



UNIVERSITAT  
POLITÈCNICA  
DE VALÈNCIA



FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN Y  
DIRECCIÓN DE EMPRESAS. UPV

# Régimen jurídico y desarrollo de las comunicaciones comerciales digitales y del comercio electrónico

---

Trabajo Final de Grado realizado por:

**María García Blanes**

Tutor:

**Pablo Amat Llobart**

Grado en Gestión y Administración Pública

Curso académico:

**2016/2017**

## INDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>1.1 Objetivos y resumen.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Asignaturas relacionadas con el TFG .....</b>	<b>4</b>
<b>1.3 Metodología.....</b>	<b>5</b>
<b>2. COMUNICACIONES COMERCIALES POR VIA ELECTRÓNICA .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1. Definiciones y conceptos.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2. Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3. Requisitos y condiciones legales.....</b>	<b>12</b>
<b>2.4. Prohibiciones .....</b>	<b>13</b>
<b>2.5. Derechos de los destinatarios de los servicios .....</b>	<b>16</b>
<b>3. CONTRATACIÓN POR VÍA ELECTRÓNICA.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1. Régimen jurídico y ámbito de aplicación.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2. Concepto, caracteres y tipología de los contratos electrónicos ....</b>	<b>22</b>
<b>3.3. Las partes contratantes.....</b>	<b>26</b>
<b>3.4. Objeto del contrato .....</b>	<b>39</b>
<b>3.5 Obligaciones del prestador de servicios previas a la contratación electrónica .....</b>	<b>42</b>
<b>3.6 Obligaciones del prestador de servicios posteriores a la celebración del contrato.....</b>	<b>47</b>
<b>3.7. Validez y eficacia del contrato .....</b>	<b>51</b>
<b>3.8. Prueba y lugar de celebración del contrato.....</b>	<b>54</b>
<b>4. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>60</b>

# 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1. Objetivos y resumen

Los objetivos del presente trabajo se pueden resumir de la siguiente manera:

- Analizar la Ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
- Comprender el alcance subjetivo y material de la legislación específica.
- Analizar la contratación por vía electrónica.
- Estudiar y describir las partes contratantes.

En el trabajo se analiza el régimen jurídico y desarrollo de las comunicaciones comerciales digitales y del comercio electrónico.

En primer lugar, explicaremos que son las comunicaciones comerciales basándonos en la Ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Así como también el régimen jurídico, donde nos centraremos en el artículo 19 de la LSSICE.

Una vez explicado que son, pasaremos a estudiar sus requisitos y condiciones legales, y sus prohibiciones. Donde estudiaremos el artículo 20 y 21. Y por último los derechos que tienen los destinatarios.

Una vez todo esto, pasaremos a estudiar la parte de contratación por vía electrónica, donde estudiaremos el concepto y la tipología de los contratos electrónicos que son cuatro: según su forma de ejecución, la emisión de las declaraciones, por sujetos y según el objeto de contrato.

Seguidamente procederemos al análisis del objeto del contrato, las obligaciones que tienen los prestadores de servicios anteriores a la contratación y posteriores y también su validez, donde ahí estudiaremos el artículo 23 de la LSSICE. En este artículo estudiaremos los requisitos para la validez del contrato, que son: el consentimiento, objeto y la causa, todo esto por aplicación del artículo 1.261 del CC.

Para terminar este trabajo, estudiaremos y comentaremos el artículo 24 de la LSSICE donde contiene la prueba del contrato, y el artículo 29 donde

encontramos todo lo referido a la celebración del contrato. Aquí es donde nos explica que los contratos electrónicos serán celebrados en el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual.

## **1.2. Asignaturas relacionadas con el TFG**

Una vez descrito el trabajo y los objetivos que persigue la realización del mismo, podemos observar que guarda relación con gran parte de las asignaturas del Grado en Gestión y Administración Pública.

Las principales asignaturas con las que está relacionado son las siguientes:

- **Poderes, Órganos e Instituciones Constitucionales:** En esta asignatura estudiamos la constitución y cada uno de sus artículos, los cuales, como hemos dicho anteriormente, están directamente relacionados con el tema del trabajo.
- **Derecho Constitucional:** La asignatura desarrolla los fundamentos del Derecho y, en particular, del Derecho constitucional. En ella, al igual que en la asignatura de poderes, órganos e instituciones constitucionales, se estudian los derechos reconocidos en la constitución española de 1978, que como ya hemos dicho se encuentra relacionada con la LSSICE.
- **Derecho Administrativo:** En esta asignatura estudiamos los diferentes procedimientos administrativos existentes en la legislación española, se relaciona con nuestro trabajo ya que para poder ejercer todos los derechos de la LSSICE.
- **Gestión Jurídico-Administrativa (I y II):** En esta asignatura se estudia toda la materia que sea objeto de la administración pública, ya sea sus procedimientos como sus responsabilidades. Esto se encontraba regulado por la RJPAC, pero actualmente ha sido derogada y sustituida por dos nuevas leyes, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

- Fundamentos del Derecho Mercantil: La asignatura aborda como núcleo central las bases del ejercicio de actividades mercantiles y comerciales por parte de empresas, sociedades, empresarios y profesionales de diversos sectores. Para realizar estas actividades es necesario la creación de ficheros de datos en las empresas, por lo que lo relacionamos directamente con el presente trabajo.
- Gestión de la información: En esta asignatura estudiamos la creación y la función de las bases de datos de organismos y empresas a partir de los datos disponibles de los clientes, lo que supone tener una responsabilidad sobre los datos personales de cada una de las personas que componen sus bases de datos.

### **1.3. Metodología**

La metodología aplicada en este trabajo es la propia de las ciencias sociales: el estudio del Derecho y la jurisprudencia.

Esta metodología la deberemos implementar adaptándola, en algunas ocasiones, a nuestro campo material o substantivo objeto de análisis y seguimiento. Esto quiere decir que deberemos adaptarla a conceptos propios del ámbito científico y técnico, sobre todo a efectos de la noción programación y evaluación. Las diferentes fases o etapas del iter metodológico aplicado a la materia objeto de investigación, se pueden resumir de la siguiente forma:

- a) El método tiene como punto de partida la recopilación, actualización y clasificación de toda la normativa actualizada, referida al ámbito material objeto de estudio. Desde la perspectiva de la aplicación territorial del Derecho, se abordará la legislación directamente aplicable en el Estado español, ya tenga su origen en el ordenamiento jurídico comunitario como en el ordenamiento interno español, y dentro de éste último, tanto a nivel nacional como autonómico, en su caso. La extensión de la normativa alcanza no sólo a las disposiciones más generales o programáticas (Directivas, Reglamentos comunitarios, normas constitucionales, leyes orgánicas u ordinarias, etc.), sino

también a las concretas disposiciones reglamentarias y de aplicación (Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.).

- b) Posteriormente se puede iniciar la etapa del estudio y análisis jurídico de la normativa actualmente en vigor. El fin último consiste en extraer conclusiones sobre el nivel de aplicación concreta de la legislación en los diversos sectores implicados (público y privado). En esta fase, se hace necesario consultar y revisar los recursos bibliográficos y documentales existentes sobre la materia (monografías, obras colectivas, actas de congresos, artículos de revistas especializadas, documentación de la Unión Europea, etc.)
- c) La culminación de las etapas previstas en los apartados a, b y c nos pondrán en disposición de proceder a la detección de aquellos problemas y dificultades en la aplicación normativa y la programación que se consideren relevantes y de mayor alcance, así como los aspectos en que se haya advertido una carencia o insuficiencia del régimen jurídico, que sea preciso corregir o colmar, sobre todo, en aquellos ámbitos materiales pendientes de regulación.
- d) El paso siguiente consiste en efectuar, con fundamento en los datos obtenidos del trabajo previo realizado, propuestas para comprender, mejorar, corregir y reformar la regulación vigente, o bien destinadas a la aprobación de nueva normativa y programación que complete las lagunas jurídicas existentes. Para ello habrá que estar muy atentos a las cambiantes exigencias o necesidades sociales que puedan suscitarse en adelante, a las nuevas necesidades de las comunidades locales y sus actores públicos y a los retos ambientales a los que nos enfrentamos.

## **2. COMUNICACIONES COMERCIALES POR VIA ELECTRÓNICA**

### **2.1. Definiciones y conceptos**

Las comunicaciones comerciales por vía electrónica, son aquellas que se realizan por correo electrónico o por medios de comunicación electrónica equivalente. Éstas vienen reguladas en la Ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, pero la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, ha introducido importantes modificaciones en dicha ley respecto a estas comunicaciones comerciales.

A los efectos de esta ley, según la definición del Anexo de la LSSICE, se considera servicio de la sociedad de la información “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.

La mención “título oneroso” se refiere a diversas prestaciones que son de carácter recíproco en las que media la contraprestación y se podrán prestar por vía electrónica o a petición individual.

Dentro del marco de la prestación de servicios de la sociedad de la información, la LSSICE contempla asimismo las comunicaciones comerciales y ofertas promocionales por vía electrónica.

La LSSICE define como "comunicación comercial" toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Además de la definición, para poder ostentar la condición de “comunicación comercial”, se debe ofertar a su vez un servicio de la sociedad de la información, como sabemos un servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

Estaremos ante una comunicación comercial cuando se promocionen los servicios o productos de una empresa a título oneroso, a distancia o por vía electrónica y a petición individual del receptor del servicio, siempre que haya un tratamiento y almacenamiento de los datos.

A efectos de la LSSICE, el Anexo dispone que “no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

En cuanto a las ofertas promocionales, según lo dispuesto en el art.20 de la ley 34/2002, “en los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca”.

No cabe duda que las comunicaciones comerciales entran dentro de del concepto general de “publicidad”.

Así, la publicidad es definida por la Real Academia Española en los siguientes términos: *“Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc”*.

Muchas veces se compara el término “publicidad” con la “actividad publicitaria” para así identificarla con una forma de comunicación entre el anunciante y una masa de eventuales interesados.

La definición de publicidad que hemos señalado anteriormente no es la misma que la que se toma básicamente de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre del 1984, que define el termino publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

Esta misma definición se recoge en el art. 2 de la Ley 34/1988 General de Publicidad.

Debemos aclarar que cuando nos referimos a “actividad” no se alude a la profesionalidad de la empresa anunciadora, sino a la de la anunciada, de tal forma que la definición de la comunicación en la Ley General de Publicidad aparece definida sobre una base bilateral: el anunciador por un lado, y el receptor por el otro.

Cuando hablamos de las comunicaciones comerciales, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información no se refiere exactamente al término “publicidad” sino a las comunicaciones por vía electrónica. Este término lo encontramos en el Anexo apartado d) de la Ley de los Servicios de la Sociedad de la Información, donde a los efectos de esta Ley se entenderá por “comunicación comercial”: *toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

Esta definición podemos comprobar que concuerda con la contenida en el art.2.f) de la Directiva 2000/31, de 8 de junio sobre el comercio electrónico.

El art. 1.1 de la LSSICE nos recuerda que la ley regula “las obligaciones de los prestadores de servicios, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

Se define así en este primer apartado, por una parte, el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, que afecta a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España, y de otro lado, el ámbito objetivo, en alusión a los propios servicios de la sociedad de la información.

Según el artículo 2 de la LSSICE, se entiende por prestador de servicios la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”, teniendo la consideración de servicios de la sociedad de la

información, los servicios prestados normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

Los servicios de la sociedad de la información que se toman en consideración, siempre que representen una actividad económica para el prestador de los mismos, son los siguientes:

- La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
- La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- El envío de comunicaciones comerciales.
- El suministro de información por vía telemática.

En definitiva el comercio electrónico supone un servicio más de la sociedad de la información al que la ley 34/2002, por su importancia y peculiaridades, dedica una especial atención.

## **2.2.Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales**

Según el art.19 de la Ley 34/2002, las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.

Conforme a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad el artículo 1 establece que “la publicidad se registrará por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”.

En cualquier caso, la publicidad está sometida a las mismas normas legales, sin que los soportes utilizados resulten determinantes de diferenciación al respecto: al mismo derecho sustancial se somete el banner que acompaña la información proporcionada por un medio electrónico cuanto el mensaje publicitario insertado en la edición en papel de dicho medio.

Se trata de afirmar que los preceptos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad imponen su disciplina igualmente sobre la publicidad realizada en soporte electrónico. Así el artículo 20.1 de la LSSICE dispone que “1. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”.

En todo caso, será de aplicación igualmente la Ley orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de datos de carácter personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.

Se trata de una Ley Orgánica que tiene por objeto garantizar y proteger los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor y su intimidad personal y familiar.

Así mismo, desde el 26 de junio de 1999 está en vigor el Reglamento de Seguridad (R.D.994/99, de 11 de junio) que desarrolla la mencionada Ley Orgánica, y que establece la obligación de las empresas de poner en marcha diversas medidas destinadas a garantizar la protección de estos datos, afectando a sistemas informáticos, archivos de soportes de almacenamiento, etc.

Según ÁLVAREZ HERNANDO<sup>1</sup> la protección de datos se considera un derecho fundamental que ostentan, exclusivamente, las personas físicas, que busca proteger los datos personales que les conciernen frente a intromisiones o violaciones ilegítimas de su intimidad o privacidad.

El derecho a la protección de datos, también denominado de *autodeterminación informativa*, consiste tal y como señala el TC, en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero o cuáles de ellos puede recabar, permitiendo al interesado conocer quién posee estos datos personales

---

<sup>1</sup> ÁLVAREZ HERNANDO, J. (2011), *Guía práctica sobre la protección de datos*, Lex Nova, p.125.

y con qué finalidad, pudiendo oponerse a esos tratamientos, ya sean automatizados o no.

Lo que se trata es de proteger a las personas ante el manejo no autorizado de los datos personales por ejemplo para recibir publicidad, pero siempre que estos datos sean susceptibles de tratamiento automatizado o se encuentren en un soporte susceptible de tratamiento automatizado.

Finalmente, el objeto de la LOPD, tal y como establece su artículo 1, es garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente, su honor e intimidad personal y familiar.

### **2.3. Requisitos y condiciones legales**

Respecto a los requisitos y condiciones legales, los hallamos en el artículo 20 de la LSSICE.

Primero se establece un requisito de identificabilidad. Así el artículo 20.1 señala que “las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificables.

Cuando hablamos de que una cosa es identificable nos referimos a una forma o estado que es capaz de ser distinguido o nombrado. Un sinónimo de identificable sería reconocible.

Así mismo, el artículo 20.2 indica que “en los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca”.

Lo dispuesto en apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que dispongan las normativas dictadas por las CCAA con competencias exclusivas sobre consumo.

## **2.4. Prohibiciones**

### *a) Prohibición de ocultar la identidad del remitente*

Con respecto a la identidad del remitente, procede remitirse al artículo 20.4 de la LSSICE, donde se dice que “En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo”.

Esta exigencia resulta lógica y coherente con el requisito de identificabilidad ya analizado.

ÁLVAREZ HERNANDO<sup>2</sup> recuerda que la posibilidad de que se intente obviar la exigencia del consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales, mediante el procedimiento de que el envío se realice desde la dirección del correo electrónico de terceros, está prevista en la Directiva 58/2002, que señala en su artículo 13.3 que “se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones”.

---

<sup>2</sup> ÁLVAREZ HERNANDO, J. (2011), *Guía práctica sobre la protección de datos*, Lex Nova, p.359.

## *b) Prohibición del envío de publicidad no previamente solicitada (SPAM)*

En España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información. Esta ley establece una serie de exigencias a los empresarios:

- Las comunicaciones comerciales deberán ser claramente identificables.
- Deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan.
- Si las comunicaciones comerciales se realizan a través de correo electrónico, incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”.
- En los supuestos de ofertas promocionales, se exige que las condiciones de acceso y de participación se expresen de forma clara e inequívoca.

Así pues, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, en el artículo 21.1, prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

VILAJOANA ALEJANDRE<sup>3</sup> comenta que la LSSI en su artículo 21.1 dice que, “queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

De este modo, con carácter general y salvo la excepción que veremos a continuación, la LSSI únicamente permite el envío de publicidad por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente en dos supuestos: que la

---

<sup>3</sup>VILAJOANA ALEJANDRE, S.(2011), *Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Ed.UOC, p.85

misma haya sido solicitada por su destinatario, o bien que el anunciante haya obtenido autorización del destinatario con carácter previo al envío de la misma, un consentimiento que el destinatario deberá poder revocar en cualquier momento.

Como excepciones destacamos que según el artículo 21.2 de la ley, “lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

Asimismo como bien recuerda ILLESCAS ORTIZ<sup>4</sup>, “en el ámbito de los contratos electrónicos, la formación del contrato suele ir precedida de una cierta actividad publicitaria. Es muy frecuente que la oferta de contrato sea continuación de una actividad publicitaria”.

Cuando se habla del “spam”, se refiere al <<envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas>>. Esta definición procede literalmente del artículo 21 LSSICE y resulta incompleta, puesto que lo que caracteriza al spam no es su soporte electrónico sino la difusión masiva del mensaje publicitario en una dimensión tan sólo alcanzable en un soporte de dicha naturaleza: esa masificación del mensaje directo resulta no obstante olvidada por la legislación española que somete a la misma regla la gran emisión de millones de mensajes directo de contenido publicitario con la emisión de un mensaje directo de idéntico

---

<sup>4</sup>ILLESCAS ORTÍZ, R. (2011), *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, p.60.

contenido llevada a cabo en forma aislada o semiaislada y casi intuitu personae, como igualmente suele acontecer en el ámbito electrónico.

El tratamiento legal del spam constituye una segunda innovación específica del derecho del comercio electrónico y una excepción al principio de inalterabilidad del derecho preexistente.

Conforme al mencionado precepto envío de publicidad electrónica, resultará legal <<cuando exista una relación contractual previa>> entre el emisor y el destinatario del mensaje y aquél que <<haya obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente>>.

Podemos afirmar que uno de los inconvenientes que plantea el spam o correo no deseado, es el desbordamiento de la capacidad de almacenaje del buzón de entrada del correo; también debemos añadir el coste que conlleva tener que comprobar si los correos recibidos son de utilidad o no y su posterior eliminación.

En los últimos tiempos, el spam se está convirtiendo en un grave problema por la vulneración de nuestro derecho a la privacidad, ya que el correo electrónico es un dato de carácter personal que proporcionamos a aquellas personas de las que deseamos recibir noticias.

## **2.5. Derechos de los destinatarios de los servicios**

### *a) Derecho de revocación del consentimiento a recibir publicidad: procedimiento*

Según el artículo 22.1 de la LSSICE “El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran

sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”.

Según la página web de la Agencia Española de Protección de Datos, se puede solicitar la exclusión del envío de comunicaciones comerciales utilizando el procedimiento indicado en la propia comunicación comercial recibida o en la página web de la entidad que envía la publicidad.

Las personas poseen el control de sus datos personales, y pueden ejercitar el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la entidad u operadora que disponga de los mismos, que deberá disponer de un procedimiento sencillo y gratuito para tal fin.

En caso de no ser cliente de la entidad que realiza la publicidad, también se puede evitar la publicidad no deseada registrando los datos personales en el fichero de exclusión publicitaria. En la actualidad se encuentra en funcionamiento el denominado Servicio de Lista Robinson. Quienes lo deseen pueden registrarse en dicho fichero de exclusión publicitaria a través del sitio web [www.listarobinson.es](http://www.listarobinson.es), a fin de evitar la publicidad de entidades con las que no se mantiene o no se ha mantenido ningún tipo de relación.

No obstante, el citado fichero de exclusión no impide recibir publicidad de las entidades que obtuvieron consentimiento para ello. En estos casos procede que el usuario revoque el consentimiento inicialmente prestado o ejercite el derecho de oposición.

Podrán presentar denuncia ante la AEPD:

- Si no es cliente de la entidad que realiza la publicidad y figura en guías de oposición a la publicidad o en un fichero de exclusión publicitaria.
- Si es cliente, pero a los 10 días de haberse opuesto sigue recibiendo comunicaciones comerciales de la misma entidad, en cuyo caso deberá

presentar la documentación acreditativa de haber solicitado la oposición y de haber recibido publicidad con posterioridad.

- Si se reciben comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.
- Si se reciben comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en la Ley, o aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de internet que contravengan lo dispuesto en la Ley.

*b) Derecho a la información y a prestar consentimiento sobre el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos*

El derecho a obtener información y prestar consentimiento sobre el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, se encuentra regulado en el artículo 22.2 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: *“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”*.

Según la Guía sobre las Normas de Uso de las Cookies de la Agencia Española de Protección de Datos, la LSSICE es aplicable a cualquier tipo de archivo o dispositivo que se descarga en el equipo terminal de un usuario con la finalidad de almacenar datos que podrán ser actualizados y recuperados por la entidad responsable de su instalación.

Podemos afirmar que cuando hablamos de almacenamiento estamos hablando de cookies, que consisten en unos ficheros que se descargan en los ordenadores para acceder a determinadas páginas web. Las cookies permiten a una página web, entre otras cosas, almacenar y recuperar información sobre los hábitos de navegación de un usuario o de su equipo y, dependiendo de la información que contengan y de la forma en que se utilice su equipo, pueden utilizarse para reconocer al usuario.

Tal como recoge la “Guía sobre el uso de las cookies” de la AEPD, según la finalidad para la que se traten los datos obtenidos a través de las cookies, podemos distinguir entre diferentes tipos: cookies técnicas, de personalización, de análisis, publicitarias y de publicidad comportamental.

Dicho artículo 22.2 de la LSSICE establece como regla general la obligación de obtener con carácter previo el consentimiento informado para utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios.

### **3. CONTRATACIÓN POR VÍA ELECTRÓNICA**

#### **3.1. Régimen jurídico y ámbito de aplicación**

Si hablamos de la contratación electrónica, podemos decir que este Derecho se integra en la Teoría General de obligaciones y contratos. Su contenido fragmentario determina el carácter complementario del mismo respecto del Derecho de Obligaciones y contratos. Este Derecho electrónico se manifiesta como una normativa que se usa en casos puntuales y que esta tendencialmente homogeneizada en el entorno europeo y norteamericano, en razón de este último en los textos supranacionales, elaborados en el seno de la UNCITRAL<sup>5</sup> y de la Unión Europea.

El carácter complementario de la normativa electrónica respecto del Derecho de Obligaciones y contratos deriva de la coordinación de las ideas manifestadas en la Directiva del comercio electrónico (2000/31/CE).

La complementariedad y la fragmentariedad del Derecho electrónico son igualmente extensivas al Derecho español.

Por un lado, el carácter complementario de la normativa electrónica se deduce del art. 1.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: <<Las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten>>. Y se prevé en el Art. 23.1 de la LSSI: <<Los contratos electrónicos se regirán por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial>>. De manera similar, la fragmentariedad del contenido normativo español se desprende de las materias reguladas en él: aspectos puntuales relacionados con las comunicaciones comerciales y contratos electrónicos.

De ahí, la necesidad de completar y coordinar esta normativa con el Derecho general de obligaciones y contratos, como fórmula para resolver la

---

<sup>5</sup>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

mayoría de los problemas que se presentan en la práctica contractual y que no hayan sido resueltos por el Derecho de la Contratación Electrónica.

La regulación exclusiva de algunas cuestiones del Derecho de la contratación electrónica supone la renuncia implícita al desplazamiento del Derecho tradicional, defendido por quienes han postulado la creación de una nueva rama jurídica, la del Derecho informático.

La elaboración de una <<Ley del Ciberespacio>> sería la solución más efectiva.

Sin embargo, la elaboración de una ley como esta o una <<Ley uniforme>> sería desproporcionada para solucionar los problemas puntuales de la contratación electrónica y, en cambio, aconsejable en el ámbito general del Derecho de Contratos.

La elección normativa de regular las particularidades de los contratos que son celebrados electrónicamente, con la integración en el Derecho de obligaciones y contratos, cuenta con partidarios y también tiene sus ventajas e inconvenientes.

La solución legislativa también es coherente con las ideas de política jurídica, propugnadas por los diversos interesados en la contratación electrónica, acerca de contar con soluciones consensuadas y negociadas. Y es respetuosa con el principio de <<autonomía de la voluntad>>, que constituye la base de la ordenación jurídica del régimen contractual de los diversos países y la orientación seguida por los distintos Tratados multilaterales en materia de contratación.

Sin embargo, la elección legislativa presenta algunos problemas de política y técnicas jurídicas que inciden en la eficacia normativa y en la seguridad.

Por último, los contratos sometidos a la legislación española vienen determinados por el lugar de residencia del consumidor o por el del establecimiento del prestador de servicios. Esto es, el lugar en que se sitúa el centro de dirección o de explotación principal. Relacionado con la legislación española, se aplicaría a: a) a los contratos celebrados en Internet con

consumidores o usuarios españoles, con prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea o del Estado Económico Europeo distinto de España; b) los realizados por prestadores de servicios, que tengan su sede real o efectiva en España; c) los contratos concluidos con prestadores de servicios que sin estar domiciliados en España, hayan abierto en su territorio un establecimiento permanente, es decir, su sede social o una sucursal.

### **3.2. Concepto, caracteres y tipología de los contratos electrónicos**

Los contratos electrónicos constituyen acuerdos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos, por los cuales las partes, dos o más sujetos, establecen obligaciones exigibles, voluntariamente. Los contratos electrónicos no son especiales o diferentes a los demás contratos, ni se refieren a cosas electrónicas nada más. El contrato electrónico es un contrato normal pero celebrado mediante el uso de medios electrónicos, y por ello se les aplican ciertos requisitos adicionales de información, plazos, forma y obligaciones.

Los podemos clasificar, según su forma de ejecución, la emisión de las declaraciones, por sujetos y según el objeto del contrato.

Según su forma de ejecución encontraremos el contrato de comercio electrónico directo: aquel que permita la entrega virtual de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador. Esta entrega o prestación puede ser, a su vez inmediata o diferida. Como ejemplo podemos destacar la adquisición de licencias en programas de uso informático. Y el contrato de comercio electrónicos indirecto: que es aquel que requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial. Su ejecución es necesariamente diferida. Y un ejemplo sería la compra de cartuchos de tinta.

Según la emisión de las declaraciones encontramos dos tipos, el contrato electrónico puro y el contrato electrónico mixto.

El contrato electrónico puro son las manifestaciones de voluntad se hacen a través de medios electrónicos, ejemplos declarar voluntariamente que si desea llevar a cabo el contrato por medio del correo electrónico.

Dentro de estos tendremos los reactivos y los interactivos que son los que explicaremos a continuación.

- **Contratos Reactivos:** Exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más comunes en sistemas de micro-pagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo. Ejemplos: suscripción a algún servicio por medio de un SMS, un mensajito de texto.
- **Contratos Interactivos:** el mismo lugar en donde se encuentra la oferta se puede comprar el servicio, sin intermediarios ni nada por el estilo.

Y el contrato electrónico mixto es la contratación o prestación de servicios involucra ambos sistemas tradicionales con los electrónicos. Un ejemplo sería cuando uno descarga un formulario y lo llena a mano y luego lo manda por medio de fax.

Otro tipo de contrato a destacar son los por sujetos que forman parte del contrato electrónico. Aquí encontraremos dos tipos, el mercantil y el de consumo.

Cuando hablamos del contrato de consumo nos referimos a el contrato será de consumo cuando en él participe al menos un consumidor o usuario. Ejemplo: compra de zapatos por internet.

Y si hablamos del contrato mercantil nos estaríamos refiriendo a cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales, es decir que lo que se compre será usado de alguna manera y luego será vendido.

Y el último tipo sería según el objeto del contrato, donde destacamos los contratos de prestación y los de entrega.

Si nos referimos a contratos de entrega tenemos dos tipos:

- **Contratos de entrega material,** al comprar un libro por internet y luego esperar su entrega.
- **Contratos de entrega inmaterial,** la compra de un libro electrónico y tener la entrega inmediata.

Y si nos referimos a los contratos de prestación, tendremos los de prestación instantánea y los de diferida.

Las principales características que podemos encontrar de los contratos electrónicos son las siguientes:

- Las operaciones se realizan a través de medios electrónicos;
- El lugar donde se encuentren las partes resulta irrelevante;
- No queda registro en papel;
- Se reducen considerablemente los tiempos para efectivizar las transacciones;
- Se reducen los intermediarios de distribución;
- Las importaciones no pasan, necesariamente, por las aduanas.

Según DAVARA RODRÍGUEZ<sup>6</sup> <<la posibilidad de transmitir datos o información en grandes cantidades y superando los clásicos inconvenientes de tiempo y distancia condicionan algunas de las teorías en las que se ha basado, tradicionalmente, el análisis de la contratación>>.

Según este autor, la contratación electrónica es <<aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo>>.

Podemos decir que el contrato electrónico es fundamentalmente un contrato a distancia, que tiene las siguientes particularidades:

-Se utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad.

-A través del medio electrónico permanece una prueba del negocio, porque en definitiva es un contrato escrito *sui generis*.

Según la LSSICE, en su anexo encontramos la definición contrato electrónico donde es “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

---

<sup>6</sup>DAVARA RODRÍGUEZ, M.A (1997) *Manual de Derecho Informático* (1997), Pamplona, Aranzadi, p.95

Por otra parte, según FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>7</sup>, se basa en el concepto definido en el Anexo de Definiciones de la LSSICE, según la cual el <<contrato por vía electrónica>> es aquel <<en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones>>.

Así mismo, llegados a este punto podemos considerar como un sinónimo del “contrato electrónico” el llamado “contrato telemático”, dado que el tratamiento y procesamiento de datos se producen igualmente utilizando instrumentos electrónicos y a través de las redes de telecomunicación, ignorando asimismo otros medios electrónicos como el fax, telefax o el télex.

También tenemos que destacar que siempre serán contratos electrónicos los contratos digitales, es decir, aquellos que se han perfeccionado empleando la firma electrónica avanzada.

Del mismo modo, se incluirán como contratos electrónicos aquellos que se celebran entera y exclusivamente a través de internet.

Así la tipología de este tipo de contratos online es amplia, y se diferencian según la vía utilizada... Trata de los siguientes:

- Uno de los casos más habituales es la perfección del contrato a través de una página web. En este supuesto la oferta plantea una serie de condiciones generales que se presentan a los usuarios en forma de modelos o formularios, de manera que no existe una negociación entre las partes contractuales. Los usuarios simplemente aceptan los términos que les han presentado los prestadores de servicios.
- Otro tipo serían los contratos celebrados mediante el correo electrónico. En estos las partes disponen de cierto margen de negociación sobre las condiciones, dado que de forma rápida y efectiva pueden intercambiar tanta información, borradores, opiniones como consideren necesario antes de obligarse.

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2013), *El contrato electrónico*, Bosch, Barcelona, p.75.

- Además, la LSSICE enuncia otra modalidad de contratos: los que se celebran a través de <<otro tipo de comunicación electrónica equivalente>>al correo electrónico.
- Finalmente, también hay que destacar los contratos celebrados a través de chat o videoconferencia.

Dicho esto, podremos concluir que son tres las características más importantes que poseen los contratos electrónicos. Son las siguientes:

- Son acuerdos de voluntades, en los que deben concurrir los elementos esenciales del negocio jurídico para considerarse válidos en virtud del ordenamiento jurídico español.
- Son contratos consensuales, dado que para que sean válidos es imprescindible y también suficiente que concurra efectivamente la voluntad de las partes como expresión del consentimiento válidamente prestado.
- Requieren el intercambio efectivo de oferta y aceptación acerca del contenido del contrato electrónico entre las partes del mismo.

### **3.3. Las partes contratantes**

#### *a) Empresa oferente de bienes y servicios: la oferta contractual*

Tal y como indica FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>8</sup> , la oferta es una declaración de voluntad en la que se formula el proyecto del contenido del contrato, acota el terreno del acuerdo de voluntades. Por tanto, para que exista una oferta deben aparecer los elementos del artículo 1.262 CC que constituyen el objeto del consentimiento contractual.

La oferta como predeterminadora del contenido contractual puede ser el resultado final de unos tratos preliminares entre las partes que van a contratar.

Por otra parte, algunos autores consideran que la contratación electrónica no se produce en rigor una oferta contractual por parte del prestador del servicio: la aceptación se configura como una actuación unilateral del interesado, no

---

<sup>8</sup>FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ,R.(2013), *El contrato electrónico*, op.cit, p.78

existiendo por lo tanto la concurrencia de oferta y aceptación sobre la cosa y la causa del contrato que exige el artículo 1.262 del CC.

Al abordar los elementos de la oferta, conviene resaltar que la propuesta u oferta contractual se debe realizar a conciencia de que obligue contractualmente al oferente, con conocimiento de que va a celebrar el contrato que pretende.

Este elemento subjetivo se exige del mismo modo en la contratación por internet, donde el oferente ofrece sus productos o servicios a través de la Red, y los divulga a las empresas y consumidores.

Algunos autores como DE ROS CEREZO<sup>9</sup> señalan que aquí el elemento de la despersonalización es más acusado que en la contratación presencial, ya que el contratante oferente no llega a verse ni conectar físicamente con el contratante aceptante.

Este mismo se encarga de enumerar los contratos electrónicos que en éste sentido considera celebrados entre presentes:

- Contratos online en tiempo real;
- Contratos celebrados a través del intercambio de correos electrónicos;
- Contratos celebrados a través de Internet por comunicación telefónica, chat o videoconferencias;
- Contratos electrónicos automatizados.

Para hablar de las partes contratantes, y en primer lugar de las empresas oferentes de bienes y servicios, diferenciaremos dos tipos de contratos:

Los contratos electrónicos de consumo, donde el participe será al menos un consumidor o usuario. Y los contratos electrónicos mercantiles, donde todas las partes contratantes son empresarios o profesionales, y así que lo que se adquiere se introduce en la cadena comercial de la empresa.

---

<sup>9</sup> DE ROS CEREZO, M. (2016), *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, Madrid, p.100

Los requisitos de la oferta, en materia de contratación por internet, no difieren de los requeridos para las ofertas transmitidas por vías tradicionales.

En los sistemas de Derecho Civil, la circunstancia de que con la simple aceptación de la oferta el contrato nazca a la vida jurídica, conlleva la presencia de dos requisitos esenciales para alcanzar tal fin: uno subjetivo, que sería la intención del proponente de vincularse por su declaración en el momento que recaiga la aceptación; y otro, el objetivo, localizado en el hecho de que la oferta sea completa. La existencia de estos dos es suficiente para calificar de oferta a una determinada declaración de voluntad.

Respecto al requisito subjetivo, se deben analizar dos aspectos fundamentales: primero, las características y la existencia de la intención contractual; y segundo, la capacidad necesaria que un oferente debe tener para formular las ofertas, de forma que la aceptación dé lugar al nacimiento del contrato. La capacidad para realizar ofertas está referida a las personas y a las condiciones exigidas para realizar ofertas que sean válidas. Esto está relacionado con la capacidad necesaria del destinatario de la oferta a la hora de prestar su aceptación, que en última instancia conduce a la capacidad de las personas para obligarse.

En la contratación electrónica resulta obligatorio la existencia de información precontractual de forma previa a la conclusión del contrato, debido a la falta de presencia física de las partes. Dicha necesidad se ha plasmado imponiendo a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando actúan como empresas, la obligación de información previa a la conclusión del contrato electrónico.

En el caso de que el contrato sea entre empresas, los deberes de información atienden al principio de la buena fe de acuerdo con los usos mercantiles.

Si el contrato se desarrolla entre empresa y consumidor, la empresa o profesional adquirirá un deber de información precontractual con respecto al consumidor, porque deberá proporcionarle toda la información posible, ya que

este último efectuará su aceptación contractual “a distancia”, a través de nuevos intervinientes en la relación contractual.

Además de establecer determinados deberes de información pre y post contractual a cumplir por parte del empresario, la LSSICE establece en su artículo 10.1 que el mismo deberá dar información previa en cuanto a sus datos personales como persona física o jurídica: nombre, dirección, establecimiento, inscripción en el Registro Mercantil, etc. Todos estos extremos tienen que aparecer en la página web del prestador de servicios.

#### *b) Consumidor y usuario*

Según Prenafeta<sup>10</sup>, en la contratación por menores de edad en Internet, los menores de edad no emancipados, así como los incapacitados, no pueden contratar por no poder prestar válidamente su consentimiento. Dado que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, los contratos en los que una parte sea un menor de 18 años serían anulables, lo que significa que los padres o el tutor, o incluso el menor de edad cuando alcance la mayoría de edad, tendrían la posibilidad durante cuatro años de ejercitar una acción para dejar sin efecto el contrato. Pero si no se ejercita, el contrato es válido.

Por otro, la doctrina y la jurisprudencia claramente señalan que el menor de edad puede contratar válidamente de acuerdo con los usos sociales y su entendimiento, y de hecho la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art.2 señala que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En la práctica muchos menores compran libros, van al cine, cogen el autobús o compran una bebida o un videojuego sin que suponga ningún problema jurídico. Y esa clase de contratos no son siquiera anulables.

Con esto se quiere decir que el menor de edad no es absolutamente incapaz, sino que va adquiriendo capacidad de obrar a medida que crece y adquiere madurez y conocimiento, y así lo reconoce también el Código Civil en

---

<sup>10</sup>PRENAFETA (2013), Contratación por menores de edad en internet, Recuperado de: <http://www.jprenafeta.com/2013/03/07/la-contratacion-por-menores-de-edad-en-internet>.

su artículo 162.1 y la Dirección General de Registros y Notariado, en su resolución del 3 de Marzo de 1989, tantas veces citada por la Agencia Española de Protección de Datos, para fundamentar que el mayor de 14 años es quien dispone sobre sus datos personales.

Como hemos comentado antes, según el artículo 162.1 del Código Civil, los padres que ostenten la potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Y se exceptúan:

1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

Por tanto Prenafeta<sup>11</sup> sostiene que las situaciones en las que el contrato celebrado por un menor de edad es plenamente eficaz serán dos:

- a) Aquellos contratos que son habituales de acuerdo con los usos sociales en relación con la edad del menor y su madurez para comprenderlo.
- b) Aquellos contratos fuera de los casos anteriores pero realizados con la colaboración y conocimiento de los padres, lo que lógicamente debería demostrarse.

En el resto de supuestos, el contrato sería anulable.

El problema en estos casos en el ámbito de Internet y la venta a distancia es que el vendedor o prestador de un servicio no puede comprobar si quien está al otro lado es mayor o menor de edad, está incapacitado o tiene juicio o

---

<sup>11</sup>PRENAFETA (2013), Contratación por menores de edad en internet, Recuperado de: <http://www.jprenafeta.com/2013/03/07/la-contratacion-por-menores-de-edad-en-internet>.

conocimiento suficiente para poder contratar, pese a que en sus condiciones contractuales exija esa capacidad, lo que le deja en una situación de inseguridad material y jurídica. Lo lógico es que debe tomar las medidas correspondientes para verificar la edad, dentro de lo razonable, pero asumir los posibles problemas que se generen por ello.

No hay que descartar que el propio menor podría engañar a la otra parte, mentir sobre su edad o identidad, o utilizar datos de cuenta o tarjetas de sus padres, así que en estos casos, aunque se anulara el contrato, no es descartable que la parte vendedora pueda reclamar daños y perjuicios a los padres, que al fin y al cabo son responsables de los actos de sus hijos.

### *c) Capacidad de contratar*

En el Derecho español, es compartido por la doctrina que la capacidad contractual hay que deducirla a *contrario sensu* de las incapacidades derivadas de la interpretación conjunta de los artículos 1261 CC, “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca”, y 1263 CC, “no pueden prestar consentimiento: 1. ° Los menores no emancipados. 2. ° Los incapacitados”. De estos preceptos podemos deducir que la capacidad contractual coincide con la capacidad de obrar general. En consecuencia, aquellas personas que tengan limitada su capacidad de obrar la tienen también limitada para contratar.

Como puede apreciarse, el requisito de la capacidad está implícito en el del consentimiento pues sólo quienes tienen la capacidad necesaria para contratar pueden válidamente prestar consentimiento. Nuestro Código civil, en este punto, se separa parcialmente del Código civil francés, el cual concibe la capacidad de contratar como un elemento esencial más al lado del consentimiento, objeto y causa, exigido para la validez de los contratos. A tenor de su artículo 1108 “cuatro condiciones son esenciales para la validez de los contratos: el consentimiento de las partes que se obligan, su capacidad de contratar, un objeto que forma la materia del pacto, una causa lícita de la obligación”.

Sin embargo, el Código civil español postula la capacidad como factor jurídico presupuesto por el consentimiento, y no la menciona como elemento esencial del contrato al enumerar éstos en el artículo 1261; en consecuencia, lo regula en la selección relativa al consentimiento, dedicándole, especialmente, los artículos 1263 y 1264.

Como se puede observar, la capacidad para contratar se encuentra regulada en nuestro Derecho positivo de un modo negativo, estableciendo quiénes son los que no pueden contratar.

Sin embargo, son realmente los artículos 314 y el 315.1º Del Código civil los que concretan el artículo 1263.1º, ya que el primero dispone que “La emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad; 2.º Por matrimonio del menor; 3.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 4.º Por concesión judicial”; y el segundo “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. Por tanto, la persona que no haya cumplido los dieciocho años y no esté en las situaciones del artículo 314, y además, no posea autogobierno psíquico, no puede prestar consentimiento, o si se prefiere, es incapaz para contratar.

DÍEZ-PICAZO<sup>12</sup> mantiene que, a pesar de la expresión con que comienza el precepto no se trata de que el consentimiento pueda ser o no prestado, sino de si el negocio jurídico generado por este consentimiento es o no un negocio jurídico válido y eficaz. Para él, la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del mismo. Por ello, más que capacidad de prestar consentimiento debe hablarse pura y simplemente de “capacidad para contratar”.

Como sabemos, el contrato en cuanto acuerdo de voluntades es un negocio jurídico que representa la actuación concreta de la capacidad contractual, que a su vez es una manifestación de la capacidad de obrar. Ello presupone que el consentimiento debe ser formulado por personas capaces.

---

<sup>12</sup>DÍEZ-PICAZO.L.M (2007) *Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes*, Suprema Corte de Justicia, p.95

El Código civil dedica al consentimiento nueve artículos, de los cuales, el primero nos dice que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Según BADOSA COLL<sup>13</sup>, al estudiar el consentimiento se hace alusión al artículo 1263 del Código Civil. Se pregunta qué es lo que realmente regula el citado artículo, la incapacidad para contratar o la incapacidad para consentir.

Sostiene que el precepto se refiere a la incapacidad de consentir; para ello realiza un análisis de los precedentes históricos, de las tareas codificadoras y su comparación con los distintos proyectos del Código civil, el de 1836 y el de 1851, hasta el Anteproyecto de 1882-1888. Descarta que el artículo 1263 del Código civil se trate de un supuesto de “prohibición de contratar”, ya que se refiere a “consentir” en general y no a un determinado tipo negocial, y también porque la cualidad personal que determina el “no poder” es absoluta y total.

Para RAMOS CHAPARRO<sup>14</sup> la capacidad de obrar contemplada en el artículo 1263 es “para contratar”, y que su formulación negativa, de aparente prohibición referida al consentimiento mismo, establece verdaderos casos de incapacidad contractual, como “excepciones legales” a una presunción o regla general positiva favorable.

Una vez dicho todo esto, si hacemos una interpretación literal de los artículos 1261 y 1263 del Código civil, el menor de edad no tendría capacidad contractual y, por tanto, no podría actuar en el mundo de los negocios, y los actos por él realizados no tendrían eficacia jurídica. Ahora bien, no debemos olvidar que esa ineptitud para contratar que en principio propugna el 1263 del Código civil debe ser matizada y puesta en relación con la vida real. Siendo así como lo ha entendido la doctrina más autorizada.

#### *d) Prestación del consentimiento*

---

<sup>13</sup> BADOSA COLL.F.(1889-1989) “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar, (Un estudio sobre el artículo 1263 del Código Civil)”, en *Centenario del Código Civil*. Asociación de profesores de Derecho Civil, ed.Centro de Estudios Ramón Arces, 1990.Págs.191 a 241.

<sup>14</sup> RAMOS CHAPARRO.E. (1999)*Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*,Barcelona,CEDECS.

El artículo 1262 CC resalta el consentimiento como requisito primordial del contrato, que supone la concurrencia de, al menos, dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante.

Según FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>15</sup>, estas declaraciones de voluntad han de recaer sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Con ello se cierra el círculo de los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1261 CC.

No basta con que las partes estén de acuerdo, sino que la conformidad debe recaer sobre el objeto del contrato y sobre la causa. Es cierto que el CC no exige la conformidad sobre todos los elementos que comportan el contenido del contrato, basta que el acuerdo de voluntades recaiga sobre los contenidos mínimos, pero esos contenidos deben ser queridos y conocidos por las partes.

La clave está en determinar cuáles son los contenidos mínimos que integran el objeto y la causa del contrato. Sin embargo, no cabe entender que el consentimiento debe ser integral, pero no necesariamente deberá expresarse respecto de la totalidad del negocio que se pretende realizar. En tal caso, deberemos integrar el contenido manifestado y habrá que averiguar si las partes han acordado los elementos mínimos o esenciales e integrar el resto de los elementos.

La obligación existirá aunque el consentimiento de una de las partes aparezca debilitado. Es posible que una de las partes no haya intervenido en la formación del contenido contractual: en tal caso no hay la misma libertad para una parte que para la otra, pero no por ello el consentimiento deja de existir.

Así ocurre en los contratos de adhesión, que serán la mayoría de los celebrados a través de Internet o en un entorno Web.

También se plantea si la forma es un elemento esencial del contrato electrónico. La forma es un elemento del negocio jurídico que, no constituye un elemento esencial con carácter general. Sin embargo, la forma no es tampoco un elemento esencial en el contrato electrónico, salvo excepciones de forma *ad*

---

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ,R.(2013), *El contrato electrónico*, op.cit, p100.

*solemnitatem* aplicables en virtud de la normativa relativa a las distintas clases de contrato.

En la contratación electrónica existen varios medios de emisión de las declaraciones de voluntad en la formación del consentimiento contractual. Algunas declaraciones pueden realizarse también fuera de Internet y contractualmente tendrán plena validez.

Si consideramos que la formación del contrato comprende los actos o serie de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un contrato, la contratación electrónica se caracteriza por la instantaneidad en la formación, al menos en la mayoría de casos. La inmediatez temporal del medio informático facilita que la perfección del contrato se realice con rapidez, casi sin proceso formativo previo. Los productos o servicios que se contratan en la Red aparecen en las Web Site y el consumidor los adquirirá generalmente sin tratos preliminares.

Se dice que la compra en Internet es una compra compulsiva por el propio medio empleado y la facilidad de adquirir los productos o servicios con la simple aceptación pulsando sobre un icono.

No necesariamente debe ser así. Las partes podrán iniciar un proceso de negociación, dentro o fuera de la Red, incluso con carácter previo a la perfección del contrato. Durante este proceso será aplicable el principio de la buena fe, y la actuación de las partes deberá estar presidida por una conducta conforme a la buena fe, en sentido objetivo, conforme al artículo 7.1 CC.

El oferente debe ofrecer contenidos veraces en la Web Site donde aparecen sus productos o servicios. En los contratos con condicionado general, las cláusulas deben reunir los requisitos de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y del Real Decreto 1906/1999.

Según FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ<sup>16</sup>, los contratos electrónicos celebrados sin firma electrónica, que son la inmensa mayoría de los que se celebran diariamente, son perfectamente válidos y la ausencia de firma no les

---

<sup>16</sup>FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2013), *El contrato electrónico*, op. cit, p.90.

priva de validez. Se entiende que el consentimiento se ha prestado válidamente simplemente con la aceptación por parte del usuario en el icono correspondiente, expresando inequívocamente la aceptación, mediante palabras u otras operaciones o actos similares que indiquen de forma clara la aceptación.

En esta clase de contratos el oferente hoy por hoy tampoco utiliza la forma electrónica. El Web Site en el que se ofrecen los productos o servicios debe identificar la empresa oferente y facilitar información suficiente al potencial adquiriente. Entonces, el usuario confía en la existencia del oferente y en la veracidad de su oferta, produciéndose el consentimiento contractual sin necesidad de que concurra firma convencional o electrónica. Una vez celebrado el contrato, el vendedor o prestador del servicio deberá cumplir sus obligaciones, entregar el producto o prestar el servicio.

En definitiva, lo cierto es que los contratos celebrados en internet existen y obligan a las partes con independencia de que exista una u otra forma en la plasmación del consentimiento. Sin embargo, la existencia y la obligatoriedad del contrato, así como su contenido podrá probarse por medios alternativos a la forma electrónica. De ahí que la Directiva electrónica de comercio 31/2000, en su artículo 10.1 d), establezca la preferencia para que la información y comunicaciones entre las partes quede debidamente almacenada en los archivos correspondientes, de modo que cualquier adquiriente pueda siempre consultar la existencia del contrato y conocer los términos del mismo. Aunque existen procedimientos informáticos que permiten establecer controles de seguridad para evitar la modificación o vulneración de los archivos, no hay duda de que la legislación sobre la firma electrónica y la adecuada implantación de esta normativa en defensa de la parte adherente en los contratos con condiciones generales, ayuda a que la seguridad jurídica y la capacidad probatoria de las transacciones *online* sean igual a las de la vida jurídica *offline*.

Por otra parte GONZÁLEZ GOZALO<sup>17</sup> nos habla de la aceptación, donde la incorporación de las condiciones generales a los contratos celebrados por vía electrónica se regula en tres normas: el artículo 27.4 LSSICE, el artículo 5.4

---

<sup>17</sup>GONZÁLEZ GONZALO, A. (2004), *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Albolote, p.56.

LCGC y el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 LCGC (hoy 5.4). El primero establece un deber de información precontractual sobre las condiciones generales de la contratación utilizadas por el prestador de servicios. El segundo fija a grandes rasgos los requisitos para su incorporación. Y el tercero desarrolla tales requisitos.

El artículo 27.4 LSSICE dispone que con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el que presta el servicio deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario. Esto se trata de un deber de información precontractual dirigido a que el destinatario del servicio pueda conocer, antes de iniciar el proceso de contratación, las condiciones generales del contrato. La puesta a disposición de los clientes ha de hacerse por medios electrónicos, siendo la forma habitual la inclusión en una página web dentro del sitio del prestador. Además, será necesario que el destinatario al que va dirigido el servicio pueda almacenarlas, es decir, archivarlas o guardarlas en cualquier soporte informático y reproducirlas o hacer copias en papel.

En una línea similar, el artículo 2 del RD 1906/1999 establece que antes de la celebración del contrato y con la necesaria antelación, nunca inferior a tres días, el oferente deberá facilitar al destinatario de la oferta, la información sobre toda y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio que sea adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales.

Por otra parte podemos destacar que no es preciso enviar el pliego de condiciones generales por correo electrónico con una antelación mínima de tres días, como parecía desprenderse del citado artículo 2 del RD 1906/1999, sino que basta con poner a disposición de los clientes el texto completo de las condiciones generales en el sitio *web* del prestador de servicios de forma clara y con la suficiente antelación. Esto quiere decir que ningún contrato podrá incorporar las condiciones generales si estas no han estado antes disponibles en la *web* durante al menos tres días.

El RD 1906/1999 no sanciona la infracción de esta obligación con la no incorporación de las condiciones generales del contrato. Al contrario, su artículo 4 establece que el incumplimiento de este deber de información previa, autoriza al adherente para resolver el contrato en un plazo de tres meses. Si en este tiempo cumple el predisponente esta obligación, podrá todavía aquél desistir del contrato en los siete días hábiles siguientes a este momento.

Según opina GONZÁLEZ GOZALO<sup>18</sup>, tal disposición es ilegal porque contradice mucho la LCGC, en el sentido expuesto, como la LOCM, en los contratos a distancia.

También afirma que con la imposición de este deber de informar antes de la celebración del contrato sobre las condiciones generales que incluirá, se pretende garantizar al destinatario del servicio la oportunidad real de conocerlas. Para ello es imprescindible que se faciliten de modo verídico, eficaz y completo.

Podemos decir que la inclusión en el contrato electrónico no solo requiere la oportunidad real de conocerlas antes de contratar, sino también, conforme al artículo 5.4 LCGC, su aceptación por parte del adherente. En consecuencia, este artículo nos dice que <<será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional>>. Esto no significa que deba de aceptarse cada cláusula de forma individual, sino que deben de aceptarse las condiciones de forma global.

Pero GONZÁLEZ GOZALO sostiene que una vez celebrado el contrato electrónico, el artículo 3 del RD 1906/1999, desarrollando incluso lo dispuesto en el artículo 5.4 LCGC, exige que el predisponente envíe al adherente la justificación por escrito o, a propuesta de éste, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o el utilizado por el predisponente para hacer la oferta. Dado que la LSSICE establece que los documentos electrónicos satisfacen el requisito de la escritura, hay que entender que el citado artículo no exige que la confirmación se haga en

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ GONZALO, A. (2004), *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, op.cit, p.35.

soporte papel, sino que puede hacerse directamente desde cualquier otro soporte duradero.

En efecto, un mensaje de correo electrónico será suficiente para cumplir esta obligación. Aunque se dice que no basta con la aparición en la pantalla de los datos a que se refiere este artículo 3, porque entonces no hay envío de confirmación por escrito o en soporte duradero, sino que tiene que procurársela el propio adherente.

### **3.4. Objeto del contrato**

Según REBOSA ÁLVAREZ<sup>19</sup>, existe en la doctrina una división básica entre comercio electrónico directo e indirecto. El comercio electrónico indirecto comprende las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no puede tener lugar en línea, por lo que la ejecución de esa obligación coincide con la que tendría lugar de haberse concluido la transacción por medio del comercio tradicional. Por su parte, el comercio electrónico directo engloba aquellos contratos electrónicos relativos a la entrega a través de Internet de bienes sin soporte físico o información digital. Respecto a las obligaciones pecuniarias, su cumplimiento puede tener lugar tanto en el comercio electrónico directo como en el indirecto, a través de internet.

La mayor parte del comercio electrónico está constituida por contratos cuyo objeto son bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual susceptibles de transmisión a través del Internet.

Atendiendo al empleo de las aplicaciones y servicios propios de Internet en la celebración del contrato, cabe distinguir dos situaciones básicas. Por una parte, los contratos no estructurados concluidos por medio del intercambio de Mensajes de Datos o correo electrónico, y por otra parte, los contratos propiamente en línea, a través del contacto interactivo con un sitio web, en los que el comportamiento básico del adquirente normalmente es completar un formulario elaborado por el proveedor.

---

<sup>19</sup>REBOSA ÁLVAREZ, L.F. *El Contrato en el Contexto del Comercio Electrónico*, Recuperado de: <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n49/bienal/Mesa%205/LuisFranciscoRebosa.pdf>

La utilización de Internet para la comercialización de bienes al público ha permitido el acceso a la contratación electrónica del usuario final que adquiere a través de Internet bienes o servicios con un propósito ajeno a su actividad profesional de personas que sí actúan profesionalmente en el mercado. En función del carácter inmaterial o material de los bienes solicitados y de la modalidad de pago seleccionada, puede ocurrir que todas las obligaciones contractuales deban ejecutarse por medio de Internet.

Por razón de los posibles sujetos intervinientes en el comercio electrónico, empresario o comerciante, consumidor o usuario y Administración Pública, podemos distinguir las siguientes relaciones:

- Entre empresarios entre sí(B2B)
- Entre empresarios y consumidor(B2C)
- Entre empresario y Administración (B2A)

Como ya hemos estudiado, tratándose de comercio electrónico el empresario es el denominado prestador de servicios de la sociedad de la información, es decir, cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información.

El segundo sujeto es el consumidor o usuario que encarna la figura del destinatario del servicio de la sociedad de la información, si bien la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, en su definición, remite al concepto que de consumidor ofrece el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). El artículo 3 define a los consumidores o usuarios como “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

En cuanto al tercer sujeto, la Administración Pública, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información no se aplica a las Administraciones Públicas, puesto que éstas no tienen el carácter de prestador del servicio de la sociedad de la información definido en su Anexo. Sin embargo, cuando la actividad de una Administración tenga un carácter económico y salga, por tanto, de lo que es el cumplimiento de sus funciones públicas, le será aplicable la Ley 34/2002. Por

razón del objeto, es decir, la forma en que se ejecuta la operación comercial, empleando o no medios electrónicos, cabe distinguir entre comercio electrónico directo y comercio electrónico indirecto. En el primero, toda operación comercial se desarrolla por medios electrónicos, mientras que en el segundo, debemos acudir a medios off line para poder concluir la operación comercial.

El comercio electrónico indirecto está condicionado por la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, ya que ésta en ocasiones no permite el desarrollo completo de éste por medios online, porque requiere de una entrega física o material del bien o del servicio contratado.

Por otra parte, están excluidos del comercio electrónico los productos robados o falsificados, y en general todo aquel cuyo tráfico esté prohibido por la ley.

Un grave problema lo plantea, por ejemplo, la compra electrónica de productos farmacéuticos que no están autorizados en España o para los que se requiere receta médica.

Al igual que los llamados <<productos milagro>> que podrían infringir la ley al tratarse en la mayoría de los casos de publicidad engañosa. Lo mismo ocurre con los productos financieros extranjeros no controlados por el Banco de España, y generalmente radicados en los llamados paraísos fiscales.

Otra actividad que podríamos destacar que está prohibida, es el mal uso, por parte de los empresarios o administración pública de los datos personales de los consumidores.

Para terminar podremos concluir que los contratos que no pueden celebrarse a través de Internet son:

1. Compraventa de bienes inmuebles y creación de derechos sobre ellos.
2. Contratos que supongan la intervención de tribunales, autoridades públicas, notarios o registradores.
3. Contratos de crédito y caución.
4. Contratos que regulan relaciones familiares y sucesiones.

### **3.5. Obligaciones del prestador de servicios previas a la contratación electrónica**

Según indica la doctrina<sup>20</sup>, el prestador de servicios de la sociedad de la información tiene que cumplir dos obligaciones previas de información:

- a) La contenida en el artículo 27.1, sobre los trámites para la contratación, el archivo y accesibilidad del contrato, los medios técnicos para la detección y corrección de errores y las lenguas en que puede formalizarse el contrato;
- b) La contenida en el artículo 27.4, relativa a las condiciones generales de la contratación a que se sujete el contrato.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 27.1 de la LSSI, el prestador de servicios de la sociedad de la información debe informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos:

- a) Los trámites que debe seguir el destinatario para celebrar el contrato;
- b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible por el destinatario;
- c) Los medios técnicos que se ponen a disposición del destinatario para identificar y corregir los posibles errores que pueda cometer en la introducción de los datos;
- d) La lengua o lenguas entre las que el destinatario pueda elegir para la formalización del contrato.

Sin embargo dichas obligaciones de información no son de aplicación si así lo acuerdan ambos contratantes y ninguno de ellos es un consumidor, ni tampoco cuando el contrato se celebre exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

Tal y como prevé expresamente el propio artículo 27.1 de la LSSI, dichas obligaciones de información complementan (no sustituyen) a las demás

---

<sup>20</sup>ROJAS, S. Y BLANCO, F.J. *Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Recuperado de: file:///C:/Users/becca-cliente/Desktop/trib05.pdf

obligaciones y requisitos en materia de información establecidos en otras normas. En particular, siguen siendo de aplicación las obligaciones de información previa a la contratación contenidas en la LOCM, en relación con las ventas a distancia y, en particular, el artículo 40 de la LOCM. Dicho artículo establece la información que el vendedor debe suministrar al consumidor de forma veraz, eficaz y suficiente, y con la antelación necesaria, antes de iniciar el procedimiento de contratación.

La finalidad de la obligación de información contenida en el artículo 27.1 de la LSSI es, al igual que la del artículo 40.1 de la LOCM, claramente tuitiva, aunque existen algunas diferencias en cuanto al propósito de ambas normas.

El artículo 40.1 de la LOCM, al igual que toda la regulación de las ventas a distancia contenida en dicha Ley, persigue proteger a los destinatarios finales que compran productos o contratan servicios a distancia, dado que no pueden comprobar directamente sus características. Por ello, se obliga al vendedor o prestador de servicios a incluir determinada información en sus ofertas contractuales. En cambio, parece que el propósito de la obligación de información del artículo 27.1 de la LSSI es otorgar una mayor protección a los destinatarios de servicios de la sociedad de la información que celebren contratos click-wrap, sobre todo en el caso de los consumidores (respecto de los cuales, como ya hemos visto, no puede excluirse contractualmente lo dispuesto en este artículo). Lo que parece preocupar al legislador, tanto comunitario como nacional, es el escaso conocimiento que pueden tener de Internet los consumidores, lo que puede colocarlos en una situación de indefensión al enfrentarse al procedimiento de contratación, más o menos sencillo, establecido en un sitio web.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la LSSI destaca el afán de la Ley por «proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet». Asimismo la Exposición de Motivos muestra una especial preocupación por los consumidores, al indicar que cuando la contratación se efectúe con éstos «el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de

dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos». En efecto, la forma en que están diseñados determinados sitios web y, en especial, los procedimientos de contratación contenidos en los mismos, pueden llegar a confundir al consumidor sobre los pasos que está realmente dando en el marco de dichos procesos de contratación.

Así, por ejemplo, si la estructura del sitio web y, en especial, del procedimiento de contratación, es deficiente, el consumidor puede tener dudas acerca de la trascendencia jurídico-contractual de hacer click en determinados iconos. En algunos casos, y al menos teóricamente, el consumidor puede incluso dudar de si realmente está comprando un producto o contratando un servicio y, en su caso, en qué condiciones. Del mismo modo, si no se articulan los mecanismos adecuados, el consumidor puede llegar a cometer errores al introducir determinados datos, por ejemplo a la hora de efectuar un pedido on-line.

Por el contrario, el legislador ha entendido que la contratación electrónica no plantea dichos problemas cuando tiene lugar mediante el intercambio de correo electrónico, por ser un procedimiento más sencillo y además similar a otras modalidades de contratación muy extendidas, o cuando no se contrata con un consumidor. Precisamente por esta razón, y como ya hemos visto, la LSSI prevé que estas obligaciones no sean de aplicación en el supuesto de contratos celebrados mediante el intercambio de correos electrónicos (salvo en los casos de fraude de ley) y que puedan excluirse en el caso de contratos celebrados con quienes no tengan la consideración de consumidores.

La LSSI también incluye obligaciones de información en relación con las condiciones generales de la contratación que formen parte del contrato electrónico. En efecto, el artículo 27.4 de la LSSI establece que, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario. Un problema que se plantea es el de determinar cuál es el encaje jurídico de esta norma con las demás normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y, en especial, con la LCGC y el RDCGC, dado que

dichas normas establecen una serie de requisitos informativos previos a la contratación que deben cumplirse para que las condiciones generales se consideren debidamente incorporadas al correspondiente contrato. En concreto, el artículo 2 del RDCGC exige que previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo de tres días naturales, el predisponente facilite al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y le remita, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales. Así, es necesario determinar si el artículo 27.4 de la LSSI deroga lo dispuesto en el artículo 2 del RDCGC. Si bien esta cuestión dista de ser clara, hay un sector doctrinal que defiende que el artículo 27.4 LSSI es una norma de control de incorporación de las condiciones generales y que, por tanto, deroga aquellos aspectos del artículo 2 del RDCGC contrarios a lo previsto en el mismo. En particular, y de acuerdo con dicho sector doctrinal, el artículo 2 del RDCGC quedaría parcialmente derogado: por una parte, ya no sería necesario remitir las condiciones generales (sino meramente ponerlas a disposición del adherente en el sitio web en los términos del artículo 27.4 de la LSSI); y, por otra, tampoco sería necesario respetar el plazo de tres días establecido en dicho artículo 2.

En nuestra opinión dicha interpretación parece razonable, en la medida en que la finalidad perseguida por el artículo 27.4 de la LSSI es asegurar el adecuado acceso, conocimiento y conservación de las condiciones generales de la contratación por el adherente, para que éste pueda aceptarlas con conocimiento de causa, finalidad que coincide con la de la LCGC y el RDCGC. Es más, dicha interpretación vendría de algún modo avalada por la propia DF5ª de la LSSI, que ordena al Gobierno que en el plazo de un año modifique el RDCGC para adaptar su contenido a lo dispuesto en la misma, indicando además que el Gobierno deberá tener especialmente en cuenta la necesidad de «facilitar la utilización real de los contratos electrónicos». Así, al reconocerse la necesidad de adaptar el RDCGC, parece que la propia LSSI está dando por hecho que, en lo que respecta a la celebración de contratos electrónicos con condiciones generales, ambas normas son contradictorias. Sin embargo, y a pesar de que coincidimos con la interpretación doctrinal anterior, la cuestión

podría ser algo más discutible en lo que respecta a la derogación de la obligación de respetar el plazo de tres días de antelación. En este sentido, podría entenderse que el requisito del plazo de tres días del artículo 2 del RDCGC no es contradictorio con el artículo 27.4 de la LSSI (que establece que las condiciones generales de la contratación deben ponerse a disposición del destinatario «con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación»). En este sentido, cabrían dos posibles interpretaciones:

- a) El artículo 27.4 exige que la puesta a disposición tenga lugar con carácter previo, pero sin especificar con cuánta antelación, por lo que en el caso de que el contrato incluya condiciones generales se aplicaría el artículo 2 del RDCGC, que prevé un plazo de tres días; o
- b) Dado que el artículo 27.4 exige que la puesta a disposición tenga lugar con carácter previo y no especifica con cuánta antelación, debería entenderse que, siempre que las condiciones estén disponibles con carácter previo, no sería necesario respetar ningún plazo, lo que vendría a dejar sin efectos para los contratos electrónicos el plazo de tres días del artículo 2 del RDCGC.

### **3.6. Obligaciones del prestador de servicios posteriores a la celebración del contrato**

Según afirman ROJAS Y BLANCO<sup>21</sup>, conforme lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LSSICE, el oferente debe confirmar que ha recibido la aceptación al que la hizo:

- a) Mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico (u otro medio de comunicación electrónica equivalente) a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación; o

---

<sup>21</sup> ROJAS, S. Y BLANCO, F.J. *Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Recuperado de: file:///C:/Users/becca-cliente/Desktop/trib05.pdf

- b) Por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, y siempre que la confirmación pueda ser archivada por un destinatario.

Sin embargo, la confirmación no será necesaria en los mismos supuestos antes descritos (es decir, si ambos contratantes así lo acuerdan y ninguno de ellos es un consumidor, ni tampoco cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente –cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación-). De nuevo el legislador ha entendido que no es tan necesaria la protección que confiere la confirmación de la recepción de la aceptación en dichos supuestos.

La finalidad de esta norma es permitir que el cliente tenga constancia de que, como consecuencia de la recepción de su aceptación por el prestador de servicios, se ha perfeccionado el contrato, y dotar a dicho cliente de un medio de prueba de la contratación efectuada.

También se debe tener en cuenta la LOCM y el RDCGC que contienen normas que establecen que debe suministrarse determinada información con carácter posterior a la contratación electrónica:

- a) Así, cuando el contrato se celebre con un consumidor, y no más tarde del momento de su ejecución, el vendedor o prestador de servicios debe facilitar al consumidor la información del artículo 47.1 de la LOCM.
- b) Por otra parte, cuando el contrato contenga condiciones generales de la contratación, en principio será también de aplicación el artículo 3 del RDCGC. Dicho artículo prevé que, una vez celebrado el contrato, el predisponente debe enviar al adherente una justificación de la contratación efectuada, en la que deben constar todos los términos de la misma. Dicha justificación debe enviarse inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución

del contrato, por escrito (o, a propuesta del adherente, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado) y en el idioma del adherente o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta. En relación con lo anterior, el predisponente debe indicar con carácter previo los distintos tipos de soportes entre los que puede elegir el adherente para recibir la justificación de la contratación efectuada. A su vez, el RDCGC define “soporte duradero” como «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico». Por tanto, uno de los requisitos para que pueda entenderse que un soporte es duradero es que el usuario no tenga que ocuparse por sí mismo del almacenamiento de la justificación de la contratación efectuada. De nuevo aquí es necesario determinar la compatibilidad de la LSSI con la LOCM y el RDCGC. Por una parte, parece que los requisitos de información posterior de la LSSI y la LOCM deben entenderse con carácter cumulativo. No obstante, esta cuestión ya no es tan clara en el caso del artículo 3 del RDCGC. Es cierto que tanto la LSSI como este Real Decreto contienen una obligación similar en muchos aspectos y que su finalidad parece ser también similar: confirmar al destinatario que la contratación se ha efectuado. Por ello, pueden surgir dudas, por ejemplo, en cuanto a que sigan en vigor las siguientes previsiones del artículo 3: (i) El requisito de que la confirmación se configure de forma que el destinatario no tenga que almacenarla por sí mismo, cuando la LSSI establece que basta que dicha confirmación «pueda ser archivada» por el destinatario; (ii) La necesidad de que en la confirmación consten «todos los términos de la misma», extremo no previsto en la LSSI y cuya interpretación dista de ser clara; y (iii) La necesidad de informar de los distintos soportes duraderos de entre los que

puede elegir el adherente para recibir la confirmación con carácter previo a la contratación, extremo no previsto en la LSSI.

A primera vista está claro que ambas normas imponen requisitos distintos. No obstante, debe tenerse en cuenta que su ámbito de aplicación no es plenamente coincidente (como tampoco su finalidad): mientras la LSSI se aplicaría a toda contratación electrónica, contenga o no contenga condiciones generales de la contratación, el RDCGC únicamente será de aplicación a los contratos electrónicos que efectivamente las incluyan.

Por ello parece que, desde esta perspectiva, el RDCGC constituiría una norma especial.

Sobre dicha base, parece que, en tanto no se modifique el RDCGC, habría que concluir que cuando un contrato electrónico incorpore condiciones generales de la contratación la confirmación de la aceptación deberá configurarse de modo que se cumplan tanto los requisitos del RDCGC como los de las LSSICE.

Pero ésta no es una cuestión pacífica: existe un sector doctrinal que defiende que tras la entrada en vigor de la LSSI debe entenderse derogado el requisito de que el destinatario no tenga que archivar la confirmación por sí mismo y que bastará con que el prestador ponga dicha confirmación a su disposición y aquél pueda archivarla. De nuevo, parece que habrá que esperar a la adaptación del RDCGC para ver cómo se resuelve esta cuestión.

En todo caso, la aplicación conjunta de la LSSI, la LOCM y el RDCGC sin duda va a dar lugar a situaciones en las que no habrá obligación de confirmar la aceptación conforme a la LSSI, pero aun así dicha confirmación deberá producirse por exigirlo la LOCM o el RDCGC. Una vez más se echa de menos la armonización de la normativa de comercio electrónico.

Finalmente hay que destacar que la regulación del artículo 28 de la LSSI de las obligaciones posteriores a la contratación queda completada con las siguientes cuestiones:

a) Por un lado, se regula el supuesto en que la oferta contractual proceda del destinatario y deba ser aceptada por el prestador (o por otro destinatario en el caso de que, por ejemplo, el prestador se limite a poner los medios técnicos para que los usuarios de su sitio web contraten entre ellos); para tales supuestos, la LSSI prevé que el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado; y

b) Además, el artículo 28.2 de la LSSI establece que pueden entenderse recibidas la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello; en particular, en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, la LSSI prevé que se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

### **3.7. Validez y eficacia del contrato**

El artículo 23 de la LSSICEreferido a la *Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica* dispone que:

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica.

Según nos afirma CAMACHO CLAVIJO<sup>22</sup>, el primer párrafo no modifica un principio de contratación electrónica cual es la no afectación a las normas de obligaciones y contratos; así lo establece claramente ILLESCAS ORTIZ<sup>23</sup>, que señala que este principio parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica; la reglamentación, por tanto, de las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas, ejecutadas y consumadas por vía electrónica no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados.

Los contratos existen desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, de acuerdo con el art. 1254 del C.C.

---

<sup>22</sup> CAMACHO CLAVIJO, S. (2005), *Partes Intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, p.150.

<sup>23</sup> ILLESCAS ORTÍZ, R. (2011), *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, p.78.

Los requisitos necesarios para la validez del contrato son el consentimiento, objeto y causa, por aplicación del art. 1261 del CC. Examinemos a continuación estos tres requisitos:

- Consentimiento: en el art. 23.1 primer párrafo de la LSSICE se alude expresamente al consentimiento como requisito necesario para la validez del contrato en el mundo físico y en el mundo virtual.

Los arts. 1262 y ss del C.C. regulan a su vez los requisitos para que el consentimiento sea válido. Estableciendo que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1262 C.C).

En cuanto al momento, la teoría del conocimiento es la aplicable con algunas precisiones, debido a que se indica que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. En cuanto al lugar de celebración, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta; ésta norma se sitúa en el plano del oferente, estableciendo como lugar en el que se hizo la oferta de acuerdo con la regulación de la teoría del conocimiento para el momento de perfección del contrato.

- Objeto: el art. 1261.2 C.C. establece que en el contrato debe haber un objeto cierto.

En cuanto a las cosas que pueden ser objeto del contrato, el art. 1271 C.C es claro al señalar que podrán ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. De igual forma podrán ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

El objeto ha de reunir determinados requisitos:

- En primer lugar, ha de ser un objeto posible, de acuerdo con el art. 1272 C.C.
- No se prohíbe que el objeto del contrato se refiera a cosas o servicios futuros. Por lo tanto, puede referirse a bienes o cosas que existen en el momento del contrato o a aquellos que no existen en la celebración pero existirán posteriormente.

- En tercer lugar, el objeto ha de ser lícito: el C.C, en su art. 1271, distingue los requisitos de licitud cuando se trate de bienes o servicios respectivamente.
- En cuarto lugar, el objeto ha de ser determinado o determinable.
- Causa: La causa ha de ser lícita y moral. El art. 1275 C.C establece que los contratos sin causa o con causas ilícitas no producen efecto alguno. El ilícita la causa cuando se pone a las leyes o a la moral.

El texto del art. 23.2 de la LSSICE es sorprendente, al establecer que no será necesario un previo acuerdo para la utilización de medios electrónicos. Innova, ya que venía exigiéndose doctrinalmente ese previo acuerdo. La Directiva de comercio electrónico no contempla esta regulación, es creación del legislador español.

Se trata de pactar el medio a través del cual va a realizarse la contratación. Es una especificación que entendemos que debería requerir el acuerdo de las partes. En esta línea se pronuncia el texto del art. 39.2 LOCM que establece que la utilización por parte del vendedor (en las ventas a distancia) de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o del telefax, necesitará el consentimiento previo del consumidor. La modificación de la LOCM es posterior a la LSSICE y especial para las ventas a distancia, por lo que estimamos que habrá de prevalecer sobre la LSSICE en dicho campo.

El artículo 23.3 establece la equiparación entre las exigencias de forma en el mundo físico y en el mundo virtual, ya que estipula que cuando se exija la forma escrita se equipará a la realizada en soporte electrónico.

Y por último, RAMOS HERNANZ<sup>24</sup> destaca que el artículo 23.4 excluye de la equivalencia funcional entre el documento en soporte papel y el documento electrónico para los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y para los contratos que exigen solemnidades al igual que la intervención de órganos jurisdiccionales o autoridades públicas. La exclusión de los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones tiene su razón de ser en la inadecuación del

---

<sup>24</sup> RAMOS HERNANZ, I. *Validez y eficacia de los contratos realizados por vía electrónica (comentario al art. 23 LSSICE)* Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/185690/fromCheckout>

comercio electrónico para este tipo de contratos; no tendría mucho sentido por ejemplo prestar el consentimiento por vía electrónica en el contrato de matrimonio. Los contratos en los que intervienen notario, registradores de la propiedad y mercantiles de momento no pueden realizarse por vía electrónica. No se admiten aún las escrituras notariales electrónicas ni la inscripción electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

### **3.8. Prueba y lugar de celebración del contrato**

El artículo 24 de la LSSCIE nos dice que: “1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico.

Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

Cuando hablamos de contratos celebrados por vía electrónica nos basaremos en el artículo 3 de la Ley 59/2003, donde se dispone que “1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

5. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable”.

Por otra parte cuando hablamos del lugar de la celebración del contrato nos basaremos en el artículo 29 de la LSSICE, donde nos dice que “Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”.

Tal y como sostiene ARIAS POU<sup>25</sup> el lugar de celebración del contrato resulta importante para determinar la competencia del juez que ha de conocer de los eventuales litigios y de la aplicación de una u otra legislación, en conflictos de Derecho interregional o internacional.

El artículo 29 de la LSSICE establece una regla especial para determinar el lugar en el que se entienden celebrados los contratos electrónicos.

La regla establecida por la LSSICE para determinar el lugar en el que se entenderán celebrados los contratos distingue según intervenga o no un consumidor como una de las partes contratantes. En este sentido establece:

---

<sup>25</sup> ARIAS POU, M. *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley, p.85.

- En los contratos celebrados vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, y
- En el caso de los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Es decir, que para otorgar una mayor protección al consumidor, se entiende celebrado el contrato en el lugar de su residencia habitual, cuestión esta que sin duda en una contratación como la electrónica en la que la incertidumbre y la sensación de inseguridad predominan en el consumidor, le ayuda a confiar en la contratación por medios electrónicos.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Entre las finalidades de la Ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico se encuentran la comunicación comercial y también la oferta promocional de bienes y servicios. Respecto a las comunicaciones comerciales, se regirán por dicha ley, su normativa propia y por la vigente en materia comercial y de publicidad. También la ley 34/1988 establece que la publicidad se rige por esta ley, además de las anteriores.

Dentro del régimen jurídico también encontramos que la protección de datos se considera un derecho fundamental que solo tienen las personas físicas. Este derecho consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que tiene cada persona para decidir cuales proporcionan a terceros y cuáles no.

Con esto lo que se pretende es proteger a las personas del manejo no autorizado de sus datos, sobre todo en materia de recepción de publicidad y contratación electrónica.

Los requisitos y las condiciones legales los podemos encontrar en el artículo 20 de la LSSICE, donde se exige el requisito de identificabilidad, que manifiesta que las comunicaciones comerciales que se realicen por vía electrónica deberán ser claramente identificables. Así mismo, destacar también que en los supuestos de que los oferentes promocionales se incluyan regalos, descuentos u otros beneficios, se deberán asegurar los requisitos citados anteriormente.

Por otra parte, las prohibiciones son otro punto a destacar. Reguladas en el artículo 20.4, se establece que queda prohibido enviar comunicaciones comerciales en las que se omita o disimule la identidad del remitente. Esto procede de la regulación de la Directiva 58/2002.

En cuanto al envío de publicidad no solicitada o también llamada SPAM, es decir, el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o autorizadas por los destinatarios, la encontramos regulada por la ley 34/2002 y por la Directiva 2000/31/CE, donde se establecen una serie de

exigencias a los empresarios. Destacamos el artículo 21.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información donde prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias que no hubieran sido solicitadas. Pero como excepción destacaríamos que el artículo 21.2, prevé que no será de aplicación lo anterior cuando no exista una relación contractual previa.

En todo caso cabe confirmar, que el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

Asimismo, la revocación del consentimiento a recibir publicidad se podrá efectuar en cualquier momento. En la actualidad se puede acudir al denominado servicio de la Lista Robinson, donde quienes lo deseen se pueden registrar para no recibir publicidad de entidades con las que no se ha tenido ningún tipo de relación. No obstante, en caso de recibirla, los afectados podrán presentar una denuncia ante la AEPD.

En otro orden de las cosas, respecto al régimen jurídico de la contratación y su ámbito de aplicación, podemos decir que esta materia se integra en la teoría general de obligaciones y contratos. En todo caso, algunas cuestiones del Derecho de la contratación electrónica supone, la renuncia implícita al Derecho Tradicional. Por otra parte una de las cosas más importantes que destacamos es la tipología de los contratos, que clasificamos según cuatro criterios principales: su forma de ejecución, la emisión de declaraciones, los sujetos y según el objeto del contrato. Los contratos, se celebran entre las partes contratantes, distinguiendo entre la empresa que ofrece bienes y servicios, y el consumidor y usuario. En todo caso, los menores de edad no pueden contratar por no poder prestar válidamente su consentimiento. Pero por otro lado, la doctrina señala claramente que el menor de edad no es absolutamente incapaz, sino que va adquiriendo con el paso de los años la capacidad de obrar. La capacidad es otro elemento del contrato, que se encuentra regulado en nuestro derecho positivo de un modo negativo, señalando aquellas personas que no pueden contratar.

Respecto a la prestación del consentimiento, resaltamos que es primordial para el contrato, y supone al menos dos declaraciones de voluntad, que son la del oferente y la del aceptante.

Por otra parte destacar que el prestador tiene unas obligaciones posteriores a la celebración del contrato, según dispone el artículo 28.1 de la LSSICE. Así el oferente debe confirmar que ha recibido la aceptación mediante un acuse de recibo por correo electrónico o por un medio equivalente. Pero la confirmación en algunos casos no será necesaria. La finalidad es permitir que el cliente tenga constancia de la recepción de su aceptación por el prestador de servicios.

Cuando hablamos de la validez y eficacia del contrato, debemos atender a lo que nos dice el artículo 23 de la LSSICE. Los requisitos para la validez del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. También cabe destacar que el artículo 23.4 excluye la equivalencia funcional entre el documento en soporte papel y el documento electrónico para los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y para los contratos que exigen solemnidades al igual que la intervención de órganos jurisdiccionales o autoridades públicas. En tales supuestos no será posible la contratación por vía electrónica.

Finalmente, la prueba y el lugar de celebración del contrato constituye otro elemento fundamental. Lo podemos encontrar en el artículo 24 de la LSSICE, según el cual la prueba de celebración del contrato y las obligaciones que tienen en él su origen, se sujetará, a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Para la firma electrónica de los contratos resultará aplicable el artículo 3 de la Ley 59/2003, en la última fase de la celebración del contrato.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ HERNANDO, J. (2011), *Guía práctica sobre la protección de datos*, Madrid: Lex Nova.

ÁLVAREZ HERNANDO, J. (2015) "Publicidad, comunicaciones comerciales y protección de datos." *Grandes Tratados. Practicum Protección de Datos*, Pamplona: BIB 2014\3509 Editorial Aranzadi.

ARIAS POU, M. (2006) *Manual práctico de comercio electrónico*, La Ley.

BUSTO LAGO, JM. (2010) "Regímenes especiales de publicidad para algunos bienes y servicios." *Grandes Tratados. Reclamaciones de consumo*. Editorial Aranzadi.

CAMACHO CLAVIJO, S. (2005), *Partes Intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid: Reus.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (1997), *Manual de Derecho Informático*, Pamplona: Aranzadi.

GONZÁLEZ GONZALO, A. (2004), *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Madrid: Comares.

GUILLÉN CATALÁN, R. (2010) "La protección de los destinatarios Del spam a través de la telefonía móvil: Una visión práctica." *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* num.23.

ILLESCAS ORTÍZ, R. (2011), *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid: Civitas.

RAMOS HERRANZ, I.(2003) "Validez y eficacia de los contratos realizados por vía electrónica (comentario al art. 23 LSSICE)" *Revista de la contratación Electrónica*, número 39, pp.3-24.

Recuperado de: <https://app.vlex.com/#vid/185690/fromCheckout>

REBOSA ÁLVAREZ, L.F. (2006)“El Contrato en el Contexto del Comercio Electrónico”, *Razón y palabra*, núm. 49, p.63.

Recuperado de:

<http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n49/bienal/Mesa%205/LuisFranciscoRebosa.pdf>

ROJAS, S. Y BLANCO, F.J. (2004)“Obligaciones de información previas y posteriores a la contratación en la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, num.3, p.65-78.

Recuperado de: <file:///C:/Users/beca-cliente/Desktop/trib05.pdf>

VILAJOANA ALEJANDRE, S. (2011), Las leyes de la publicidad, *Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona: UOC.

VILASAU SOLANA, M. (2008),” ¿Cómo llegar al consumidor? entre la protección de datos y la Legislación sobre la Sociedad de la Información”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*,núm. 18, pp.83-101.

[http://www.camaramadrid.es/asp/pub/docs/contratacion\\_electronica.pdf](http://www.camaramadrid.es/asp/pub/docs/contratacion_electronica.pdf)

<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/ITIG/2008-itig-t5.pdf>

[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia\\_Cookies.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf)

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEACtJTCq2NVBLTC4pTcxyU-2NQSxM8tSQxKTgOKZKSm2rhEGIGBoZGhsrFaWWIScmZ9nG5aZnppXkgriZ6ZVAjWGVBAk2qYI5hSnAgB93dX0UwAAAA==WKE>

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/capacidad-laboral/capacidad-laboral.htm>