

PECULIARIDADES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
CHARACTERISTICS OF ELECTRONIC CONTRACTING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1314-1333



Carmen R.
IGLESIAS
MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Los diversos cambios que se han ido produciendo en el mundo y, la sensación de inseguridad percibida por la sociedad hace necesario sentar unas bases claras de lo que supone la contratación electrónica y su trascendencia de cara al futuro.

PALABRAS CLAVE: Contratación electrónica, comercio electrónico, medios de comunicación, servicios de la sociedad de la información, mercado único digital.

ABSTRACT: *The various changes that have been taking place in the world and, the feeling of insecurity perceived by society, makes it necessary to lay a clear foundation for what electronic contracting means and its importance for the future.*

KEY WORDS: *Electronic contracting, e-commerce, media, information society services, digital single market.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.- III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 1. La influencia de los medios de comunicación. 2. Los aspectos técnicos.- IV. EN CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Por comercio electrónico entendemos tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado. También el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sin fin de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos. Pero para no perdernos en ambigüedades entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación mercantil y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica, de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando.

Por otro lado, 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.

Como establece la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE: "Para seguir manteniendo la competitividad en los mercados internacionales, la Unión debe mejorar el funcionamiento del mercado interior y dar una respuesta satisfactoria a los múltiples desafíos planteados en la actualidad por una economía cada vez más basada en la tecnología. La Estrategia para un Mercado Único Digital establece un amplio marco que facilita la integración de la dimensión digital en el mercado interior. El primer pilar de la Estrategia del Mercado Único Digital trata la fragmentación del comercio en el interior de la Unión abordando los principales obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico transfronterizo, que constituye la parte más importante de las ventas transfronterizas de bienes de las empresas a los consumidores".

• **Carmen R. Iglesias Martín**
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Pues bien, vamos a hablar de las peculiaridades de la contratación electrónica; no está de más tenerlas en cuenta ante el espectacular crecimiento del comercio electrónico con idea de lograr realmente un Mercado Único Digital.¹

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Cada día son más los negocios que se realizan utilizando los medios electrónicos, plenamente aceptados de hecho y de derecho en nuestra sociedad². Pero en este tipo de contratación, en muchas ocasiones, surgen dificultades, tanto de orden jurídico como de orden técnico.

Las primeras dificultades jurídicas fueron consecuencia inmediata del dominio del papel escrito, con una fuerza jurídica especial que residía en la característica manuscrita de la firma que los ordenamientos jurídicos consideraban necesaria para satisfacer las condiciones de validez o de negociabilidad de un documento y, en muchas ocasiones, incluso, para satisfacer cuestiones contables o de índole fiscal, sin entrar en otras, mucho más formalistas todavía, como pueden ser las que tratan de las características que debe cumplir un documento escrito respecto a su valor probatorio. Ya el TS, en una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección segunda de 3 de noviembre de 1997³ dijo: “Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso la jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja la realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de

1 El art. 26, apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento y que este implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios esté garantizada. Además, el art. 169, apartado 1 y 2 letra a) del mismo TFUE dice que la Unión contribuirá a alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, mediante las medidas que adopte en virtud del art. 114 TFUE en el marco de la realización del mercado interior.

Se tiene que lograr un equilibrio adecuado entre alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores y promover la competitividad de las empresas, y garantizar al mismo tiempo el respeto al principio de subsidiariedad. Para ello, es preciso armonizar los aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas.

2 La Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, nos recuerda que el comercio electrónico es un motor fundamental de crecimiento del mercado interior, y al no estar aprovechado en su totalidad, se necesita por parte de la UE fortalecer la competitividad e impulsar su crecimiento. Por eso, habrá que estimular a los agentes económicos para que desarrollen todo el potencial ofrecido por el mercado interior. Y esto solo puede hacerse si todos los participantes disfrutan de un acceso fácil a la compraventa transfronteriza de bienes, incluido el comercio electrónico. La evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos y servicios digitales o están interconectado con ellos.

3 (RJ 1997/8251)

los documentos mercantiles”. Hoy por hoy podemos afirmar que todos estos problemas se han visto superados con la firma electrónica, en concreto con la firma electrónica avanzada y reconocida. Con ella se permite no solo identificar al firmante, sino garantizar la integridad del documento firmado electrónicamente (sin posibilidad de manipulación), la confidencialidad del contenido del documento y la imposibilidad de negarla por parte de los firmantes⁴.

Pero también dificultades jurídicas, porque con el empleo de la transferencia electrónica de datos, al utilizar las comunicaciones en la formación de los contratos, con la posibilidad de que las partes contratantes se encuentren distantes, surge el problema del derecho aplicable en la relación contractual nueva (en la que está naciendo)⁵ y, en el caso de existir diferencias en la interpretación, existe la duda sobre cuál será el órgano jurisdiccional competente para conocer de las referidas diferencias nacidas de esta nueva relación⁶. Al ser los consumidores la parte más

- 4 La firma electrónica, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida, se regulaban en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, hoy derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que complementa el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativa a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999, y de aplicación en España desde 1 de julio de 2016. Hay que señalar que el art. 25 de este Reglamento (UE) 910/2014, dice que no se denegarán los efectos jurídicos, ni su admisibilidad como prueba en los procedimientos judiciales, a las firmas electrónicas por el mero hecho de ser firmas electrónicas, o por no cumplir los requisitos de una firma electrónica cualificada. Aunque la firma electrónica cualificada tendrá un efecto equivalente a la manuscrita, reconocida en todos los Estados miembros. Los requisitos de las firmas electrónicas avanzadas (art. 26 Reglamento UE 910/2014) son: 1. Estar vinculada al firmante de manera única; 2. Permitir la identificación del firmante; 3. Haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo, y 4. Estar vinculada con los datos firmados de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable.
- 5 Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos, establece el art. 26 de la LSSI (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) que se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley (sobre los prestadores de servicios establecidos en España y en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo).
- 6 La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga nº 142/2006 1 septiembre (AC2006/1888) deja claro que: “La Ley de 19 de julio de 1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios proclama que toda cláusula o estipulación general contenida en un contrato concertado con cualquiera de éstos debe cumplir los requisitos de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones», lo que entre otras cosas excluye «las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios». Asimismo, la Directiva 93/137 CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –cuya transposición al Derecho interno cristalizó en la Ley 7/98, de 13 de abril –, sanciona el carácter abusivo de aquellas «cláusulas no negociadas individualmente que, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», ejemplificando el legislador comunitario ese desequilibrio –entre otras– en las cláusulas tendentes a «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...». En la actualidad, por mor de la citada transposición, sobre condiciones generales de la contratación, debe reputarse sin duda alguna abusiva en Derecho de consumo español toda cláusula que contenga «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble» (Disp. Adicional 1ª, IV, apartado 27, LGDCU). Esa norma legal prácticamente había sido ya adelantada por el Tribunal Supremo, el cual de un modo rotundo a partir de la sentencia de 12 de julio de

vulnerable de la relación, el objetivo será siempre otorgarles un alto nivel de protección⁷. Así pues, con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011⁸, sobre los derechos de los consumidores, se pretende una armonización plena de todos los aspectos reglamentarios fundamentales, sobre todo en los contratos a distancia, para reforzar la seguridad jurídica para los consumidores, pero también para los comerciantes, obligando a proporcionar una previa información clara y precisa con respecto a todos los extremos en este tipo de contratación⁹; información que en muchas ocasiones puede ser a través de un enlace web¹⁰.

1996 había establecido la doctrina (reiterada por las sentencias de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1996 , 1 de febrero , 12 de mayo , 5 de julio y 28 de noviembre de 1997 y de 20 de febrero de 1998) a cuyo tenor las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas.

- 7 MARTÍNEZ RODRIGUEZ, N.: “Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018, p.1-2: “El consumidor es, cada vez más, un consumidor digital que adquiere productos y servicios en línea. Su tutela requiere un marco normativo que le ofrezca confianza y seguridad jurídica en las transacciones comerciales y ello pasa por tener a su disposición mecanismos adecuados de reclamación que le permitan el ejercicio efectivo de sus derechos”. Más adelante, en la p. 8 afirma: “El recurso a mecanismos extrajudiciales de resolución es especialmente efectivo para atender reclamaciones de consumo en general y, sin duda, la mejor opción cuando se trata de consumo online y transacciones transfronterizas. En este tipo de operaciones los citados mecanismos se presentan como el medio más adecuado para asegurar a los consumidores el acceso a la justicia. Les permite superar la desmotivación que les produce la vía judicial y evita que se limiten a padecer pasivamente la conculcación de los derechos que les corresponden como consumidores”.
- 8 La Directiva 2011/83/UE modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo
- 9 La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, nº 379/2019 19 noviembre (JUR 2021/96286), recuerda que “es cuestión nuclear la interpretación que se dé al art. 63.3 RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes, que establece que, en los contratos con consumidores y usuarios, éstos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación. El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna.
La interpretación de este precepto es preciso realizarla acorde al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3 CC).
- 10 La STJUE, Sala tercera, de 23 de enero de 2019, TJCE/2019/9, establece que, respecto a los contratos a distancia, cuando hay restricciones técnicas o límites sobre el número de caracteres, se acepta el enlace web o el número de teléfono para acceder a la información disponible.

Respecto a la utilización del comercio electrónico, desde el punto de vista del que realiza la oferta en la contratación, podemos decir que una empresa está realizando una actividad de comercio electrónico cuando contempla la utilización de estos medios (electrónicos en general, de Internet en particular) como un canal de comercialización de su oferta, de productos o servicios, habiendo adaptado esta oferta, incluidas las políticas comerciales y el precio, a las características peculiares de la utilización electrónica y de la red¹¹.

Ello exige una adaptación del comportamiento y forma de trabajo del comerciante a las características del escaparate que es la red y, además adaptar también su actividad, cuando ello sea posible, a otros distintos canales de distribución.

En todo comercio electrónico debe existir un canal de distribución electrónico que, en algunos casos, deberá ser completado con un canal de distribución tradicional, que permita llegar los bienes y productos que se han contratado, desde el productor, o desde el distribuidor, hasta el usuario. El canal de distribución que es Internet, se configura como un canal de distribución de datos e información, en los que se puede incluir un compromiso que deberá reunir determinadas características. El desarrollo de este tipo de contratación ha ido creciendo de forma exponencial, en todos los tipos y formas de comercio, incluso aquellos que, en un principio, se pudiera pensar que no se prestaban bien a ser ofertados, desarrollados y completados a través de la red¹².

Es imposible tratar este tema sin tener en cuenta que los problemas surgen al incidir las comunicaciones en la relación contractual que analizamos.

III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

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 el análisis de la contratación.

Siempre tendremos que estar y pasar por el principio de la autonomía de la voluntad contractual, por la teoría general de las obligaciones y de los contratos.

11 DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: Manual de derecho informático, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

12 GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en AA.VV.: Comercio electrónico en Internet (coords. A. Tato Plaza, A. Fernández Albor Batar), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 21-41.

Intentaremos adecuar la realidad social y económica, que sitúa a la informática en un papel protagonista en las relaciones comerciales y en el acuerdo de voluntades contractual, al Derecho vigente¹³.

Entre los motivos por los que es importante conocer el momento de perfección de los contratos electrónicos, destacan cuatro: Primero, por la necesidad de saber hasta qué momento pueden ser retiradas y revocadas la oferta y la aceptación. Segundo, para determinar la capacidad de los contratantes. Tercero, para conocer la norma aplicable en supuestos de modificaciones legislativas¹⁴. Y cuarto, para conocer las obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios, sean o no prestadores de servicios de intermediación y realicen o no contratación electrónica. Los artículos 10 y siguientes de la LSSI establecen, entre otras, la obligación del prestador de servicios de la sociedad de la información de disponer de los medios que permitan acceder por medios electrónicos a información sobre nombre y denominación social, residencia, correo electrónico (o cualquier otro dato que permita una comunicación directa con él), datos sobre su inscripción en el Registro Mercantil, datos del Colegio profesional al que pertenezca, número de identificación fiscal, códigos de conducta, precios y características del producto o servicio que ofrezca, así como el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, las obligaciones de información sobre seguridad y las relativas a la portabilidad de datos no personales¹⁵.

13 En el Auto nº 79/2018 19 julio de la AP de Granada (JUR 2018/311456) sobre un proceso monitorio de admisión y requerimiento de pago de una deuda que tiene su origen en un contrato de préstamo al consumo mediante la modalidad de contratación electrónica, establece que "...la documentación acompañada incorpora el contrato de préstamo del que dimana la deuda, que se contrataron electrónicamente. La contratación verificada vía electrónica determina su sujeción a la Ley 34/2022 de 11 de julio reguladora de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, y también a la Ley 22/2007 de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la cual establece la plena eficacia jurídica de los contratos celebrados por vía electrónica, entendiéndose por tales aquellos en que la oferta y la aceptación se transmiten por equipos electrónicos aptos para el tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red..."

14 ARIAS POU, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", La Ley 2199/2006, la leydigital, p.6.

15 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El régimen de obligaciones comunes y responsabilidad fue modificado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en donde quedó sin contenido la obligación de constancia registral del nombre de dominio y el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, y dando una nueva redacción a los artículos 10, 11, 12 bis, 12 ter y 17.

Artículo 10. Información general.

1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:

a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.

b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.

c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar:

1.º Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.

2.º El título académico oficial o profesional con el que cuente.

3.º El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.

4.º Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.

e) El número de identificación fiscal que le corresponda.

f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.

g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

2. La obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en el apartado 1.

3. Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario.

A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:

a) Las características del servicio que se va a proporcionar.

b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.

c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y

d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

Artículo 11. Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.

1. Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

4. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

Artículo 12 bis. Obligaciones de información sobre seguridad.

1. Los proveedores de servicios de intermediación establecidos en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley que realicen actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a

Igualmente, es importante el común régimen de responsabilidad de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información, que establecen los artículos 13 al 17 de la LSSI¹⁶, distinguiendo entre los operadores de redes, los que

Internet, estarán obligados a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados.

2. Los proveedores de servicios de acceso a Internet y los prestadores de servicios de correo electrónico o de servicios similares deberán informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de los mencionados servicios.

3. Igualmente, los proveedores de servicios referidos en el apartado 1 informarán sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia.

4. Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial.

5. Las obligaciones de información referidas en los apartados anteriores se darán por cumplidas si el correspondiente proveedor incluye la información exigida en su página o sitio principal de Internet en la forma establecida en los mencionados apartados.

Artículo 12 ter. Obligaciones relativas a la portabilidad de datos no personales. Los proveedores de servicios de intermediación que alojen o almacenen datos de usuarios a los que presten servicios de redes sociales o servicios de la sociedad de la información equivalentes deberán remitir a dichos usuarios, a su solicitud, los contenidos que les hubieran facilitado, sin impedir su transmisión posterior a otro proveedor. La remisión deberá efectuarse en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica.

Asimismo, deberán transmitir dichos contenidos directamente a otro proveedor designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible, según prevé el artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Para el cumplimiento de estas obligaciones será aplicable lo dispuesto en el artículo 12.5 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

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

c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

16 Artículo 13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.

Artículo 14. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

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

realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, los que realizan el alojamiento o almacenamiento de datos y los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda¹⁷.

En la formación de este consentimiento resulta también esencial conocer todos los extremos de la contratación, lo que nos lleva a considerar las principales obligaciones que derivan de la contratación electrónica. La primera está recogida

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

Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

- a) No modifican la información.
- b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.
- c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

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

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo

a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo

a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

17 ORTEGA DIAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

en el art. 27 de la LSSI¹⁸ y hace referencia a la obligación referente a la información que debe proporcionarse con carácter previo al procedimiento de contratación electrónica y sobre la que se establecen los aspectos referentes al contenido de la información, a los supuestos en los que debe proporcionarse, a la forma y el momento en el que debe informarse al usuario, a los requisitos de las ofertas o propuestas promocionales y a las reglas por las que se rigen los contratos electrónicos sujetos a condiciones generales de la contratación.

La segunda obligación específica que tienen los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando realizan contratación electrónica, es la del deber de información posterior a la contratación. Regulado en el art. 28 de la LSSI, este deber consiste en que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo¹⁹.

18 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Artículo 27. Obligaciones previas a la contratación.

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:

a) Los distintos trámites que deben seguirse 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.
c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.

Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá 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.

La rúbrica y los apartados 1 y 2 fueron modificados por el art. 4.11 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

19 Artículo 28. Información posterior a la celebración del contrato.

1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o
b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

I. La influencia de los medios de comunicación

Es necesario estudiar la influencia de los medios de comunicación en la formación de un contrato²⁰.

Podemos decir que influyen desde tres ópticas²¹:

En primer lugar, desde el punto de vista de la inmediatez. El Código Civil²² indica (art. 1261) que no hay contrato sin el consentimiento de los contratantes. Como señala Albaladejo: "Las declaraciones de voluntad de las partes tienen que concordar, porque si no, no hay acuerdo"²³.

Si el perfeccionamiento del contrato se realiza con el acuerdo de voluntades, no hay ningún problema cuando los contratantes están presentes y se transmiten verbalmente la oferta y la aceptación. Conocida por ambos la oferta y la aceptación en su caso, el acuerdo de voluntades se ha realizado y el contrato se ha perfeccionado.

Pero en el ámbito de la contratación electrónica introduciremos algunos matices, centrándonos en el tema de la aceptación²⁴.

Para el análisis de la aceptación en la contratación electrónica, hay que acudir a la redacción dada a los arts. 1262 Cc y 54 CCom²⁵ por la LSSI, que unificó los diferentes criterios que antes existían sobre el momento de perfeccionamiento del contrato, centrados en la recepción de la aceptación por el oferente. Con la nueva redacción de los dos artículos, en el caso de los contratos celebrados

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

20 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, 9ª ed.

21 DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de derecho informático*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2008.

22 A partir de ahora Cc.

23 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Revista de Derecho privado*, Madrid, 2000 y Compendio de Derecho civil IV, Edisofer, Madrid, 2011

24 ARIAS POU, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", *La Ley* 2199/2006, la leydigital, p.4. Con respecto a la oferta, nos recuerda la autora que "la LSSI establece que la peculiaridad derivada de realizar estas propuestas de contratación por vía electrónica está en que su validez se entiende durante el periodo que fije el oferente o, cuando no haya hecho referencia a éste, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio. Es decir, como regla especial, no obliga a especificar necesariamente el plazo de duración de la oferta o propuesta, sino que, en caso de no determinarse, se entiende válida la oferta en los términos que se establezcan mientras esté accesible".

25 Código de Comercio.

mediante dispositivos automáticos, se entiende que existe el consentimiento desde el momento en que se manifiesta la aceptación, independientemente de que el oferente haya o no recibido dicha aceptación²⁶. Con los dispositivos electrónicos se han eliminado los inconvenientes del tiempo y el espacio en los contratos a distancia, con lo cual, la aceptación del contrato puede ser recibida en el mismo momento en que se manifiesta. En este tipo de contratación podemos afirmar que existe inmediatez²⁷.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la calidad del diálogo. No son pocos los autores que ponen en duda que, en los medios de comunicación telemáticos, exista de verdad un diálogo²⁸. Solamente podemos hablar de diálogo si se trata del realizado por medio de una conversación telefónica, o por medio de una videoconferencia, en los que interviene como decisiva la voluntad de la persona para adaptar dinámicamente ese diálogo.

Hay que tener en cuenta que esa propiedad de dinamizar puede influir en la formación de la voluntad y en el acuerdo de voluntades emitido. Un gesto, un sonido, o una alteración significativa en la forma de hablar puede modificar la

26 La Disposición adicional cuarta es la que introduce dicha modificación.

Uno. Se modifica el artículo 1.262 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente manera:

«El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

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

Dos. Se modifica el artículo 54 del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera:

«Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

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

27 DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, vol. II, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2018, p. 69 y ss; se establece que: "La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, que incluye una propuesta de contratación. Para que la oferta sea válida debe cumplir el requisito de contener todos los elementos necesarios para la existencia del futuro contrato, esto es, cuando el prestador de servicios realiza una oferta y ésta es aceptada, se perfecciona el contrato y el prestador queda vinculado con el usuario en los términos especificados en la oferta".

28 Muchos autores nos llaman la atención sobre la autonomía y capacidad de tomar decisiones que pueden llegar a tener los sistemas de inteligencia artificial. Así, en ITURMENDI MORALES, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", La Ley 14075/2020, *laleydigital*: "La robótica desarrolla tecnologías que permiten que las máquinas estén programadas y controladas automáticamente para realizar multiplicidad de funciones en el mundo físico, las cuales son realizadas por el ser humano mediante la IA o tecnologías conexas, que posibilitan que los programas informáticos controlen, con un grado de autonomía parcial o total, un proceso físico o virtual, siendo capaces de detectar los datos biométricos, genéticos o de otro tipo; y las tecnologías que copian o utilizan de otro modo características humanas". En el mismo sentido, BARRIO ANDRÉS, M.: "Los principios generales del Derecho de los Robots", *Derecho Digital e Innovación*, Wolters Kluwer, 2019: "Ahora bien, estos preceptos no resuelven del todo los problemas que se plantean cuando los robots infringen ciertas libertades humanas... En consecuencia, es importante establecer un verdadero principio robótico de protección de la libertad humana para evitar que un robot pueda imponer o restringir un determinado comportamiento a una persona... Por lo tanto, este principio general exige que el robot debe respetar la autonomía de toma de decisiones del hombre... Esto supone que un ser humano siempre debería ser capaz de obligar a un robot a obedecer sus órdenes, especialmente en los casos de robots asistenciales o incluso en los vehículos autónomos".

voluntad del interlocutor. Desde una perspectiva tradicional, es complicado aceptar que el intercambio de información o de datos entre dos máquinas electrónicas, exista o no proceso de los mismos por medio, pueda ser aceptado como diálogo, en el sentido de intercambio dinámico de datos o información entre dos personas, en el que, para la formación de la voluntad, puede incidir el uso de la palabra.

Como establece la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017²⁹, en el punto tercero de los principios generales sobre el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil: "...el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humana y no a sustituirlas; considera fundamental garantizar que, en el desarrollo de la robótica y los sistemas de inteligencia artificial, los seres humanos tengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes...".

El tercer punto de vista es el de la seguridad: La seguridad es un tema que adquiere gran trascendencia, como garantía jurídica, en la formación de los contratos. Pero esta seguridad también debe ser analizada desde varias ópticas, ya que, en la transmisión por medios electrónicos, se necesita concretar la persona o identidad del emisor y del receptor y el contenido de la información o datos que se transmiten.

Con respecto a la comprobación de la identidad: Al contratar por medios electrónicos puede producirse un error respecto a la identidad de la persona con la que se está contratando. En el caso de una contratación entre presentes la persona es identificada por sus signos y apariencia física, sus datos personales, la firma en el documento. Pero en la contratación por otros medios electrónicos distintos del teléfono o la videoconferencia, debemos considerar que se dan algunas características distintivas. Por ejemplo, que la identificación de la persona puede ser solamente el número de teléfono marcado y, si no existe otro tipo de control, entender un mensaje enviado a otro destinatario como propio; o en el caso de que se envíe y reciba por el destinatario correcto, haber sido transmitido por otra persona que no estuviera autorizada para realizarlo o por persona que cree estar llevando a cabo cualquier otra operación.

A este aspecto le atribuimos el mismo valor en los dos extremos de la comunicación, esto es, puede haber error en la identificación del emisor y error en la identificación del receptor.

Aunque en un principio se puedan establecer unos controles que certifiquen que el emisor y el receptor son el Terminal o equipo que identificamos y aceptamos,

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))

esta garantía no nos puede confirmar el contenido del mensaje, ni si la persona que lo envía o la que lo acepta es persona autorizada o no para enviarlo o para aceptarlo y, en su caso, con capacidad para obligarse en nombre o representación de quien dice obligarse³⁰.

Sobre la seguridad en los datos recibidos: Se puede enviar un documento de una forma y con un contenido determinado y éste ser sometido a un proceso o tratamiento que modifique la información, lo que puede ocasionar que se produzcan aceptaciones que no eran las queridas.

Estaríamos moviéndonos en dos aspectos a tener en cuenta: el error y el fraude. La diferencia entre uno y otro sería la intencionalidad, pero el resultado podría ser el mismo desde la óptica de la no autenticidad del contenido, ni la identidad del usuario.

Estos mensajes se prestan a ser objeto de una serie de operaciones en corto espacio de tiempo y, en ocasiones, con pocas posibilidades de ser descubiertas.

2. Los aspectos técnicos

Tenemos que considerar los diferentes aspectos que se pueden dar al intervenir la telemática en la contratación. Y entre ellos, los aspectos técnicos son trascendentales³¹. Así se pueden introducir determinados datos y variables en un ordenador, y preparar un programa para que envíe una información cuando se cumplan estos requisitos.

En principio, para nosotros se cumplen todas las exigencias válidas en la formación de la voluntad tanto de la oferta como de la aceptación en el contrato así celebrado. El ordenador lleva a la práctica, sin capacidad de modificación, la voluntad que una persona plasmó mediante una serie de variables en un programa informático y lo único que hace es transmitir esa voluntad cuando se cumplen esos requisitos, así quita al hombre la tarea rutinaria de tener que comprobar que se han cumplido.

Además, en la contratación electrónica, la aceptación así enviada llegará a su destino en el mismo tiempo en que se ha realizado, pues la velocidad de la transmisión entre ordenadores hace que sea despreciable el tiempo en que tarde en llegar al oferente.

30 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Bercal, S.A., Madrid 2021, 6ª edición.

31 APARICIO VAQUERO, J.P.: *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Comares, Granada, 2004.

No obstante, basándonos en el principio de buena fe contractual, la aceptación llegará al momento prácticamente y la comunicación entre ordenadores se realiza mediante un coloquio de control por el que el aceptante podrá recibir, casi al instante, la conformidad de la aceptación, que su mensaje ha llegado al destino y la comprobación del contenido enviado, quedando el contrato purificado, recordemos que el art. 1313 Cc dice: "...la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración"³².

Esta confirmación en la transmisión electrónica puede consistir, por ejemplo, en duplicar la transmisión del mensaje, con comprobación de contenido en forma automática. Es decir, el mensaje (sin que intervenga la persona) se envía, se comprueba, se acepta y se confirma, dos veces en forma automática.

IV. EN CONCLUSIÓN

Existen unos principios éticos de la Inteligencia Artificial, que deberíamos tener presentes. El primero es el del beneficio social, ya que estamos hablando de un cambio radical en la forma de hacer las cosas en sectores que tienen un alcance general. En segundo lugar, el desarrollo de estas tecnologías tiene que ser inclusivo, evitando fortalecer derivaciones injustas hacia los colectivos más vulnerables de la sociedad (vulnerabilidad económica o intelectual). Por supuesto que se debe priorizar la garantía de la privacidad, se manejan muchos datos muy sensibles, y solo será válido utilizarlos si el titular ha dado su consentimiento expreso. La Inteligencia Artificial tiene que desarrollarse de forma transparente, con una información clara y precisa de los motivos que llevan a tomar determinadas decisiones, porque solo así se tendrá la confianza de todos los sectores implicados³³.

32 Sobre los vicios de los que pueda adolecer el acuerdo, me gustaría destacar lo señalado por SAP Zaragoza 804/2018 11 diciembre (JUR/2019/141892): "Se ha insinuado que el hecho de que el recurrente haya operado telemáticamente, es síntoma de que tenía conocimientos de cómo funcionaba el mercado de futuros. Pero la Sala no puede estar más disconforme con esta afirmación, pues como ya se apuntó, no hay ninguna diferencia entre dar las órdenes por teléfono, como es lo habitual, o incluso personándose en la oficina, que hacerlo uno mismo usando la herramienta informática diseñada para tal fin. En ambos casos todo se reduce a dar una orden de compra o venta, mediante un sistema u otro. No es la operativa la que se cuestiona, sino el hecho de que al recurrente, cliente minorista sin perfil conocido y que por ello deber presumirse conservador, se le haya dejado operar con un productos que, según afirma, no era el apropiado para él"; continua la sentencia diciendo que "desde la anterior perspectiva, es de estimar que se vulneró por la parte demandada hoy recurrida, la obligación esencial, básica y fundamental exigible a cualquier entidad financiera en cualquier operativa con clientes, cual es la lealtad, transparencia y diligencia exigibles, generando un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad del recurrente a la emisión de una declaración que, de haber sido aquella más clara, con toda seguridad no habría emitido dado su perfil inversor. Por tanto, parece claro que la deficiente información ha dado lugar a un consentimiento no informado y por tanto viciado por error 'porque la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta... es decir, la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (STS de 21 de noviembre de 2012)".

33 <https://www.cci. es/servicios/area-de-descargas/send/12-etica/26-texto-final-del-primer-borrador-europeo-de-principios-eticos-sobre-la-inteligencia-artificial>

El Comité Europeo de Normalización, el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones en Europa acuerdan que: “La clave de la prevención de riesgos derivados del empleo de medios electrónicos está en la implementación de principios éticos como el trato justo, la responsabilidad proactiva, la seguridad, la transparencia, la formación y la evaluación, gestión y administración de estos riesgos; sin embargo, existen enormes dificultades de control de transparencia, tanto para los usuarios de las aplicaciones, como para los órganos de control administrativo de una actividad que es transfronteriza, lo que motiva su difícil control al ubicarse en ocasiones en lugares donde no existe una exigencia de prevención de riesgos. Según avance el desarrollo tecnológico, van a ir surgiendo nuevos escenarios de riesgos que atenten a los principios éticos en detrimento de los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, no discriminación, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos”³⁴.

Además, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión³⁵, en su Exposición de Motivos señala que existen dos objetivos. Primero, que es el de promover la adopción de la Inteligencia Artificial y abordar todos los riesgos vinculados a los usos de las nuevas tecnologías (en el Libro Blanco se definen las opciones para alcanzar este objetivo)³⁶. Y un segundo objetivo, como dice esta propuesta de reglamento: “...para desarrollar un ecosistema de confianza mediante la proposición de un marco jurídico destinado a lograr que la Inteligencia Artificial sea fiable. La propuesta se basa en los valores y derechos fundamentales de la UE y tiene por objeto inspirar confianza en los ciudadanos y otros usuarios para que adopten soluciones basadas en la Inteligencia Artificial, al tiempo que trata de animar a las

34 ITURMENDI MORALES, G.: “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial”, La Ley 14075/2020, laleydigital

35 2021/0106 (COD)

36 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf
En la p.10 del Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, publicado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017 (COM (2017)2025), se propone que, “...en un momento en que Europa se enfrenta a una profunda digitalización de la sociedad que está desdibujando las diferencias entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, entre los bienes y servicios o entre los consumidores y productores. Muchos de los empleos actuales no existían hace una década, y en los próximos años surgirán otros más. Es probable que la mayoría de los niños que comienzan la escuela primaria hoy acaben trabajando en nuevos tipos de empleo que no existen todavía. Los retos que plantean el mayor uso de la tecnología y la automatización afectarán a todos los empleos y sectores. Para lograr aprovechar al máximo las nuevas oportunidades y atenuar al mismo tiempo cualquier efecto negativo, se requerirá una inversión masiva en capacitación y un replanteamiento profundo de los sistemas de educación y de aprendizaje permanente. Asimismo, será necesario el despliegue de nuevos derechos sociales para adecuarse a la evolución del mundo laboral”.

Más adelante, en la p.26, en lo que puede ser una declaración de intenciones: “Queremos una sociedad en la que la paz, la libertad, la tolerancia y la solidaridad estén por encima de todo. Queremos vivir en una democracia con diversidad de opiniones y una prensa crítica, independiente y libre. Queremos tener libertad de expresión y la seguridad de que ninguna persona o institución está por encima de la ley. Queremos una Unión en la que todos los ciudadanos y todos los Estados miembros reciban el mismo trato. Queremos crear para nuestros hijos una vida mejor que la nuestra”.

empresas a que desarrollen este tipo de soluciones. La Inteligencia Artificial debe ser un instrumento para las personas y una fuerza positiva en la sociedad, y su fin último debe ser incrementar el bienestar humano. En consecuencia, las normas relativas a la IA presente en el mercado de la Unión o que afecte de algún modo a sus habitantes deben estar centradas en las personas, a fin de que la población tenga la seguridad de que la tecnología usa de un modo seguro y en consonancia con la ley, lo que también implica respetar los derechos fundamentales”.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, M.: Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Revista de Derecho privado, Madrid, 2000 y Compendio de Derecho civil IV, Edisofer, Madrid, 2011.

APARICIO VAQUERO, J.P.: Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador, Comares, Granada, 2004.

ARIAS POU, M.: "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", La Ley 2199/2006, la leydigital

BARRIO ANDRÉS, M.: "Los principios generales del Derecho de los Robots", Derecho Digital e Innovación, Wolters Kluwer, 2019

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos, Bercal, S.A., Madrid 2021, 6ª edición.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Manual de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, 9ª edición.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: Manual de derecho informático, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A. Sistema de derecho civil, vol. II, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2018

GÓMEZ SEGADE, J. A.: "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en AA.VV.: Comercio electrónico en Internet (coords. A. Tato Plaza, A. Fernández Albor Batar), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 21-41.

ITURMENDI MORALES, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", La Ley 14075/2020, laleydigital

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018

ORTEGA DÍAZ, J.F.: Los enlaces en Internet. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.