

La Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: breve informe de contenidos

Javier Sola Teyssiere

Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- I. RÉGIMEN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 1. Cuestiones generales: a) *Concepto de servicio de la sociedad de la información*. b) *Ámbito de aplicación de la LSSI*. c) *Principio de libre prestación de servicios y restricciones*. 2. Deberes de los prestadores de servicios: a) *Deber de comunicación del nombre de dominio para su constancia registral*. b) *Deber de facilitar el acceso a la información general sobre el prestador*. c) *Deber de retención de datos*. 3. Responsabilidad de los prestadores de servicios. 4. Códigos de conducta. 5. Comunicaciones comerciales vía electrónica.- II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 1. Consideraciones previas. 2. Reconocimiento de validez de los contratos celebrados por vía electrónica y medios de prueba. 3. Obligaciones de información previa y confirmación posterior a la celebración del contrato: a) *Información previa*. b) *Confirmación posterior*. 4. Momento y lugar en los que se consideran celebrados los contratos.- III. SOLUCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.- 1. Acción de cesación. 2. Solución extrajudicial de conflictos.- IV. RÉGIMEN DE CONTROL Y SANCIONADOR.

INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*¹ (LSSI), se ha incorporado al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servi-*

¹ BOE n° 166, de 12 de julio; Corr. err. BOE n° 187, de 6 de agosto. Su entrada en vigor quedó fijada a los tres meses de su publicación en el BOE. La Disposición final sexta esgrime como títulos habilitantes de la competencia estatal para dictar la Ley los establecidos en el artículo 149.1 de la Constitución en sus apartados 6° (legislación mercantil y procesal), 8° (legislación civil, bases de las obligaciones contractuales) y 21° (telecomunicaciones).

cios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)².

La mencionada Directiva tiene como objetivo predominante garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, así como implantar un marco jurídico claro y uniforme que facilite el desarrollo del comercio electrónico en el mercado interior europeo. Para alcanzar dichos fines el legislador comunitario ha considerado necesario armonizar determinadas disposiciones nacionales relativas a la ley aplicable, al régimen de establecimiento de los prestadores de servicios, a la información a suministrar por éstos, a las comunicaciones comerciales o a los contratos celebrados por vía electrónica, entre otras materias.

El proceso de elaboración de la Ley española³ ha presentado como novedad –muy a tono con el objeto de la norma– la divulgación pública del texto del anteproyecto durante cierto período de tiempo a través de la página web del Ministerio de Ciencia y Tecnología, admitiendo la presentación de múltiples sugerencias por parte de las organizaciones de consumidores, de internautas, de empresarios de comercio electrónico y demás colectivos interesados en la materia. Prescindiendo de la mayor o menor aceptación de las mismas, es presumible que dicho sistema haya podido enriquecer el debate público sobre un tema novedoso y de la máxima actualidad.

La modesta pretensión de las líneas que siguen es ofrecer una información general, y a la vez sintética, de los principales contenidos de la LSSI, acompañada en notas de algunos datos que pueden contribuir a explicar su

² DOCE L 178, de 17 de julio de 2000.

³ Agotada la VI Legislatura, una vez disueltas las Cortes, el Ministerio de Fomento dio a conocer a los medios de comunicación un Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico, elaborado en el seno de dicho Departamento, en cuya Exposición de Motivos se manifestaba haber tenido en cuenta para su redacción el contenido de la Posición Común de la Directiva sobre comercio electrónico (el texto de dicho Anteproyecto fue publicado en el número 3 de la «Revista de la Contratación Electrónica», marzo de 2000, págs. 143 ss). A partir de octubre de 2000, el Ministerio de Ciencia y Tecnología comenzó a divulgar, a través de su página web (<http://www.mcyt.es>), un nuevo Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, para la transposición de la Directiva homónima, que experimentó sucesivas versiones. El 14 de febrero de 2002 el Gobierno presentó el Proyecto de Ley correspondiente ante el Congreso de los Diputados siendo objeto de un total de 345 enmiendas en dicha Cámara. También se introdujeron ciertas modificaciones a su paso por el Senado hasta que, finalmente, fue aprobado en el Pleno del Congreso celebrado el 27 de junio de 2002.

incardinación en nuestro ordenamiento jurídico. A estos efectos pueden sistematizarse dichos contenidos en cuatro áreas temáticas que se corresponden con los apartados en que se ha estructurado la exposición: régimen de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (I); contratación por vía electrónica (II); sistema de solución de conflictos (III); y régimen sancionador (IV).

I. RÉGIMEN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1. Cuestiones generales

a) Concepto de servicio de la sociedad de la información

La LSSI contiene un Anexo con las definiciones de una serie de términos empleados en la misma, dada su novedad en el ámbito del Derecho y, por ende, la necesidad de acuñar un significado jurídico lo más preciso posible respecto a los mismos. Conforme a ello puede considerarse como servicio de la sociedad de la información todo servicio prestado a distancia por vía electrónica, a petición del destinatario, remunerado o no, siempre que constituya una actividad económica para el prestador⁴. Dicho concepto abarca una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan *en línea*, como la contratación de bienes o servicios por vía electrónica (comercio electrónico), la celebración de subastas por medios electrónicos, el envío de comunicaciones comerciales (actuación no remunerada por el destinatario pero que supone una actividad económica para el remitente), el suministro de información por vía telemática previo pago (consulta de bases de datos en línea bajo precio) o gratuita para el destinatario pero lucrativa para el prestador (debido a la inserción de publicidad, por ejemplo), entre otras.

A *sensu contrario*, deben entenderse excluidas de la consideración de servicios de la sociedad de la información aquellas otras actividades que no cum-

⁴ La definición de servicio de la sociedad de la información proviene inicialmente de la contenida en el artículo 1, 2) 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 y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información* (DOCE L 204, de 21 de julio de 1998), modificada por la Directiva 98/48/CE (DOCE L 217, de 5 de agosto de 1998); a la que se remite el artículo 2, a) de la Directiva sobre comercio electrónico. El contenido unificado de las Directivas 98/34/CE y 98/48/CE fue incorporado al ordenamiento jurídico español por medio del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio.

plan alguna de las características señaladas. Así, aquéllas que se producen en presencia física de las partes aunque se utilicen en la operación medios electrónicos (la consulta de un catálogo electrónico en un establecimiento comercial o la venta de billetes de avión expedidos vía electrónica en el establecimiento de una agencia de viajes). Tampoco aquellas otras que no se canalizan a través de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos como son los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex. Igualmente han de excluirse aquellos servicios prestados simultáneamente a un número indeterminado de destinatarios, sin que hubiera mediado una petición individual de un destinatario, como los servicios de radiodifusión sonora, la mayor parte de los de radiodifusión televisiva o el teletexto televisivo. Por último, quedan fuera del ámbito conceptual considerado aquellos servicios prestados por vía electrónica, con carácter gratuito, por entidades para las que dicha prestación no constituya una actividad económica (v. gr. servicios de información bibliográfica o documental prestados en línea por una Universidad u otra Institución, con carácter no lucrativo).

b) Ámbito de aplicación de la LSSI

El objeto de la LSSI es la regulación de los servicios de la sociedad de la información y el régimen de los prestadores de los mismos. Ahora bien, a nadie se le escapa que la propia naturaleza del medio a través del que se desarrollan las actividades de prestación de dichos servicios es refractaria a cualquier intento de compartimentación jurídica en base al criterio tradicional basado en el ejercicio de la soberanía sobre un espacio físico determinado. Con harta frecuencia prestador y destinatario se encuentran físicamente en países diferentes, lo que plantea el problema de la determinación de la norma que resulta de aplicación. Problema que no es fácil de resolver en este caso atendiendo únicamente al principio tradicional de territorialidad. La LSSI en este punto procura acoger como regla de principio el señalado de la territorialidad (o *ley de origen* referida al prestador de servicios) matizándola, no obstante, con algunas excepciones que reflejan un cierto voluntarismo que puede resultar carente de eficacia práctica. De esta forma, conforme a lo declarado por la propia Ley, ésta resulta de aplicación a:

a) Los prestadores de servicios establecidos en España, entendiéndose que ello se produce cuando éstos tienen su residencia o domicilio social en territorio español siendo coincidente con el lugar donde radique efectivamente la gestión administrativa centralizada y la dirección de sus negocios, tomando así prestado de la legislación tributaria el concepto utilizado para la determinación del domicilio fiscal.

b) Los servicios ofrecidos por prestadores domiciliados en otro Estado a través de un establecimiento permanente situado en España.

c) Los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando el destinatario radique en España y los servicios afecten, entre otras materias, a derechos de propiedad intelectual o industrial, a obligaciones derivadas de contratos celebrados con consumidores o a emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.

d) Los prestadores establecidos en países no miembros de la Unión Europea, cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español, y ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales.

Como apuntábamos, el hecho de estatuir el deber de sometimiento a la legislación española por parte de los prestadores de servicios radicados en terceros países ajenos a la Unión Europea, es más expresión de un cierto voluntarismo del legislador español que una regla de la que quepa esperar una eficacia imperativa en todos los casos, dado la falta de medios para hacerla cumplir en bastantes supuestos. La situación se agrava, incluso, en aquellos casos en que no exista suscrito ningún tipo de acuerdo internacional por parte del país en el que esté establecido el prestador de los servicios. Realmente, en estos casos, el destinatario o usuario de los servicios debe quedar advertido de la falta de garantías efectivas del cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la Ley española por parte de las empresas prestadoras.

c) Principio de libre prestación de servicios y restricciones

Conforme a lo dispuesto en la Directiva 2000/31/CE, la LSSI establece el principio de no autorización previa en relación con la prestación de servicios de la sociedad de la información⁵. En consecuencia, se declara la libertad de realización de estos servicios por parte de los prestadores establecidos en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. En el caso de prestadores establecidos fuera de este ámbito, se atenderá a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

⁵ Sin perjuicio de la sujeción del prestador a autorizaciones dispuestas en otras normas que tengan por finalidad el control preventivo en relación con otros intereses públicos objeto de protección, distintos de los específicamente relacionados con la prestación de servicios por vía electrónica.

Sin perjuicio de lo anterior, los órganos judiciales o los administrativos –según corresponda, en función de la materia y las circunstancias⁶– podrán adoptar las medidas necesarias para la interrupción de la prestación de servicios o retirar los datos que atenten contra:

- el orden público, la investigación penal, la seguridad pública o la defensa nacional,
- la salud pública o los derechos de los consumidores y usuarios,
- la dignidad de la persona o el principio de no discriminación,
- el principio de protección de la juventud y de la infancia.

Además de dirigir la correspondiente orden de interrupción del servicio o de la retirada de los datos al responsable de los mismos, los órganos competentes podrán ordenar a los prestadores de servicios de intermediación⁷ establecidos en España que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos o el acceso al servicio cuya interrupción se hubiere acordado, ya provenga éste de un prestador establecido en España o en otro Estado⁸. Los prestadores de servicios de intermediación tienen el deber legal de colaboración en el sentido expuesto, cuyo incumplimiento aparece tipificado como infracción muy grave a la que puede corresponder una sanción de multa de 150.001 hasta 600.000 euros.

⁶ Uno de los aspectos más polémicos y debatidos durante el proceso de elaboración de la LSSI ha girado en torno a la indeterminación del órgano de control cuando se pudieran ver afectados derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad personal, a la libertad de expresión o a la libertad de información, teniendo en cuenta las ambiguas alusiones en el texto inicial a la «autoridad competente» sin más precisiones. Tras las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria ha quedado establecido que, en las materias respecto a las que nuestro ordenamiento jurídico atribuya la competencia para intervenir en el control del ejercicio de actividades y derechos a los órganos judiciales, serán éstos los que deban adoptar las medidas restrictivas correspondientes en relación con los servicios de la sociedad de la información.

⁷ Aquéllos que facilitan a terceros la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información, tales como los proveedores de acceso a Internet y del servicio de transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, o los proveedores de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet.

⁸ Para el supuesto en que el prestador esté establecido en un Estado miembro de la Unión Europea, el artículo 8.4 de la LSSI establece un sistema de requerimiento previo a dicho Estado y, caso de falta de respuesta adecuada, de notificación posterior a la Comisión Europea de las medidas que se pretenden adoptar.

2. Deberes de los prestadores de servicios

a) Deber de comunicación del nombre de dominio para su constancia registral

Los prestadores de servicios establecidos en España tienen el deber de comunicar al Registro Mercantil, o a aquel otro registro público en el que estuvieran inscritos a efectos constitutivos o de publicidad, el nombre de dominio o dirección que utilicen para su identificación en Internet, así como sus modificaciones. Dicha obligación habrá de cumplimentarse en el plazo de un mes desde la obtención o modificación del correspondiente nombre de dominio o dirección de Internet. Los prestadores que ya vinieran utilizando un nombre de dominio a la entrada en vigor de la LSSI tienen de plazo para su comunicación hasta el 12 de octubre de 2003. El incumplimiento del deber de comunicación es calificado como infracción leve que puede acarrear una sanción de multa de hasta 30.000 euros.

b) Deber de facilitar el acceso a la información general sobre el prestador

Los prestadores de servicios tienen el deber de facilitar el acceso por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita –incluyéndola, por ejemplo, en su página o sitio de Internet–, a la información relativa a: a) los datos que permitan su completa identificación, como la denominación social, el domicilio, el código de identificación fiscal o los de la inscripción registral referida en el epígrafe anterior; b) los datos que permitan establecer una comunicación directa y efectiva con los mismos, como la dirección de correo electrónico; c) los datos referentes a la autorización administrativa a la que, en su caso, su actividad estuviese sujeta, así como los que sirvan para identificar al órgano encargado de su supervisión; d) los datos profesionales, caso de ejercer una profesión regulada, como Colegio Profesional al que pertenecen, títulos académicos y país de expedición y normas profesionales aplicables; e) la forma de consulta, por medios electrónicos, de los códigos de conducta a los que, en su caso, estén adheridos; f) el precio del producto o servicio ofertado, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, los gastos de envío. La falta de información constituye infracción leve o grave dependiendo del tipo de datos sobre los que no se hubiera facilitado la misma.

c) Deber de retención de datos

Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones tienen el deber de rete-

ner los datos de conexión y tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas que sean necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Por su parte, los prestadores de servicios de alojamiento de datos deben retener los datos necesarios para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio de alojamiento. Los datos así conservados podrán ser requeridos por los órganos judiciales, o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con sujeción a la normativa sobre protección de datos personales, si resultase necesario en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública o la defensa nacional. El incumplimiento del deber de retención es tipificado como infracción muy grave.

Queda remitido a un futuro desarrollo reglamentario la determinación de las categorías de datos sujetos al deber de conservación, el plazo durante el que deberán retenerse dentro de un máximo de doce meses, así como las condiciones de almacenamiento, custodia y destrucción una vez transcurrido el plazo anterior.

3. Responsabilidad de los prestadores de servicios

Como es obvio los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen de responsabilidad civil, penal y administrativa establecido con carácter general en el ordenamiento jurídico en razón de las actividades desarrolladas por los mismos, por más que éstas se desarrollen por medios electrónicos.

No obstante, el legislador ha estimado conveniente establecer más pormenorizadamente el régimen de atribución y exención de la responsabilidad en relación con las actividades propias de determinados prestadores de servicios de intermediación⁹. De esta manera, la LSSI contempla el caso de los operadores de redes y los proveedores de acceso que prestan exclusivamente servicios de transmisión y acceso, los cuales no se consideran responsables de la información transmitida siempre que no haya sido originada por los mismos o hubieran modificado o seleccionado los datos. En segundo lugar se refiere la Ley a los intermediarios que realizan copia temporal de los datos facilitados por un prestador, con la única finalidad de hacer más efi-

⁹ Sobre la responsabilidad civil de los intermediadores vid. BUSTO LAGO, J.M., *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información*, Rev. «Actualidad Jurídica Aranzadi», n.º 542, 25 de julio de 2002, págs. 1-6.

caz su ulterior transmisión a los destinatarios que los soliciten («caching»), que no se consideran responsables de los contenidos si no modifican la información, permiten el acceso a la misma sólo a quien cumpla las condiciones requeridas por quien facilitó los datos y siguen ciertas pautas relativas al tratamiento de la información y, en su caso, su retirada, fijadas en el artículo 15 LSSI. Por último, se contempla la responsabilidad de los intermediarios que prestan servicios de alojamiento de datos («hosting») y la de aquellos que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de otros contenidos («linking»), sobre los que, en forma similar, se establece la exención de responsabilidad si desconocen que la información almacenada o a la que dirijan a los destinatarios es ilícita o, llegando a tener conocimiento sobre dicho extremo, actúan con diligencia para retirar dicha información o suprimir los enlaces correspondientes.

4. Códigos de conducta

Por parte de las Administraciones públicas se fomentará la elaboración de códigos de conducta, preferentemente de ámbito comunitario o internacional, que sean voluntariamente asumidos por parte de las distintas organizaciones profesionales con presencia en el sector de los servicios de la sociedad de la información y en cuya elaboración participen las asociaciones de consumidores y usuarios.

El carácter de este tipo de códigos es dispositivo respecto a sus contenidos, en cuanto expresión de la autorregulación voluntaria del sector y la libertad de adhesión a los mismos. No obstante, la LSSI «sugiere» una serie de cuestiones sobre las que podrán versar los mismos, tales como: a) los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos; b) las reglas de protección frente al envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica no solicitadas; c) los procedimientos extrajudiciales dispuestos para la resolución de conflictos; d) las disposiciones dirigidas a la protección de los menores y de la dignidad humana.

Los códigos de conducta deberán ser accesibles por vía electrónica. Por su parte, el Gobierno deberá aprobar un distintivo identificativo para uso de aquellos prestadores de servicios que se hayan adherido a códigos de conducta que presenten determinadas garantías respecto a su elaboración (participación en la misma del Consejo de Consumidores y Usuarios) o sus contenidos (inclusión de la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo u otros).

5. Comunicaciones comerciales vía electrónica

Con carácter apriorístico hay que advertir que en materia de comunicaciones comerciales han de tenerse presentes la legislación sobre publicidad y, caso de contener ofertas comerciales de productos, la legislación comercial, especialmente la relativa a la regulación de la venta a distancia contenida en la Ley estatal de Ordenación del Comercio Minorista y en las distintas Leyes autonómicas de ordenación comercial. Junto a ello, debe tenerse especialmente en cuenta en este tema la normativa contenida en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en lo relativo a la formación y registro de ficheros, su gestión y mantenimiento, cesión de los mismos, y respeto a los derechos de los afectados (principio de consentimiento y derechos de información, de acceso, de rectificación y de cancelación).

A partir de dicho reconocimiento, la LSSI establece una serie de reglas, en relación específica con las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica, que pueden ser sintetizadas de la siguiente forma:

- Deben ser claramente identificables como tales y sin ser realizadas a través de correo electrónico deben incluir al comienzo del mensaje la palabra «publicidad». La transgresión de estos deberes es calificada como infracción leve.
- Queda prohibido su envío, salvo que hayan sido expresamente solicitadas o autorizadas por los destinatarios. Se prohíbe así claramente la práctica conocida como «spamming», consistente en el envío masivo e indiscriminado de publicidad no solicitada a través del correo electrónico¹⁰. El envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas, o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones no solicitadas a un mismo destinatario, se califica como infracción grave. El envío de comunicaciones no solicitadas en condiciones distintas a las expuestas (sin carácter masivo, sin reiteración) aparece calificado como infracción leve.

¹⁰ Como ha señalado M. A. DAVARA RODRÍGUEZ este punto fue uno de los principales motivos de polémica en la tramitación de la LSSI. Vid. las consideraciones vertidas por dicho autor en relación con la prohibición referida en su *Manual de Derecho Informático*, 4ª edición, Navarra, 2002, págs. 227-228. Sobre este tema vid. el interesante trabajo de P. TAPIA GUTIÉRREZ, *Informe sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas efectuadas por correo electrónico (estudio comparativo de la «Unsolicited Commercial Electronic Mail Act» norteamericana de 14 de febrero de 2001 y del anteproyecto español de ley de comercio electrónico*, Rev. «Estudios sobre Consumo» n° 57, 2001, págs. 105 ss.

- Debe solicitarse el consentimiento del destinatario durante el proceso de contratación si el prestador tiene la intención de enviar, posteriormente, comunicaciones comerciales a la dirección de correo electrónico facilitada por aquel destinatario en el transcurso de dicho proceso.
- El destinatario tiene el derecho de revocar en cualquier momento el consentimiento prestado, debiendo el prestador habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para ejercitar dicho derecho.
- Si la comunicación comercial contiene una oferta promocional –descuento, premio o regalo–, ésta será claramente identificable y sus condiciones serán presentadas de forma clara e inequívoca.
- En el caso de concursos o juegos promocionales, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación, presentándose las mismas de manera accesible, clara e inequívoca.

II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Consideraciones previas

La Ley que comentamos incluye también en su objeto la regulación del comercio electrónico, como se induce de su propio título. Ciertamente, como se verá a continuación, la LSSI contiene una serie de disposiciones directamente dirigidas a regular algunos aspectos jurídicos de la contratación por vía electrónica que, por la novedad del medio, se habían considerado necesitados de una ordenación que proporcionase seguridad a las transacciones y que, a buen seguro, van a propiciar el desarrollo de este nuevo canal comercial. No obstante, en ciertos medios de comunicación social se ha extendido la opinión de que se trata de una norma que regula, con carácter integral, el fenómeno en expansión del llamado comercio electrónico. Se trata de una afirmación que conviene precisar, reduciéndola a sus justos términos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

A) El régimen general de la contratación por vía electrónica de bienes y servicios ha de atender a las normas civiles o mercantiles (y, dentro de éstas, a las normas generales o especiales según el objeto del contrato) aplicables a la contratación en general de las que, obviamente, no cabe desentenderse por el hecho de que el proceso de formación del contrato se lleve a cabo por medios electrónicos. De manera específica, tratándose de actividad comercial minorista o de prestación de servicios al destinatario final por vía electrónica, habrá de prestarse especial atención a las normas reguladoras de la *venta a distancia* contenidas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Co-

mercio Minorista¹¹ y a las disposiciones del muy criticado¹² Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, regulador de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.¹³

B) En puridad, el alcance de la LSSI en el aspecto ahora considerado es limitado. Ésta regula sólo algunos aspectos específicos de la contratación electrónica, en razón de la vía especial a través de la que se desarrolla, debiendo completarse su régimen integrándolo con la normativa anteriormente aludida; como es reconocido expresamente tanto por la Directiva 200/31/CE como por la LSSI.

C) Algunas de las normas recogidas en la LSSI exceden del ámbito estricto de los servicios de la sociedad de la información, constituyéndose en reglas de aplicación a la contratación electrónica en general, aun en el supues-

¹¹ En junio de 2002 el Gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados un *Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias* (BOCG, Congreso de los Diputados, nº 97-1, de 14 de junio de 2002). El objeto principal del Proyecto es la reforma de los preceptos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que contienen la regulación vigente —a nivel estatal— de la venta a distancia en España (artículos 38 a 48; 65.1.º, más la Disposición adicional primera), para su adecuación a la Directiva 97/7/CE, lo que se hace con bastante retraso, pues ésta establecía un plazo de transposición que venció el 4 de junio del año 2000. En el momento de redactar estas líneas el proyecto está en fase de tramitación en el Senado.

¹² En tanto presenta serios reparos de legalidad. Vid al respecto, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, S., *Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores*, Rev. «Actualidad Informática Aranzadi» nº 37, octubre de 2000, pág. 2; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario al artículo 5*, en ob. col. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 2000, pág. 170; y SOLA TEYSIERE, J., *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 203-207.

¹³ Precisamente, la Disposición final quinta de la LSSI emplaza al Gobierno para que, en el plazo de un año, modifique el aludido Decreto adecuando sus contenidos a lo dispuesto en dicha Ley. Nos ha llamado la atención el párrafo segundo de la Disposición final quinta mencionada en cuanto ordena al Gobierno que, al llevar a cabo la modificación del Decreto, tenga «especialmente en cuenta la necesidad de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos...». Quizás ello sea una respuesta a las críticas y rechazo, contra el excesivo «reglamentismo» del Decreto, mostrado por el sector, oponiendo que lo complicado de su aplicación habría de frenar el desarrollo de su actividad. Ello provocó una curiosa Resolución interpretativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2000, admitiendo una minoración del nivel de exigencias del Decreto; de lo que hemos dado cuenta en nuestro trabajo, ya citado, *La venta a distancia...*, págs. 204-205.

to de que ninguna de las partes contratantes tengan la condición de prestadores o destinatarios de servicios de la sociedad de la información. Es el caso, por ejemplo, de las reglas relativas a la validez y eficacia de los contratos o al momento en que se entiende prestado el consentimiento en la contratación electrónica.

2. Reconocimiento de validez de los contratos celebrados por vía electrónica y medios de prueba

Se entiende que se produce contratación electrónica cuando tanto la oferta como la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones¹⁴. La LSSI comienza reconociendo a esta forma de contratación todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para los contratos en general, siempre que concurren el consentimiento y el resto de requisitos determinantes de su validez, sin que, a estos efectos, sea necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de un medio electrónico para contratar.¹⁵

En cuanto a la exigencia de que el contrato o determinada información conste «por escrito», se entiende satisfecha si se contiene en un soporte electrónico. El legislador precisa así formalmente el significado actual a otorgar a una expresión, de honda raigambre en el ámbito jurídico, lógicamente referida en nuestra tradición jurídica a lo escrito sobre un soporte de papel. Como ya apuntamos en otra ocasión¹⁶, debe entenderse que un contrato o una información es «por escrito» en cuanto utilice esa forma de expresión, simplemente. La novedad reside en que actualmente no sólo es posible sino completamente usual poner «lo escrito» sobre distintos soportes (disco duro del ordenador, disquetes, DVD, etc.) además del tradicional de papel, siendo transmisible el escrito a otros sujetos alejados físicamente que, a su vez, tienen la posibilidad de recepcionarlo en el soporte de su elección.

¹⁴ Vid. VELEIRO REBOREDO, B., *La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Rev. «Actualidad Jurídica Aranzadi», nº 542, 25 de julio de 2002, pág. 8.

¹⁵ Se excluyen los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones así como aquellos contratos que requieran para su validez la formalización en documento público o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores o autoridades públicas, que se regirán por su legislación específica.

¹⁶ *La venta a distancia...*, cit., pág. 463.

En cuanto a la prueba de la celebración o de las obligaciones dimanantes de un contrato electrónico, se sujeta a las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico sobre el particular y, en su caso, a la legislación sobre firma electrónica. De manera coherente con lo dispuesto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000 (art. 299.2), la LSSI viene a establecer que el soporte electrónico en el que conste un contrato celebrado por esta vía será admisible como prueba documental en juicio.

Por otra parte se contempla la posibilidad de que las partes pacten que un *tercero de confianza* (sin sustituir las facultades atribuidas a los fedatarios públicos) archive las declaraciones de voluntad y que consigne la fecha y hora en que se han producido las comunicaciones, conservando dicha información por el tiempo convenido, que no podrá ser inferior a cinco años. Para DAVARA se trata de una aportación interesante de la norma que puede otorgar cierta confianza y seguridad jurídica en la realización de contratos por vía telemática.¹⁷

3. Obligaciones de información previa y confirmación posterior a la celebración del contrato

Además de los deberes de información general a que se ha hecho referencia en el apartado I. 2, b) del presente trabajo, y de los requisitos informativos que sobre la oferta comercial y posteriores a la aceptación de la misma pudieran venir establecidos en la normativa vigente –singularmente en la legislación sobre ordenación comercial de la venta a distancia y en la de protección de los consumidores –, se han añadido en la LSSI una serie de deberes informativos cuya implantación se ha considerado oportuna en razón de las peculiaridades del medio utilizado para el sostenimiento de la oferta de contratación y para la transmisión de la aceptación.

No obstante, hay que señalar que estos deberes de información y de confirmación pueden ser eludidos cuando las partes así lo hayan acordado –siempre que ninguna tenga la consideración de consumidor– o cuando el contrato se hubiera celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico o medio equivalente y estos medios no hubiesen sido empleados con el propósito de eludir el cumplimiento de los deberes de información aludidos.

¹⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho Informático...*, cit., pág. 230.

a) Información previa

Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios debe facilitar al destinatario, de manera clara y comprensible, las instrucciones precisas sobre los diferentes pasos técnicos que éste debe seguir para celebrar el contrato y, en su caso, para poder corregir los errores que hubiera podido cometer en la introducción de datos antes de efectuar el pedido. Asimismo, el prestador informará si va a archivar el contrato y si éste es accesible, y el idioma o idiomas admitidos para su formalización. El incumplimiento de los deberes de información reseñados constituye infracción leve.

También con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador deberá posibilitar la consulta, el almacenamiento y la reproducción por el destinatario de las condiciones generales por las que, en su caso, se rija el contrato. La omisión de esta última obligación aparece tipificada como infracción grave.

b) Confirmación posterior

El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo mediante: a) el envío de un acuse de recibo por correo electrónico en el plazo de veinticuatro horas; b) la emisión, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de un mensaje de confirmación archivable, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento.

Se entenderán recibidas la aceptación y su confirmación cuando las partes puedan tener constancia de ello. En el caso de confirmación mediante acuse de recibo se presumirá la constancia desde que éste resulte almacenado en el servidor en que esté dada de alta la cuenta de correo electrónico del destinatario del mismo.

El incumplimiento del deber de confirmación puede ser calificado como infracción grave o leve en función, principalmente, de la habitualidad de la conducta infractora.

4. Momento y lugar en los que se consideran celebrados los contratos

La Disposición adicional cuarta de la LSSI modifica los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio unificando los criterios, antes dispa-

res, contenidos en dichas normas, de aplicación a los contratos celebrados a distancia (que antes se limitaban a los celebrados por correspondencia). La nueva redacción de estos artículos establece, de manera idéntica en ambos casos:

«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, habiéndose remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la LSSI resulta que los contratos electrónicos celebrados entre empresarios o profesionales, salvo pacto entre las partes, se presumen celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios. Si, en otro caso, una de las partes fuese un consumidor, el contrato se presume celebrado en el lugar de residencia habitual de éste.¹⁸

III. SOLUCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

1. Acción de cesación

Nuestro ordenamiento dispone de una serie de acciones tendentes a hacer cesar los efectos nocivos que algunas prácticas empresariales pudieran tener sobre la transparencia y el buen orden de los mercados. Dada la extensión de sus efectos perniciosos a los intereses colectivos o difusos de los consumidores, resultan especialmente apropiadas en estos supuestos las vías de actuación promovidas por las organizaciones formalmente representativas de aquéllos, a través de las denominadas «acciones colectivas».

La LSSI¹⁹ contempla en este sentido la posibilidad de interposición de una acción de cesación tendente a conseguir una sentencia condenatoria que ordene

¹⁸ Lo que es acorde con lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales [abierto a la firma en Roma, el 19 de junio de 1980; ratificado por España el 18 de mayo de 1992 (BOE de 19 de julio de 1993; Corr. err. BOE de 9 de agosto)].

¹⁹ Incorporando parcialmente en este punto la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores* (DOCE n° L 166, de 11 de junio de 1998).

al demandado cesar en la realización de conductas contrarias a lo dispuesto en la Ley, prohibiendo su reiteración en el futuro. Dicha acción habrá de interponerse atendiendo a las prescripciones recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁰

Esta acción puede ser ejercitada por las siguientes personas y entidades: *a)* las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo; *b)* los grupos de consumidores o usuarios afectados; *c)* las asociaciones de consumidores; *d)* el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; *e)* el Ministerio Fiscal; *f)* las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea, constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, que estén habilitadas ante la Comisión mediante la inclusión en la lista publicada a tal fin en el DOCE, a la que se refiere la Directiva 98/27/CE.²¹

2. Solución extrajudicial de conflictos

Utilizando una fórmula un tanto vana, el artículo 32 de la LSSI contempla la posibilidad de que las partes sometan las eventuales diferencias que pudieran surgir a procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos instaurados en los códigos de conducta o a arbitraje, lo que resulta evidente; limitándose a añadir que en dichos procedimientos podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

Por otra parte la Disposición adicional tercera prevé que prestador y destinatario de servicios de la sociedad de la información sometan sus conflictos al sistema de arbitraje de consumo y que las Juntas Arbitrales pueden dirimir los conflictos a través de medios telemáticos.

²⁰ Ténganse en cuenta, a estos efectos, las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducidas por la reciente Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

²¹ Citada en nota anterior. Como el objeto de dicha Directiva es la implantación del principio de reconocimiento mutuo de la capacidad de las entidades habilitadas para accionar a nivel europeo, su artículo 4 dispone que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que, cuando una infracción tenga su origen en ese Estado miembro, toda entidad habilitada de otro Estado miembro donde los intereses protegidos por esa entidad habilitada se vean afectados por dicha infracción pueda interponer una demanda ante las autoridades judiciales o una solicitud ante las autoridades administrativas...», previa presentación de la lista aludida anteriormente, debiendo aceptar dicha lista como prueba de la capacidad jurídica de la entidad habilitada.

La posibilidad de sometimiento a arbitraje de consumo de cuestiones litigiosas dependerá de que el prestador de servicios conste adherido con carácter previo al sistema arbitral de consumo, dado el carácter voluntario de este sistema. No obstante, conviene destacar la potencial virtualidad de esta vía extrajudicial como cauce adecuado²² para dirimir conflictos en materia de contratación electrónica. Las normas de procedimiento contenidas en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo²³, permiten, a nuestro juicio, amoldar las especiales circunstancias en que se produce esta forma de contratación y, por ende, los conflictos derivados de la misma, a los mecanismos propios del sistema arbitral. La circunstancia de la lejanía física entre la Junta Arbitral de Consumo que corresponda respecto al consumidor reclamante o el prestador de servicios que resulte reclamado, según los casos, no ha de representar grandes obstáculos en cuanto la normativa prevé expresamente que los actos de comunicación entre éstos y aquélla se puedan producir «por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos» (arts. 5º y 9º.1). Por otra parte, ya en el procedimiento arbitral, el trámite de audiencia a las partes ante el correspondiente colegio arbitral podrá realizarse verbalmente o evacuando por escrito las alegaciones pertinentes (art. 12.3), lo que elimina justificaciones de incomparecencia por razón de la distancia o dificultad del desplazamiento.

La Directiva 2000/31/CE, ha apostado por el sometimiento de los conflictos que pudieran surgir entre el prestador y los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información a un sistema arbitral²⁴. Ante el previsible desarrollo del comercio electrónico transfronterizo en el seno de la Unión Europea, la potenciación del uso de mecanismos extrajudiciales eficaces y de cos-

²² En este mismo sentido DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho Informático...*, cit., págs. 231-232.

²³ Sobre el sistema de arbitraje de consumo, vid. AAVV, *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, (Dir. por I. Quintana Carlo y A. Bonet Navarro), Pamplona, 1997.

²⁴ En relación con los trabajos preparatorios de la Directiva sobre comercio electrónico, la Asociación Española de Comercio Electrónico así como las restantes Asociaciones europeas han propuesto, asimismo, «la creación de un mecanismo de arbitraje a través de Internet, que debe ser promovido como una forma rápida y especializada de resolución de disputas.»; vid. el artículo de opinión *La Directiva de C.E. limita el mercado único europeo* en la Rev. «Directamente» vol. 10, nº 6, junio 1999.

te reducido²⁵ se presenta como una opción recomendable para dirimir conflictos en esta modalidad *sui generis* de contratación en dicho ámbito territorial, por su sencillez, bajo coste y aptitud para que el propio procedimiento se ventile igualmente por medios electrónicos sin necesidad de excesivos formalismos.

IV. RÉGIMEN DE CONTROL Y SANCIONADOR

El control de los prestadores de servicios, en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información, será llevado a cabo por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, que lo ejercerá a través de las actuaciones inspectoras precisas. Los funcionarios que ejerzan la inspección tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de dicha función. Los prestadores, por su parte, están sujetos al deber de colaboración, debiendo permitir el acceso de los inspectores a las instalaciones y a la documentación que les sea requerida, so pena de incurrir en infracción grave tipificada en el artículo 38.3.e).

Lo anterior no es obstáculo para el ejercicio de sus propias funciones de control por parte de aquellos órganos que tuvieran atribuida una competencia específica sobre determinadas actividades de los prestadores de servicios, ya sea por razón de la materia o del tipo de entidad de que se trate, al margen del hecho de que dichas actividades se desarrollen a través de medios electrónicos, como puede ser el caso de las autoridades y órganos competentes en materia de salud pública, seguridad pública, comercio, consumo, banca, etc.

El artículo 38 de la LSSI tipifica las conductas que constituyen infracción, según se ha venido indicando a lo largo de este texto, clasificándolas en las categorías de leves, graves y muy graves, conforme a un esquema ya tradicional.

El cuadro de sanciones consistentes en multa es el siguiente:

- Por la comisión de infracciones leves, multa de hasta 30.000 euros.
- Por la comisión de infracciones graves, multa de 30.001 hasta 150.000 euros.
- Por la comisión de infracciones muy graves, multa de 150.001 hasta 600.000 euros.

²⁵ Cfr., en este sentido, la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000, *relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo* (DOCE C 155, de 6 de junio de 2000), pág. 1.

La tipificación de las multas por tramos plantea el problema de la determinación de la concreta cuantía de la multa a aplicar a cada supuesto infractor, asunto que ha de resolverse atendiendo al principio general de proporcionalidad que encuentra una expresión general referida al derecho sancionador en el artículo 131 de la Ley 30/1992. El artículo 40 de la LSSI acoge los criterios recogidos en el artículo citado completándolos con otros, de tal manera que la cuantía de las multas se graduará atendiendo a los siguientes criterios: *a)* la existencia de intencionalidad; *b)* plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción; *c)* reincidencia; *d)* la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados; *e)* los beneficios obtenidos por la infracción; *f)* el volumen de facturación a que afecte la infracción.

Junto a la sanción de multa, las infracciones graves y muy graves que presenten una fuerte repercusión social podrán llevar aparejada, como sanción accesoria, la publicación de la resolución sancionadora (a costa del sancionado) en un Boletín Oficial, en dos periódicos o, lo que resulta una novedad, en la página de inicio del sitio de Internet del prestador.

De otra parte, bajo las debidas garantías, ha quedado prevista la posibilidad de adopción de determinadas medidas de carácter provisional en el curso del procedimiento sancionador o, en casos de urgencia, antes de su iniciación. Concretamente se podrá acordar: *a)* la suspensión temporal de la actividad o el cierre provisional de los establecimientos; *b)* el precinto, depósito o incautación de registros, archivos, equipos informáticos y demás material; *c)* la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador. Para la ejecución forzosa de estas medidas se prevé la posibilidad de imposición de multas coercitivas de hasta 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplirse aquéllas que hubieran sido acordadas.

La LSSI contiene, finalmente, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria y nueve disposiciones finales. De entre las que no se ha dado cuenta anteriormente, conviene destacar, únicamente reseñándolas para no alargar más estas páginas, la determinación del sistema de asignación de nombres de dominio bajo el «.es» (Disp. ad. 6^a)²⁶, así como diversas modificaciones introducidas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Disp. finales 1^a a 4^a).

²⁶ El apartado 9 de esta disposición establece que la entidad pública empresarial *Red.es* podrá prestar el servicio de notificaciones administrativas telemáticas y acreditar de forma fehaciente la fecha y hora de su recepción.