbito del contrato de servicio de comunicación electrónica o de alojamiento de datos.

El artículo 532-14 de la ACM señala las obligaciones que le corresponde realizar al prestador del servicio para llevar a cabo la copia temporal de datos o información, en el ámbito del contrato de comunicación electrónica o del contrato de alojamiento de datos. En primer lugar, se establece que el prestador del servicio de comunicación electrónica o de alojamiento de datos estará obligado a realizar copia de la información o los datos “conforme a las indicaciones del cliente, o bien de manera automática cuando ello resulte necesario, para su conservación con carácter temporal y su transmisión a través de la red de comunicaciones electrónicas, con vistas al acceso de los terceros que lo soliciten a tales datos o información”.

En segundo lugar, se establece que el prestador estará obligado a actualizar periódicamente la copia de los datos o la información “al objeto de respetar su contenido en cada momento, en las condiciones previstas en el contrato o, en lo no previsto, en las condiciones y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos análogos publicados o adheridos por el prestador”.

Dentro del concepto de acuerdos para llevar a cabo la copia de datos o información pueden quedar incluidos los acuerdos para realizar servicios de búsqueda en Internet realizados a partir de sistemas informáticos complejos que indexan el contenido de las páginas web existentes en Internet y lo incorporan a una base de datos donde se retienen en un soporte denominado memoria caché que permite el almacenaje temporal y transitorio de dicha información.

Tal y como ha señalado la jurisprudencia los archivos de memoria caché “no están destinados a guardar de forma permanente los datos de los que dispone, sino sólo durante un tiempo y como medio necesario para hacer un uso rápido y puntual de los mismos. Gracias a esta forma de almacenaje, definida por su temporalidad y escasez de datos recogidos en cada página, lo que la dota de una gran agilidad, el buscador logra

una muy alta velocidad de respuesta ofreciendo en pocos segundos un número muy alto de páginas disponibles sobre el tema objeto de búsqueda”²⁷.

6. CONCLUSIÓN

Una de las principales novedades que incorpora el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros es la incorporación de la regulación de contratos mercantiles específicos, entre los que se encuentran, los contratos una nueva regulación aplicable a los denominados “contratos para las comunicaciones electrónicas” (arts. 532-1 a 532-14 PCM) como una categoría de prestación de servicios especiales frente a la categoría general correspondiente a los contratos de prestación de servicios mercantiles.

Bajo la denominación de los “contratos para las comunicaciones electrónicas” el Anteproyecto del Código Mercantil se refiere al régimen jurídico aplicable a los mismos y efectúa una regulación completa del contrato de servicio de comunicación electrónica (arts. 532-2 a 532-11 ACM) y del contrato de alojamiento de datos (arts 532-12 y 532-13 ACM). Por último, se refiere a los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos (art.532-14 ACM).

La regulación de los contratos para las comunicaciones electrónicas contenida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil supone una novedad, ya que estas modalidades contractuales consideradas atípicas carecen, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico, salvo en lo relativo a determinados aspectos básicos de la eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica y al régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información establecido en la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información, por medio de la cual se incorporó la legislación española la Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico.

La nueva regulación jurídica prevista en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aplicable en el ámbito de la contratación electrónica y los contratos de servicios mercantiles en el mundo electrónico recoge los grandes principios de la contratación electrónica, como la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente, etc. La utilización de medios electrónicos para la contratación no altera el régimen contractual, las obligaciones o pactos para las partes derivadas de la celebración del contrato. Rige el principio de neutralidad de los medios electrónicos. La contratación electrónica obliga a las partes igual que si el contrato se hubiera celebrado por escrito.

Junto a la regulación general de la contratación celebrada por medios electrónicos, la regulación propuesta sí se establece algo realmente novedoso, ya que

²⁷ SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2008 (AC 2008, 1773)

incorpora el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles específicos propios del «mundo electrónico». Esta sería la aportación más importante del Anteproyecto Código Mercantil en esta materia: a la hora de regular el contrato de servicios mercantiles hay una parte que se refiere a los servicios mercantiles consistentes en servicios dentro de las redes informáticas, es decir, a los contratos específicos para el ámbito electrónico entre los que se encuentran: los contratos de servicio de comunicaciones electrónicas, el contrato de alojamiento de datos y los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos.