



Universidad de Jaén
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

Comercio y Contratación Electrónica

DAVID OCHANDO GONZÁLEZ

OCTUBRE, 2016

RESUMEN:

Actualmente Internet es una de las herramientas más importantes en el mundo, concretamente en las operaciones comerciales ha servido para poner en contacto a personas de cualquier rincón del mundo para el intercambio de productos y bienes o servicios de cualquier tipo y rareza. Para ello se analizarán quiénes son los sujetos que intervienen, las herramientas que sirven para llevar a cabo la negociación y la forma que ha de tener el contrato entre otros aspectos, incluyendo las soluciones que pueden darse en caso de controversia. Cada vez más gente se une a las operaciones a través de Internet por razón de comodidad y rapidez.

Palabras clave: Comercio, Internet, electrónico, contrato, mensaje de datos, acuse de recibo, cortafuegos, firma electrónica, online, e-mail.

ABSTRACT:

At the moment, The Internet is one of most important tools in the world. In the commercial operations The Internet has been used for put in contact to people of all parts in the world. For this, it will analyze who are people that make operations, the style of the contract and other important things as solutions when there is a problem between the parts of the operation. More people use The Internet for make operations because is more comfortable and quickly.

Words: The Internet, commerce, electronic, online, e-mail, message, contract, password.

ÍNDICE

- 1.** Introducción y rasgos generales.
- 2.** Elementos del contrato electrónico.
 - 2.1. Elementos objetivos.
 - A. Requisitos del contrato electrónico
 - B. Mensaje de datos.
 - C. Firma electrónica.
 - 2.2. Elementos subjetivos.
 - A. Iniciador.
 - B. Destinatario.
 - C. Intermediarios o prestadores de servicios.
 - D. Obligación de información previa por las partes.
- 3.** Formación del contrato electrónico.
 - 3.1. Momentos en que se perfecciona el contrato.
 - 3.2. Declaración de voluntad emitida electrónicamente.
 - 3.3. Acuse de recibo.
 - 3.4. Lugar en que se perfecciona.
 - 3.5. Modalidad electrónica de cumplimiento contractual.
 - 3.6. Seguridad en la contratación electrónica.
- 4.** Solución de controversias.
 - 4.1. Competencia y ley aplicable.
 - 4.2. Organismos que regulan las operaciones en Internet.
 - 4.3. Mediación online.
 - 4.4. Arbitraje de consumo online.
- 5.** Conclusiones.
- 6.** Bibliografía.

1. INTRODUCCION Y RASGOS GENERALES

Internet es una plataforma abierta y global que ha revolucionado el ámbito social, cultural, económico y jurídico. La velocidad con la que se llevan a cabo operaciones a través de Internet y la expansión mundial de la Red facilitan un comercio ágil de carácter internacional que presenta muchas ventajas para los operadores económicos. Actualmente, Internet y otros soportes electrónicos o mensajerías electrónicas son los medios a través de los cuales se desarrollan la mayoría de operaciones económicas

El Comercio Electrónico se consolida como un nuevo soporte para la actividad humana y un nuevo mercado en que dicha actividad se desarrolla. Se caracteriza porque no emplea ni formas orales ni formas escritas, se desarrolla siempre entre sujetos ausentes, distantes el uno del otro geográficamente y residenciados con frecuencia en países distintos.

Destacan los siguientes objetivos:

Determinar el concepto de contrato electrónico, principios que en que se basa y aquellas características de su definición relacionadas con el medio especial que se emplea para prestar el consentimiento lo que nos permite delimitar la categoría de contratación electrónica y diferenciarla de otras categorías.

Integrar el régimen jurídico de la contratación electrónica incorporando tanto las normas generales de aplicación al proceso de formación del contrato, los cambios producidos en la regulación de la perfección del contrato a distancia como también el lugar donde se perfecciona el contrato.

Analizar las ventajas e inconvenientes que presenta este tipo de contrato, pues a pesar de las múltiples ventajas que suscita, se pueden plantear algunos inconvenientes que son también de cierta relevancia.

El contrato electrónico hace referencia a aquellos acuerdos que permiten la comercialización de bienes y servicios a través de mecanismos electrónicos. Por lo tanto, se trata de operaciones ya conocidas en el medio real que se manifiestan en el virtual. Muy genéricamente destaca la existencia de un Comercio Electrónico abierto y un Comercio Electrónico cerrado, siendo el cerrado y formando parte del mismo las partes que son autorizadas con antelación y de forma exclusiva para formar parte de la celebración y de la dinámica comercial electrónica de que se trate; siendo por otro lado, la modalidad abierta aquella en que los contratantes no necesitan ningún tipo de permiso o exclusividad, son contratos celebrados y

ejecutados a través de Internet entre particulares¹. Respecto al concepto de Comercio Electrónico, su definición se encuentra en la OMC² en el apartado 1.3 de su Programa de trabajo sobre comercio electrónico, donde se define como aquel conjunto de actos de comercio que se realizan a través de procedimientos electrónicos, habiendo debate sobre qué se entiende como procedimiento electrónico entendiéndose como aquellos procedimientos relacionados con sistemas informáticos como serían los correos electrónicos, las transferencias de pago electrónicas, los intercambios de datos en línea, etc³.

Las reglas o principios universales en los que debe inspirarse el Derecho del Comercio Electrónico son los siguientes:

En primer lugar, el principio de equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales: esto viene a significar lo siguiente, la función jurídica que cumple el instrumento escrito en relación con cualquier acto jurídico la cumple igualmente el instrumento electrónico a través de un mensaje de datos, independientemente del contenido, dimensión, alcance, y finalidad del acto instrumentado. También implica no aplicar una pauta de no discriminación en relación a las manifestaciones, realizadas por el mismo sujeto, de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas. Aquí destaca la existencia de un debate ligado a si el principio de no discriminación va de manera conjunta con el de equivalencia funcional o forman dos principios independientes entre sí.

También destaca el principio de neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del Comercio Electrónico: este principio universal lo que pretende es que las reglas del Comercio Electrónico abarquen las tecnologías existentes en estos momentos y también las futuras tecnologías que en la práctica supongan intercambios comerciales a través de soportes electrónicos.

El principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos: lo que pretende este principio es que las reglas del Comercio Electrónico no supongan una modificación sustancial del derecho existente referido a obligaciones y contratos (tanto nacional como internacional) en el momento en que surge el soporte electrónico.

La exigencia de muy buena fe: esta regla constituye el pilar básico

1 Véase ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*, Thomson Reuters, 2009, págs. 36 y siguientes.

2 Organización Mundial del Comercio, fundada en enero de 1995, con sede en Ginebra.

3 Véase MENENDEZ MATO, J.C. *El contrato vía Internet*, J.M. Bosch Editor, 2005, págs. 124 y siguientes.

fundamental que todo jurista conoce en aquellas relaciones de intercambio de bienes y servicios, y como no es menos también resulta imprescindible en relaciones a través de soportes electrónicos.

Y, por último, la reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del Comercio electrónico: quiere decir que las partes tienen libertad para pactar el contenido del contrato y su forma de cumplimiento, entre otros aspectos.

El Comercio Electrónico está formado por tres elementos:

El primero de estos elementos sería el elemento tecnológico: que define como “electrónicas” todas las actuaciones que forman parte de este comercio y por ello se considera el elemento más importante. Para que pueda definirse el acto como electrónico es necesario que la publicidad, la oferta o la actividad que se vaya a desarrollar se encuentre recogida en cualquier tipo de forma electrónica.

En segundo lugar se encuentra el elemento objetivo: se refiere a las actividades materiales que forman el comercio electrónico y aquí la pregunta a realizar sería la siguiente, ¿qué actividades económicas forman el comercio electrónico?. Pues se considerarían como actos que forman parte de este comercio aquellas actividades electrónicas que contienen algún tipo de actividad comercial. Englobaría aquellas operaciones entre comerciantes y consumidores, entre comerciantes y el sector público y entre comerciantes entre sí.

Y por último, el elemento subjetivo: este elemento nos permite clasificar el tipo de comercio según los sujetos, que pueden ser de distinta naturaleza, y que intervienen en el proceso dando lugar a las siguientes combinaciones: *B2B* (entre profesionales), *B2C* (entre profesionales y consumidores), *C2C* (entre particulares), *B2A* (entre profesionales y Administraciones Públicas), *C2A* (entre particulares o consumidores y Administraciones Públicas)⁴. De esta clasificación se analizarán más adelante la referida a los consumidores y empresarios y a los empresarios entre sí, ya que son las más habituales.

Debido a las diferentes posibilidades que da Internet a la hora de celebrar contratos, destaca la siguiente clasificación de tipos de contratos:

Según su forma de ejecución, existen los siguientes:

4 Vid. MENENDEZ MATO, J.C., Op Cit., *El contrato vía Internet*, págs. 131 y siguientes.
Véase también *Operazioni commerciali via Internet. Impatto sulla gestione amministrativa e fiscale dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2001, MOCCI, G. Artículo por BESSONE, pág. 46.

Por un lado, el contrato de comercio electrónico directo: es aquel que da la posibilidad de completar íntegramente el contrato a través de Internet. Aquí destacan aquellos contratos celebrados para la adquisición de licencias de programas informáticos o derechos sobre canciones y vídeos o para contratar servicios de hosting, gestión de pagos, así como servicios virtuales.

Por otro lado, el contrato de comercio electrónico indirecto: aquel que requiere la entrega física de bienes o cualquier otro método tradicional para la íntegra ejecución del contrato. Un ejemplo sencillo sería la contratación de pintores.

Otro tipo de contrato deriva dependiendo de la emisión de las declaraciones:

El contrato electrónico puro: las declaraciones de consentimiento se intercambian a través de medios electrónicos como puede ser el correo electrónico.

Los contratos Reactivos: es necesario que las partes utilicen otros métodos adicionales de comunicación para tener la posibilidad de contratar, como la contratación a través de *e-mail*.

Los contratos “*click*”: aquellos que exigen para la formalización del contrato que la parte contratante haga “click” en el espacio que indica normalmente la palabra “aceptar”, como la aceptación de los términos para poder tener acceso a una red social.

El contrato electrónico mixto: en este contrato se combinan medios electrónicos con medios tradicionales, como podría ser descargar un formulario para enviarlo por fax, correo postal u otro medio.

Los contratos a través de “*chat*” o videoconferencia.

Y, por último, los contratos a través de subasta electrónica: en los que es necesario que el participante previamente se inscriba en el registro del servidor, y también que los objetos sometidos a subasta vengán recogidos en una página *web*.

Se puede hacer otra clasificación según los sujetos participantes:

El contrato de consumo: será de este tipo cuando una de las partes sea un consumidor, como ejemplo tenemos la compra de billetes de tren online.

El contrato mercantil: el contrato será mercantil cuando intervengan profesionales o empresarios en su celebración.

Y, el contrato civil.

En atención a la forma del contrato y su fuerza probatoria:

Destacan contratos en los que no es necesaria ninguna forma determinada para probar que existen, contratos en los que se requiere una forma determinada solo a efectos de prueba (*ad probationem*); contratos en los que es obligatoria una forma específica para probar su existencia (*ad substantiam*).

Según la presencia o ausencia de condiciones generales de la contratación:

Donde se distingue entre contratos en masa a través de Internet con condiciones generales o contratos individuales o negociales⁵.

Por último habría que destacar la existencia de una serie de ventajas y desventajas las cuales, comenzando por las ventajas, serían las siguientes:

- 100% de ahorro de costos por la disminución de uso del papel.
- Disminución de pérdida de documentos y datos hasta en un 90%.
- Inmediatez de acceso por el parte del usuario al producto y a la opción de compra.
- Varias posibilidades en el proceso de negociación debido a la modalidad digital de gestión de datos.
- Eliminación de barreras geográficas debido a que las partes pueden contratar desde cualquier parte del mundo.
- Mayor ventaja para las partes ya que pueden contratar sin necesidad de encontrarse físicamente en el mismo sitio para negociar.
- Más facilidad de que se realicen contratos a nivel internacional.
- Ampliación de mercados para los usuarios y las industrias.
- Mayor velocidad y rapidez en el momento de realizar las gestiones.
- Mayor flexibilidad de las partes al momento de contratar y mismos efectos jurídicos para ambas partes.

No obstante, es necesario tener en cuenta una serie de circunstancias antes de llevar a cabo la contratación electrónica, que serían las desventajas, que también son varias, como podrían ser:

- El pago y el modo en que se realiza es una de las mayores preocupaciones de los consumidores, para solucionar esta situación se han desarrollado los

⁵ Vid. MENENDEZ MATO, J.C., Op Cit., *El contrato vía Internet*, págs. 184 y siguientes. Véase también <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/> Consultado el 2/6/2016

siguientes sistemas de seguridad que dan posibilidad a la realización del negocio. Como por ejemplo: el método de pago con Paypal o contrareembolso.

- El uso que se da a los datos personales de los consumidores cuando se ha realizado la operación.

- Dificultad a la hora de identificar a las partes ya que la operación no se realiza entre presentes.

- Algunas de las mayores quejas de los consumidores es que los gastos de envío de los productos son muy elevados.

- Desocupación de puestos de trabajo, ya que el hombre es sustituido por una máquina.

- Falta de información en la plataforma a través de la que se realiza la operación y en la calidad y condiciones de los productos.

Para evitar que se produzcan las desventajas comentadas anteriormente destacan normativas que mantienen protegido al consumidor, serían algunas de las siguientes: Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista⁶, Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación⁷, además de otras⁸.

2. ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRONICO.

2.1. Elementos objetivos

A. Requisitos del contrato electrónico

Para la correcta formalización del contrato electrónico es necesario destacar los siguientes requisitos antes de analizar los elementos que lo constituyen⁹:

- Identificar a las partes que intervienen en el contrato
- Imposición de un código de usuario
- Un glosario de definiciones donde vengan los conceptos relacionados con la contratación electrónica
- Fecha en que se van a llevar a cabo las operaciones
- Que el promotor de la web a través de la cual se va a llevar a cabo el

⁶ Publicado en el B.O.E el 17 de enero de 1996.

⁷ Publicado en el B.O.E el 14 de abril de 1998.

⁸ Véase

http://www.camaramadrid.es/asp/pub/docs/contratacion_electronica.pdf Consultado el 2/6/2016

⁹ Véase RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Thomson Aranzadi, 2ª Edición, 2003, págs. 93 y siguientes.

contrato haya informado expresamente de las especificaciones jurídicas y técnicas y que informe al usuario de las posibles modificaciones que se puedan llevar a cabo y que el usuario las acepte.

- Identificar los momentos de emisión, recepción, cifrado, normas de seguridad, modificación y anulación de documentos, entre otras circunstancias
- Que se refleje de forma clara y precisa las especificaciones del bien o servicio que se va a contratar
- Coste del bien o servicio que se va a contratar, incluidos los impuestos
- Establecer cuales son las causas de rescisión del contrato cuando este tenga una duración indeterminada
- Confidencialidad
- Responsabilidad civil
- Que el formulario tenga valor probatorio
- En caso de controversia, cual seria la competencia jurisdiccional y la legislación aplicable o la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento de arbitraje

B. El mensaje de datos.

El mensaje de datos constituye la pieza básica y central del contrato electrónico. La definición del concepto “mensaje de datos” se encuentra en el artículo 2.a) LMUCE¹⁰ y se podría resumir en lo siguiente: mensaje de datos puede ser cualquier tipo de información que se realice a través de un medio electrónico u otra plataforma electrónica

Por su propia naturaleza, el mensaje es siempre bilateral: tiene un emisor y tiene un destinatario. Ello exige que en los supuestos de intercambio de mensajes de datos las partes contratantes previamente han de poseer los medios técnicos necesarios para poder acceder a su contenido.

C. La firma electrónica.

¹⁰ Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico aprobada el 16 de diciembre de 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo periodo de sesiones, Suplemento n° 17*, cap. VI, sec. B

Antiguamente los contratos internacionales han utilizado muchos métodos que han servido para probar su existencia, desde el papel y otros métodos más antiguos hasta los actuales soportes electrónicos como métodos más innovadores. Dicho esto la firma pasa a ser electrónica y/o digital.

La firma electrónica puede definirse como el conjunto de datos en forma electrónica ligados funcionalmente a otros datos también de carácter electrónico, que se emplean para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge. También habría que seguir la definición dada en el artículo 7.1 de la LMUCE, donde se define como aquella herramienta de carácter electrónico que atribuye origen personal a un mensaje de datos y donde la persona firmante se muestra conforme con la información contenida en lo firmado¹¹.

Antes de examinar mas todo lo referente a la firma electrónica convendría destacar que este concepto se encuentra regulado en la LFE¹² y en la Directiva 1999/93/CE que establece un marco comunitario para la firma electrónica¹³. Esta Directiva se mantendrá vigente hasta el 1 de julio de 2016 ya que será de aplicación en su lugar el nuevo Reglamento UE 910/14¹⁴, el cual aportará nuevos elementos y conceptos, y su principal novedad se encuentra en la regulación de la firma electrónica entre Administraciones Públicas en todo el ámbito de la Unión Europea¹⁵.

En la LFE se hace mención a los principios que rigen el concepto de firma electrónica y que serían los siguientes:

El principio de equivalencia funcional y no discriminación, el principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, y el principio de neutralidad tecnológica.

Lo primero que habría que destacar de la firma electrónica es que se encuentra en la misma posición que aquella realizada manualmente pero la diferencia se encuentra en que su estampación manual se sustituye por la electrónica y el iniciador del mensaje de datos añade al contenido del mismo un signo electrónico donde se indica la identificación y atribución, además la firma electrónica cumple otra función importante que es encriptar el mensaje de datos de modo que solo puedan conocer el contenido del mismo aquellos a quienes vaya

11 Véase BARRIUSO RUIZ, A., *La Contratación Electrónica*, Dykinson, 3ª Edición, 2006, págs. 387 y siguientes.

12 Ley 59/2003, de firma electrónica, publicada en el BOE el 20 de diciembre de 2003 y aprobada el 19 de diciembre de 2003, con vigencia hasta el 02 de octubre de 2016

13 Publicada en el DOUE el 19 de enero de 2000 y aprobada el 13 de diciembre de 1999

14 Publicado en el DOUE el 28 de agosto de 2014

15 Comentario al nuevo Reglamento 910/14 por MANUEL LAFUENTE SUÁREZ, doctor en derecho, 2015, Aranzadi

dirigido el mensaje y que contengan la clave correspondiente. Lo dicho hasta ahora serían las funciones que cumple la firma electrónica, centradas todas en la privacidad de la información.

Respecto a las herramientas empleadas para poner a disposición dicha firma electrónica, existe un catálogo muy amplio y variado y algunas de las más utilizadas serían las siguientes: como el *password* que constituye una de las más sencillas, un poco mas complejo sería el PIN o Números de Identificación Personal, la tarjeta magnética y también el escaneo digital de la firma autógrafa escrita.

Cuestión importante a tratar en la firma electrónica es la intervención de un tercero de confianza denominado PSC¹⁶, este tercero provoca que la firma electrónica pase a denominarse firma electrónica reconocida ya que goza de la intervención jurídica de este sujeto¹⁷.

2.2. Elementos subjetivos.

Es importante que ambas partes contratantes tengan plena capacidad y que manifiesten si actúan con representación o no. Con esto hay que referirse a que no se trate de un menor, o que si se trata de un incapacitado este actúe bajo la supervisión de sus correspondientes representantes legales, etc¹⁸.

A. El iniciador.

El iniciador de un mensaje de datos, cuya definición se encuentra en el artículo 2.c) de la LMUCE y también en el artículo 4.d) de la CNUUCECI¹⁹ es la persona que envía o genera, siempre y cuando no se trate de un intermediario, elemento que se analizará más adelante, que actúa en relación con el mensaje de datos enviado.

Los componentes de esta definición son los siguientes:

Por un lado, iniciador es la persona física o jurídica que envía información a través de un mensaje de datos. Por tanto el iniciador puede llevar a cabo dos conductas distintas: por un lado, la creación de ese mensaje de datos; y por otro lado, su envío al destinatario correspondiente.

16 Prestador de servicios de certificación

17 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., Op.Cit., *Derecho de la Contratación...*, págs. 80 y siguientes.

18 Vid. MENENDEZ MATO, J.C., Op.Cit., *El Contrato Via...*, págs. 239 y siguientes.

19 Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales adoptada el 23 de noviembre de 2005

Por otro lado, la identidad del iniciador debe conocerse del texto correspondiente al mensaje de datos y no de un documento electrónico o no electrónico distinto del mensaje de datos.

Y, por último, el iniciador ha de llevar a cabo su actividad de manera independiente, se trate de una persona física o jurídica y de manera independiente a que en su actividad intervengan representantes necesarios o voluntarios. Se puede dar la situación de que la persona física empresario actúe por medios electrónicos a través de un mandatario con o sin representación e incluso a través de un factor notorio y lo dicho implica que en ningún caso se pueda considerar como sujeto iniciador a aquella persona que genera o envía un mensaje de datos por cuenta propia²⁰.

B. El destinatario.

El segundo elemento personal que se encuentra en la contratación electrónica es el destinatario, y en los artículos 2.d) de la LMUCE y 4.d) de la CNUUCECI se encuentra su definición, que viene a decir que el destinatario es la persona a quien el iniciador quiere que llegue el mensaje de datos siempre que no se trate de un intermediario. Por otro lado, la LSSICE²¹ utiliza el término universal conocido como “destinatario del servicio” o simplemente “destinatario”²².

C. Los intermediarios o prestadores de servicios.

Se encuentra en el artículo 2.e) de la LMUCE, y por intermediario se entiende a aquella persona que gestiona la actividad del iniciador o del destinatario o realiza cualquier otro servicio en favor de aquel.

Las actividades que llevan a cabo los intermediarios son cuatro y son las siguientes:

A) transportar de los mensajes de datos del iniciador al destinatario.

B) prestar acceso a las redes a través de las cuales se realiza dicho transporte.

C) otros servicios que van ligados con el acceso o transporte o a cualquier otra actividad empresarial electrónicamente efectuada.

²⁰ Vid. BARRIUSO RUIZ, C., Op.Cit., *La Contratación Electrónica*, págs. 101 y siguientes.

²¹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, publicada en el BOE el 12 de julio de 2002

²² Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., Op.Cit., *Derecho de la Contratación...*, págs. 128 y siguientes.

D) certificar la firma electrónica reconocida²³.

D. Obligación de información previa por las partes.

Este tipo de contratación puede hacer que las partes sientan cierto grado de inseguridad, especialmente cuando se realiza a través de un medio como puede ser Internet. Para evitar que se produzca esta situación la ley impone unas obligaciones que se encuentran en el art. 27 LSSI²⁴ siendo algunas de ellas la puesta a disposición de forma clara de la información necesaria, de los medios a utilizar, el idioma que se ha de utilizar en el proceso de celebración, entre otras. Este deber de información previa es siempre obligatorio aunque existen dos excepciones en las que este deber deja de ser obligatorio, siendo la primera excepción cuando la celebración del contrato se realice a través de correos electrónicos o medios similares; y la segunda excepción, cuando el contrato se celebre entre empresas o profesionales y acuerden que este deber de información no es obligatorio.

Esta deber de información previa está expresamente destacado por el Tribunal de Justicia y cobra fuerza a partir de la STJ de 16 de octubre de 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, que en su apartado 22 dice expresamente lo siguiente: “destacando que la protección de los intereses de los consumidores debe garantizarse en cualquier fase de la relación entre el prestador de servicios y los destinatarios del servicio”²⁵.

3. FORMACION DEL CONTRATO ELECTRONICO

3.1. Requisitos que debe cumplir la pantalla de aceptación.

Uno de los principales problemas que se pueden encontrar en los contratos electrónicos se refleja en la aceptación de sus cláusulas y dos son las dificultades a las que da lugar:

Por un lado, demostrar que el usuario ha leído y aceptado las condiciones generales que se exponen a la hora de contratar.

23 Vid. MENENDEZ MATO, J.C., Op.Cit., manual *El Contrato Via...*, págs. 207 y siguientes.

24 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, publicada en el B.O.E el 12 de julio de 2002.

25 Véase comentario a la formación del contrato electrónico por PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, catedrático de Derecho Internacional Privado, 2015, Aranzadi.

Véase también MORO ALMARAZ, M.J., *Deberes de información del proveedor en la contratación electrónica*, págs. 433-470 y 446-450.

Y por otro lado, el problema relacionado con el contrato de adhesión.

Para solventar el primer problema es necesario que las condiciones de contratación no se extiendan demasiado para así facilitar su lectura y también que se encuentren en una página donde su visualización sea obligatoria, lo más conveniente sería que esta página se encontrase antes del documento de pedido. El cliente debe ser informado de las consecuencias que conlleva la aceptación de estas condiciones, para lo cual tiene que haber un botón de validación que una vez pulsado implica la aceptación de dichas condiciones.

Por último, destacar que esta pantalla tiene fuerza probatoria en el caso de que el cliente niegue haber visto dichas condiciones a las que quedaba sometido²⁶.

3.2. Momento en que se perfecciona el contrato.

El contrato electrónico se perfecciona siguiendo lo establecido en los artículos 1261 y 1262.1 CC, esto es, declarando los contratantes su consentimiento a través de la oferta y su aceptación que engloba la cosa y la causa que dan forma a la relación contractual.

Dicho esto, la perfección contractual consiste en un acuerdo de voluntades sobre objeto y causa, hasta que no haya dicho acuerdo no existe el contrato sino su formulación o proceso negociador.

En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no dejarán de producir efectos jurídicos, o dejará de tener validez o fuerza obligatoria una declaración de voluntad u otro tipo de manifestación por el simple hecho de haberse realizado en forma de mensaje de datos.

El perfeccionamiento presenta complicaciones que se derivan de dos circunstancias presentes en el contrato electrónico:

Por un lado, que las partes contratantes se sitúen en lugares diferentes.

Y, por otro lado, que esos lugares puedan radicar en estados y jurisdicciones distintos.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, tres materias han de ser tenidas en

²⁶ Vid. RIBAS ALEJANDRO, J., Op.Cit., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico...* págs. 103 y siguientes.

cuenta a la hora de fijar el momento de la perfección del contrato electrónico:

1- Efectos de un acuerdo previo entre las partes de las sucesivas transacciones electrónicas

2- Determinación del derecho sustantivo aplicable al contrato electrónico

3- Especialidades en la aplicación de dicho derecho sustantivo derivadas del hecho de que las voluntades prenegociales y negociales se transmitan electrónicamente mediante un mensaje de datos.

Otra cuestión importante a tratar en el perfeccionamiento del contrato es mencionar que la rapidez que las telecomunicaciones hace dudar a la mayoría de la jurisprudencia sobre si la contratación electrónica es entre presentes o entre ausentes, planteada esta cuestión podemos destacar que se trata de una contratación entre partes distantes en el espacio y cuyo proceso de formación se dilata generalmente en el tiempo aún cuando los mensajes de datos contenedores de las voluntades constitutivas viajen rápidamente entre un lugar y otro, tan rápidamente como la voz en una conversación telefónica, por tanto el contrato electrónico se configura como una contratación no instantánea entre ausentes , no como una contratación entre presentes instantánea²⁷.

3.3. Declaración de voluntad emitida electrónicamente.

La perfección del contrato electrónico se produce mediante el consentimiento de los contratantes pero, ¿como se manifiesta dicho consentimiento electrónicamente?

La declaración de voluntad emitida electrónicamente consiste en un mensaje de datos que invita a comprometer a su iniciador y a su firmante según el caso.

La información contenida en el mensaje de datos puede ser unilateral o contractual. Éste va dirigido a una contraparte cuyo consentimiento recíproco sobre la información contenida en el mensaje de datos es lo que busca el iniciador del mismo

Respecto a los efectos jurídicos producidos por una declaración de voluntad contractual, precontractual o postcontractual efectuada por medios electrónicos , son exactamente iguales a los producidos por una declaración de voluntad efectuada en forma escrita o verbalmente. El Derecho mercantil mantiene la regla liberal en

27 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la Contratación...* págs. 247 y siguientes.

Véase también comentario a la formación del contrato electrónico por PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, catedrático de derecho internacional privado, 2015, Aranzadi

relación a la constitución de los contratos , lo que viene a significar que las partes tienen libertad para elegir entre oralidad, documentación escrita privada y documentación escrita publica, cualquiera que sea la manera en que se expresen las declaraciones de voluntad. Dicho esto, conviene destacar que la aparición de un nuevo soporte de formulación del consentimiento contractual (el electrónico) altera o modifica el alcance de los preceptos generales a los que hace referencia el Código de Comercio aunque sin gran relevancia, ya que la irrupción del soporte electrónico y la sustituibilidad jurídica de la firma manuscrita por la firma electrónica no alteran las reglas contempladas ni su interpretación amplia y adaptada a la evolución técnica que realizan la doctrina legal y científica. De esta afirmación se excluyen aquellos contratos que para su perfección o validez requieren la satisfacción de escrituras, formas o solemnidades.

En lo dicho hasta el momento destaca la aplicación reiterada de los siguientes principios: el principio de equivalencia funcional y no discriminación, por un lado;y, por otro, el principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, como ya se ha comentado en apartados anteriores respecto a estos principios. Estos principios relacionados con las voluntades negociales electrónicas, permiten aplicar las normas contenidas en los artículos 1261.1 y 1262 del CC que contienen la oferta del contrato, la aceptación de la oferta, el concurso de voluntades y el consentimiento de los contratantes que forman el *iter negotialis* del contrato²⁸.

3.4. El acuse de recibo.

Es un elemento esencial del contrato electrónico ya que es imprescindible a la hora de conocer la llegada de los mensajes de datos a sus destinatarios. El iniciador, cuando recibe el acuse de recibo de su destinatario, es cuando tienen conocimiento de que su oferta ha llegado al destinatario y que ha logrado su objetivo de entablar contacto con la contraparte. Dicho esto, siguiendo lo establecido en el artículo 11.1.1º guion de la Directiva 2000/31²⁹ se tiene la conciencia de que es obligatoria la expedición de acuse de recibo.

Esta circunstancia constituye regla general salvo pacto en contrario a lo que también hay que añadir que sólo será legal cuando se produzca en la modalidad de contratación electrónica entre empresarios o cuando el contrato electrónico haya

28 Vid. BARRIUSO RUIZ, C., Op.Cit., *La Contratación Electrónica*, págs. 164 y siguientes.

29 Publicada en el DOUE el 17 de julio de 2000 y aprobada el 8 de junio de 2000

sido pactado mediante el cruce exclusivo en buena fe de correos electrónicos entre sus partes. Conviene resaltar que el acuse de recibo tan solo asegura la llegada de la propuesta a través del mensaje de datos al destinatario y no la inalterabilidad del contenido del mismo.

Dicho todo lo anterior, para finalizar con todo lo relacionado al acuse de recibo, habría que destacar las siguientes cuestiones:

a) Plazo para la expedición del acuse de recibo:

Según el artículo 28.1.a) de la LSSICE³⁰, el plazo legal obligatorio para la expedición del acuse de recibo es de 24 horas desde la recepción del mensaje de datos.

Los problemas que surgen en atención al acuse de recibo son dos: por un lado, determinar el plazo cuando éste no existe y cuando tampoco se pacta o se exige acuse de recibo; y, por otro lado, efectos que produce en el mensaje de datos el transcurso del plazo sin excepción de su acuse de recibo. En estos dos aspectos que acabamos de mencionar existe una parcial laguna legal española en relación a los acuse de recibo.

Estos problemas se resolverían de la siguiente manera, respecto a la primera cuestión, quedaría solventada mediante una segunda comunicación al destinatario donde se indicaría la no recepción del acuse de recibo y se establecería un plazo razonable para su envío al iniciador. De no recibirse el acuse de recibo en el nuevo plazo fijado, el iniciador considerará que el mensaje de datos inicial no llegó al destinatario cuando éste no acuse recibo en ninguno de los casos.

Respecto al segundo problema, se encuentra también resuelto en las afirmaciones que se han hecho con respecto al primer problema³¹.

b) Momento de eficacia del acuse de recibo:

El momento en que se realiza el acuse de recibo es importante ya que a partir de ese momento se producen los efectos que tenían en mente las partes .

Dicho momento concuerda con el de su llegada o recepción por el destinatario del acuse de recibo.

³⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, publicada en el BOE el 12 de julio de 2002.

³¹ Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., Op.Cit., manual *Derecho de la Contratación...* págs. 237 y siguientes.

Finalmente, dicho esto, el acuse de recibo resulta ser una pieza eficaz y esencial a la hora de dar seguridad en el contrato electrónico, ya que sin ser de absoluta garantía, su empleo resulta altamente recomendable y preconstituye una prueba judicialmente atendible mucho mas que accesorio o circunstancial en caso de conflicto³².

3.5. Lugar en que se perfecciona el contrato.

Este aspecto constituye materia inabordable por el DUCI³³, ni la CNUCCIM lo resolvió ni la LMUCE, aunque ello no quiere decir que no exista materia que aborde este tema y ofrezca soluciones.

El DUCI fija una concordancia y considera que el lugar de llegada o recepción del mensaje de datos debe estar relacionado con el lugar donde tiene el establecimiento el destinatario y, paralelamente, el de emisión debe estar relacionado con el del iniciador. Las declaraciones que se acaban de hacer constituyen y afirman el lugar de perfección del contrato electrónico, que será el lugar que se haya fijado por voluntad de las partes y, en su ausencia, por las reglas del derecho aplicable, las cuales establecen que será el lugar donde tenga su establecimiento el iniciador del mensaje de datos donde se contiene la oferta o el lugar donde se encuentra el establecimiento del destinatario del mensaje de datos que contiene tal género de declaración. Aunque también existen otros criterios mas complicados, el más utilizado en la practica es el que se acaba de comentar.

Respecto a la situación española, si se sigue lo establecido en el artículo 54.2 *in fine* del Cdec, llegamos a la conclusión de que el principio que gira en torno a la perfección del contrato se produce en el lugar en que se realizó la oferta.

Conviene destacar las siguientes precisiones técnicas:

Cuando el destinatario tenga varios establecimientos, se presume que el mensaje de datos se envió al establecimiento que guarda una relación más estrecha con la operación comercial relacionada con el mensaje de datos enviado.

Cuando la operación no exista o exista dificultad por su imprecisión o multidiversidad, la Ley Modelo sugiere que se considere como establecimiento principal relacionado con los efectos producidos por el mensaje enviado aquel en que el destinatario realice su actividad principal.

32 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., Op.Cit., *Derecho de la Contratación...* págs. 239 y siguientes.

33 Derecho Uniforme del Comercio Internacional, cuyas normas resultan de aplicación en aquellos contratos en los cuales las partes tienen sus domicilios en países diferentes.

Si las partes carecen de establecimiento mercantil, se seguirá el criterio de la residencia habitual.

3.6. Modalidad electrónica de cumplimiento contractual.

Las obligaciones contractuales surgen para ser cumplidas y como todo jurista conoce, son de tres tipos: dar, hacer o no hacer.

Respecto a la forma de pago por medio de soporte electrónico, primero habría que considerar que hay cierto carácter electrónico en todo tipo de cumplimiento independientemente de que la obligación de dar, hacer o no hacer sea manual o electrónica, ya que actualmente nos encontramos en un periodo en que a la hora de realizar un pago prácticamente siempre se utilizan tarjetas de crédito o débito, lo que conlleva que todo pago se fundamente en una transferencia electrónica.

A parte de lo dicho anteriormente, en el pago electrónico podemos encontrar una triple relación:

- Una relación en la que existe obligación de pago entre el comprador y el vendedor.
- Una relación en la que el comprador se dota de instrumentos y demás herramientas electrónicas para poder efectuar el pago.
- Finalmente, una relación entre los intermediarios del pago que son quienes tienen la posesión de los instrumentos electrónicos de pago de los que el deudor hace uso para satisfacer la cantidad frente a su acreedor, el vendedor.

Es importante también destacar la existencia de cada vez mas diversas tecnologías a la hora de satisfacer los pagos. Como instrumento mas genérico destaca la tarjeta de crédito y mecanismos similares que se basan en ella, también existe el monedero electrónico que da velocidad a la hora de realizar las transacciones y nos aporta mayor seguridad y , finalmente, la firma electrónica o la encriptación de los mensajes de datos que contienen las órdenes de pago y sus instrumentales. Además, los sistemas de pago son entornos cerrados que sólo pueden utilizar quienes han contratado dicho sistema para la satisfacción de sus operaciones comerciales³⁴.

3.7. Seguridad en la contratación electrónica.

³⁴ Vid. RIBAS ALEJANDRO, J., Op.Cit., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico...*, págs. 80 y siguientes.

Una de las características principales de la contratación a través de medios electrónicos es que las partes contratantes sientan seguridad, la confianza en el sistema a través del que se contrata es la base en la contratación electrónica.

La información que circula a través de sistemas electrónicos como ordenadores, redes, nodos, links y demás medios da lugar a una fuente de información y datos que pueden ser interceptados por cualquier persona o verse afectados por cualquier circunstancia externa³⁵.

Para mantener esta seguridad existen muchos medios como los siguientes:

- Biometría: este sistema estudia los rasgos personales de las personas cuyos patrones son inigualables y que permite identificarlos de manera individual. Algunos de estos rasgos serían: los rasgos físicos, la huella dactilar, el ADN, la voz, etc. Estos rasgos se caracterizan porque no se pueden perder ni dejar de tener y difícilmente se pueden suplantar. El único aspecto negativo de este sistema es que tiene una evaluable tasa de error.

- Sistemas criptológicos: este sistema se encarga de los medios para mantener a salvo la información contenida en un mensaje a través de una clave formada por algoritmos matemáticos.

- Aplicaciones JAVA: evita el acceso a zonas no autorizadas y evita la intrusión de los “hackers”.

- Servidores seguros para la contratación electrónica (HTTPS): las comunicaciones que se realizan a través de este medio dan seguridad y confianza. Este sistema hace que solo pueda leer la información el servidor y el usuario, a través de un visualizador.

- Cortafuegos

- Acceso mediante usuario y contraseña: este sistema es el más conocido y empleado en los servidores Web. Se accede mediante la introducción de un usuario y un “password”. Para su mayor efectividad se aconseja emplear una contraseña con una longitud larga y que emplee todos los caracteres posibles. Aunque el problema de este sistema es que las contraseñas deben cambiarse a menudo para evitar su interceptación.

Otro de los sistemas que también se emplean para conocer el nivel de seguridad de un sistema informático en la contratación electrónica es el ACID test, el cual significa lo siguiente:

Atomicity (Atomicidad): analiza si la información relacionada con el contrato se

35 Vid. BARRIUSO RUIZ, C., Op.Cit., *La Contratación Electrónica*, págs. 601 y siguientes.

reparte en varios elementos o no, y establece cuáles intervienen en la operación.

Consistency (Consistencia): determina que el resultado de la operación pueda ser negativo o positivo, si es positivo se crea un estado de datos válido y si es negativo los datos se devuelven a su estado original.

Isolation (Aislamiento): mientras la operación se está realizando y no ha terminado, ésta permanece aislada del resto de operaciones.

Durability (Durabilidad): guarda los datos de la operación en el sistema de manera que se puedan recuperar en perfecto estado³⁶.

4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

4.1. Competencia y ley aplicable.

Primero hay que distinguir que las controversias pueden darse por la contratación entre personas diferentes, un tipo de contratación sería *business to business* (B2B), que sería aquella contratación entre dos empresarios; y el otro tipo de contratación sería *business to consumer* (B2C), que sería aquella entre empresarios y consumidores.

Primero se analizará la contratación entre empresarios y después la contratación entre empresarios y consumidores.

En el ámbito de la competencia judicial internacional, destacararía el Reglamento 1215/2012³⁷ relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En materia de competencia es bien conocida la existencia de varios fueros para determinar que tribunal sería competente para conocer del caso. Estos fueros serían los siguientes³⁸:

- Fuero del domicilio del demandado: siguiendo este fuero, serían competentes los tribunales del lugar donde tenga su domicilio el demandando, independientemente de cual sea su nacionalidad. Aquí habría que tener cuidado ya que el demandado puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. Cuando se trate de una persona física, habría que seguir las normas internas del país donde se presenta la demanda, en el caso del Ordenamiento Jurídico Español,

36 Vid. RIBAS ALEJANDRO, J., Op.Cit., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico...*, págs. 83 y siguientes.

37 Reglamento aprobado el 12 de diciembre de 2012 y en vigor desde el pasado 10 de enero de 2015 en sustitución del Reglamento 44/01

38 Véase ESPLUGUES MOTA, C., *Derecho del Comercio Internacional*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, 2012, págs. 404 y siguientes.

se seguiría lo establecido en el artículo 40 del CC que establece que domicilio es igual a residencia habitual; y, cuando se trate de una persona jurídica, el domicilio será el del país en que se encuentre su sede social o donde se encuentre el centro de su actividad principal.

- Fuero de sumisión: según este fuero, las partes se someten a los tribunales designados por ellas mismas. A esta circunstancia pueden llegar las partes de dos modos:

- sumisión expresa: las partes expresamente acuerdan someterse a los tribunales designados

- sumisión tácita: la demanda es presentada ante un determinado tribunal y el demandado contesta a la misma, de modo que se sobreentiende que se está sometiendo a esa jurisdicción.

- Fueros exclusivos: los cuales atribuyen competencia exclusiva a los tribunales de un determinado estado sin que puedan conocer otros tribunales. Las materias que regulan se encuentran en el artículo 24 del Reglamento 1215/2012, y dependiendo de la materia serán competentes unos u otros tribunales. En derechos reales inmobiliarios conocerán los tribunales del país donde se sitúe el inmueble; en materia de inscripciones hechas en Registros Públicos serán competentes los tribunales del país donde se sitúe el Registro; y así con el resto de materias que se contienen en dicho artículo.

- Fueros especiales por razón de la materia: según estos fueros la competencia la tendrán unos tribunales u otros atendiendo a la materia en que se basa la demanda, todas estas materias las encontramos en el artículo 7 del Reglamento 1215/2012. En relación a estos fueros merecen especial atención los contratos celebrados a través de la red, pero cuyo cumplimiento se realiza offline y que se resolverían siguiendo los criterios tradicionales como el lugar de entrega de la mercancía o el lugar donde se haya de realizar la obligación, entre otros casos; más dificultad plantea aquel contrato que se celebra y se cumple íntegramente a través de Internet, en este caso la doctrina está de acuerdo en designar como conocedores los Tribunales del país en que se encuentren físicamente los servidores que contienen los datos e información³⁹.

Una vez se sabe que Tribunales van a conocer del asunto, la siguiente cuestión sería determinar cual es la ley que se va a aplicar para resolver la

³⁹ Consultar:

<http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/doc=344304> Consultado el 4/6/2016

controversia⁴⁰. En este aspecto destaca el Convenio de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías⁴¹, que se aplica a aquellos contratos consistentes en una compraventa; y, con el Convenio de Roma de 1980 relativo a la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales⁴², que se aplica cuando el contrato no gira en torno a una compraventa. Para determinar la ley aplicable conforme al Convenio de Roma acudimos al artículo 3 que establece que las partes podrán pactar la ley aplicable al contrato, en caso de no pactar que ley sería de aplicación, acudimos al artículo 4 que establece que se aplicará la ley del país que presente unos lazos mas estrechos con el asunto pudiendo ser aquel en que se haya de realizar la obligación principal, aquel donde el demandado tenga su residencia habitual, entre otros muchos criterios. Este artículo 4 presenta dificultad a la hora de determinar que ley es de aplicación ya que cualquiera puede ser igual de aplicable que otra y supondría tener que llevar a cabo un profundo análisis de la situación para establecer el criterio a seguir. En el caso del comercio electrónico, la mayoría de la jurisprudencia coincide en que sería de aplicación la ley del estado donde se encuentren los servidores instalados físicamente, ya que presenta los vínculos mas estrechos con la controversia.

Con esto quedaría analizada la contratación entre empresarios. Ahora se analizará la contratación entre empresario y consumidor.

Respecto al consumidor, hay que destacar que en el artículo 17 del Reglamento 1215/2012 se presenta un alto grado de protección respecto a su figura, ya que el consumidor sólo podrá ser demandado en su jurisdicción⁴³. Cuando el demandante sea el consumidor éste si podrá presentar la demanda en los Tribunales de su propio estado, en los del estado del demandante e incluso en los de cualquier otro estado si las partes lo han pactado previamente.

En materia de ley aplicable es de aplicación el ya mencionado Convenio de Roma de 1980 y que presenta la misma regulación comentada anteriormente, las partes pueden pactar a que ley se someten y en ausencia de pacto se aplicará la ley del país que presente los vínculos más estrechos⁴⁴.

40 Véase comentario a la ley aplicable en la contratación electrónica por PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO, 2015, Aranzadi

41 Publicado en el BOE el 30 de enero de 1991 y aprobada por Naciones Unidas en Viena el 11 de abril de 1980

42 Publicado en el DOUE el 9 de octubre de 1980 y aprobada el 19 de junio de 1980

43 Véase comentario a la protección de los usuarios del comercio electrónico (*manual de derecho de consumo*) por PABLO FERNÁNDEZ BURGUEÑO, 2013, Lex Nova

44 Consultar:

<http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=344304> Consultado el 4/6/2016

4.2. Organismos internacionales que regulan las operaciones en Internet.

Estos organismos surgen debido a la utilización cada vez mas extendida de Internet para llevar a cabo las operaciones comerciales, y son los países con mas consistencia en Internet quienes dan el inicio a la creación de estos órganos.

Estos son algunos de los organismos internacionales mas importantes que realizan un tipo de control sobre Internet y las operaciones que se dan en la red:

- La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): el mas importante de sus objetivos es velar por la protección de la propiedad intelectual en el mundo, cooperando con los Estados y mediante la firma de Tratados multilaterales que regulen todo lo relativo a la propiedad intelectual. Otra función que realiza, pero de menor importancia, es distribuir documentos en materia de Comercio Electrónico e Internet.

- La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI – UNCITRAL): los ámbitos en los que opera este organismo son los siguientes: el Comercio Electrónico, el arbitraje y conciliación comercial internacional, el transporte internacional de mercaderías, los pagos internacionales, la insolvencia transfronteriza, la contratación publica y los contratos de construcción.

- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): en materia internacional, este organismo estudia el impacto económico y social que tiene el comercio electrónico, y también su implicación en los impuestos, la protección del consumidor, entre otros ámbitos.

- La Cámara de Comercio Internacional (CCI): entre sus funciones destacarían las siguientes: informar a sus asociados sobre los ámbitos referentes a las telecomunicaciones y tecnologías de la información, al proyecto de Comercio Electrónico, el cual pretende dar confianza en el tema de las transacciones electrónicas; informas sobre códigos, reglamentos o guías; clausulas modelo para su utilización en contratos comerciales internacionales; guía para el manejo de la contratación electrónica; y políticas y reportes generales⁴⁵.

45 Véase:

http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n19/19_fgutierroisla.html Consultado el 4/6/2016

<http://www.uncitral.org/> Consultado el 7/6/2016

<http://www.iccwbo.org/> Consultado el 7/6/2016

<http://www.oecd.org/> Consultado el 7/6/2016

<http://www.wipo.int/portal/en/index.html> Consultado el 7/6/2016

4.3. Mediación online.

En el contrato electrónico también destaca la existencia de la mediación online. Primero hay que recordar que la mediación es un sistema pacífico que resuelve cualquier tipo de controversias donde las partes son quienes tienen todo el poder de negociación y quienes deciden qué normativa se aplica según el caso y donde existe un tercero neutral, el mediador, quien actúa como mediador de la comunicación entre ellas para resolver el litigio. En la mediación es requisito obligatorio la buena fe de las partes. Es un proceso que nunca falla y la decisión final será examinada por ellas mismas. Las partes actúan colaborando entre sí, con un problema común y un deseo de solución común.

La característica esencial de la mediación se encuentra en el derecho de las partes a elegir que medio de resolución de conflictos debe resolver la disputa, y si optan por la mediación, las partes ya decidirán utilizar los nuevos medios de comunicación como el *e-mail* o el correo electrónico.

Examinada esta pequeña introducción para recordar en que consiste la mediación, damos paso a la mediación online. Este medio de resolución de conflictos se presenta como un mecanismo muy adecuado por su falta de formalismo o rigidez, ya que en la Red estos aspectos son muy valiosos, debido a las posibilidades que tiene el mediador a la hora de adoptar soluciones originales y adaptadas al supuesto concreto según las necesidades y deseos de las partes. La comunicación entre las partes puede hacerse por medios electrónicos o por otro tipo de plataforma virtual, sin necesidad de que sea físicamente. Esta falta de formalismo permite que se introduzca el sistema de la mediación por vía electrónica.

Por tanto, la mediación online se puede definir como aquella negociación que se realiza desde lugares muy distantes entre sí por medio de Internet y donde las partes y los mediadores se comunican por medios electrónicos empleándose todos los instrumentos tecnológicos y de la información necesarios para esta actividad.

Esta manera de llevar a cabo la mediación esta siendo cada vez más utilizada y también está llegando a ser mas común que el sistema del arbitraje en la Red. Una de las principales razones se debe a que este proceso es más sencillo, ya que ambas partes deben ponerse de acuerdo a la hora de llegar a una solución, teniendo ventajas como una mayor flexibilidad ya que la solución debe adaptarse a las necesidades de las partes; y relaciones más estrechas ya que hay menos hostilidad

entre las partes y es mas fácil llegar a un acuerdo; llegando las partes a un resultado común que cuando es alcanzado es más probable que ambas lo cumplan voluntariamente. Además hay que tener en cuenta que la mediación no es coercitiva, considerándolo los usuarios no como un problema sino como una ventaja, resultando más exitosos los sistemas de mediación online que los sistemas de arbitraje online como ya se ha comentado anteriormente.

En cuanto al correcto funcionamiento de la mediación online en la plataforma virtual, a parte de un correcto soporte tecnológico, también es necesario el siguiente cuadro de elementos que deben concurrir: acceso *multi-dossiers* al sistema, navegación de manejo fácil, espacio personal correspondiente a cada usuario el cual le permite organizar la documentación antes de registrarse, acceso fácil a la biblioteca de los procesos, depósito por telecarga multi-formato de la documentación electrónica, calendario cronológico de los hechos, gestión integral del proceso, pago en línea, videoconferencia, fax, etc.

Respecto a las propiedades técnicas necesarias que deben concurrir en los sistemas de mediación online, son tres:

- a) Simplicidad, pues es necesario que sea fácil para las partes entender el proceso y seguirlo.

- b) Adaptabilidad, el método se debe adaptar a las necesidades de las partes.

- c) Interoperabilidad, debe estar conectado con el resto de sistemas de los comerciantes, usuarios, partes, neutrales, etc.

Hay que destacar que la mediación puede desarrollarse de forma completa online, o también se puede alternar con encuentros físicos que el mediador considere necesarios o que las partes lo soliciten.

El mediador debe tener manejo de los recursos tecnológicos que van a utilizarse, ya que le van a ser requeridas nuevas habilidades, metodologías y/o nuevas estrategias de trabajo y comunicación. Otras veces deberá contarse con una plataforma adaptada para realizar estos procesos de mediación online.

Hay que destacar que al no tener lugar una comunicación verbal, ¿cómo se puede conseguir un ambiente de confianza y que las partes puedan conocer las intenciones de su adversario? Para resolver esto el mediador establece unos pasos a seguir con respecto a las herramientas que van a emplearse, estableciendo el plazo en que las partes deben contestar a los *e-mails* relacionados con el proceso de mediación, teniendo prohibido transmitir la información proporcionada por la otra

parte, entre otros pasos. También conviene que se realicen informes periódicos sobre el desarrollo que va siguiendo el proceso de mediación.

Respecto al ámbito de aplicación, en principio, no debería variar por el hecho de que el proceso de mediación se desarrolle por Internet. Son varias las circunstancias que deben concurrir para poder conocer la idoneidad de la mediación online, destacando las siguientes:

- Se considera que será eficaz la mediación practicada a través de Internet en aquellos supuestos en que las partes se encuentran geográficamente muy distantes entre sí, pudiendo ser países diferentes, o ciudades muy distantes entre sí dentro de un mismo país.

- Ideal será aquella mediación online en la que la propia controversia se ha producido vía Internet, de modo que se intentará resolver por el mismo medio. Resulta muy conveniente la mediación online para resolver los problemas que surjan del comercio electrónico, las razones que unen a ambos conceptos se encuentran en los caracteres que rigen el comercio electrónico entre los que destacamos: el bajo coste de las transacciones comerciales, la instantánea naturaleza de las comunicaciones, la apertura y transparencia de la red, entre otros conceptos.

- También es útil este tipo de mediación cuando el contacto “cara a cara” de las partes y de estas mismas con el árbitro no sea necesario.

Por último destacar que este proceso de mediación también es aplicable a otros supuestos que no se encuentren en los anteriormente mencionados.

El proceso a través del cual se lleva a cabo la mediación online presenta las siguientes fases o etapas:

a) Premediación online:

Las partes disponen ya de toda la información necesaria, incluidos los formularios de los cuestionarios, lo que significa que puede reemplazarse el discurso inicial del mediador, que sí tendrá que llevar a cabo la introducción al proceso y dar la bienvenida a las partes en los dos contextos: cara a cara y online, o únicamente online.

b) Historias de las partes:

En esta fase cada parte cuenta su versión de la historia. El único problema

que puede haber online es la posibilidad de no tener acceso a la información presentada por comunicación no verbal, es decir, los sentimientos con los que se expresa cada parte, para ello se han introducido los “emoticonos” que permiten saber como se expresa cada parte.

c) Generar opciones:

En esta fase, el procedimiento online no varía del procedimiento presencial, ya que la lista de opciones se puede generar sin necesidad de que intervenga el mediador, salvo aquellos supuestos en los que el mediador considere oportuno que se realicen determinadas cuestiones, observaciones, etc. El hecho de que sea online da a las partes la ventaja de revisar y reflexionar las posibilidades en el momento de elegir la más conveniente.

d) Negociación:

Esta etapa se lleva a cabo con el *software* adecuado o por *e mail* y no presenta ningún tipo de desventaja, y si el mediador necesita realizar una reunión privada puede usar un “*chat room*” invitando a cada una de las partes, aunque también podrá comunicarse con ellas mediante mensajes.

d) El acuerdo:

De nuevo, no presenta ningún tipo de desventaja y se caracteriza porque se pueden usar los registros del proceso para redactar el documento final utilizando todos los comentarios y expresiones que han utilizado las partes. Al realizarse online presenta ventajas ya que existe mayor rapidez en la concordancia del acuerdo, si todas las partes reciben su copia y reconocen que ese es el acuerdo aprobado en la operación online, y lo firman⁴⁶.

4.4. Arbitraje de consumo online.

El arbitraje consiste en atribuir derechos por un tribunal formado por árbitros para emitir una decisión sobre el fondo vinculante para las partes. Dicho esto, el

⁴⁶ Véase MONTESINOS GARCIA, A., Revista de la Contratación Electrónica, nº94, junio de 2008, Dykinson, págs. 88 y siguientes.

arbitraje en línea se caracteriza porque los procedimientos se realizan a través de instrumentos telemáticos. Este sistema presenta ventajas e inconvenientes, como ventajas destaca la rapidez para resolver controversias y que partes que estén muy distantes en el espacio puedan encontrar una solución a la controversia que les mantiene unidos. Entre los inconvenientes destaca que algunas pruebas de contenido físico son imposibles de enviar o recibir a través de la red. Respecto a los costes del procedimiento puede suponer una ventaja o un inconveniente ya que en ciertos casos resulta mas costoso y en otros casos menos costoso, ya dependiendo del carácter técnico del árbitro.

El ámbito en que se desarrolla el arbitraje online es a través de Internet y supone un terreno de libertad para las partes ya que pueden consultar todo tipo de información de distintas fuentes, obtener varias respuestas a una misma pregunta y también se les permite guardar los datos de cada etapa de la transacción, entre otras actividades.

Este arbitraje de consumo online es un procedimiento de naturaleza institucional que se lleva a cabo ante las Juntas Arbitrales de Consumo. El desarrollo comienza con la designación del Colegio arbitral, también se establece que solo se podrá acudir a este tipo de arbitraje en aquellos supuestos en los que haya recaído resolución judicial firme y definitiva y aquellas cuestiones en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal.

También es necesario el Convenio Arbitral, que puede realizarse al momento en que se produzca la disputa o con anterioridad a que aparezca. Si se diera la circunstancia de que el reclamado hubiera realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuras controversias con consumidores o usuarios, el convenio arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de la oferta, por tanto, el ámbito de la oferta es un extremo importante a tener en cuenta, que se resuelve por el Real Decreto 231/2008⁴⁷ que introduce un distintivo específico que permite a los consumidores conocer el ámbito de la oferta, distinguiendo entre una oferta pública de adhesión sin limitación y una oferta limitada, diferenciándose en que esta última permite conocer al consumidor de antemano la existencia de limitaciones y evitar la competencia desleal en el uso del distintivo de adhesión al sistema.

Hay que destacar que el arbitraje se establece como un procedimiento

47 Publicado en el B.O.E el 25 de febrero de 2008

gratuito, aunque existen excepciones, como las pruebas, de un lado tenemos las pruebas acordadas de oficio que se sufragarán por la Administración y por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de quien dependa; y de otro lado tenemos los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte que serán costeadas por quienes las propongan. Por último, el procedimiento también deja de ser gratuito en el caso de ejecución del laudo o en el caso de que se pretenda su nulidad.

Dicho esto, destacan otro tipo de características más específicas para el arbitraje de consumo electrónico, que es aquel que se define como el acuerdo que se desarrolla íntegramente, desde la solicitud hasta el fin del procedimiento por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral debiera practicarse por medios tradicionales. También destaca que la Junta Arbitral competente para conocer del asunto será la Junta Arbitral en la que tenga su domicilio el consumidor. Dicho esto, si fueran varias las Juntas Arbitrales territoriales competentes, conocerá del litigio la de inferior ámbito territorial. Respecto a la firma electrónica, es obligatoria ya que garantiza la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del órgano arbitral. Por otro lado, tenemos también las notificaciones y el cómputo de los plazos, las notificaciones se llevarán a cabo en la sede electrónica designada por las partes y producirán sus efectos al día siguiente a aquel en que conste acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación. No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral en el plazo de diez días, se considerará que la notificación se ha intentado sin efecto, publicándose en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico. Por último, respecto al lugar donde se lleva a cabo la celebración del arbitraje de consumo electrónico, se entenderá que será aquel en el que tenga su sede la Junta Arbitral de Consumo o la delegación territorial de la Junta Arbitral competente para conocer del asunto⁴⁸.

48 Véase MORENO BLESÁ, L., Revista de la Contratación Electrónica, nº97, octubre de 2008, Dykinson, págs. 20 y siguientes.

5. CONCLUSIONES.

Del comercio y la contratación electrónica se puede destacar que se trata de una modalidad de contratación que permite muchas y amplias posibilidades de entrar en contacto a particulares y/o empresas de todas partes del mundo y muy distantes entre sí, pudiendo considerar ésta como su principal característica, también abre la posibilidad de que se negocie con productos u otras mercancías que son muy difíciles de encontrar en el mercado de un determinado país, permitiendo que estas mercancías lleguen a cualquier rincón del mundo. También destaca que este tipo de operaciones a través de plataformas electrónicas se desarrollan de manera muy rápida y ágil mediante el flujo de datos, a la vez, esta característica puede dar cierta inseguridad a la mayoría de usuarios debido a que se suelen mostrar a disgusto por el hecho de que sus datos circulen por la Red, este sería uno de los aspectos negativos. Otra circunstancia a tener en cuenta en las contrataciones electrónicas y que más suele disgustar a los usuarios es el hecho de pagar a través de medios electrónicos y por anticipado a la entrega del producto o el servicio contratado de que se trate, ya que siempre suele haber duda acerca de si la otra parte cumplirá con su obligación o todo se trata de una estafa, ya que la costumbre suele ser el pago a la vez que se entrega el producto. También añadir la dificultad que presentan ciertos navegadores a la hora de ofrecer sus productos y servicios y su enfoque mayormente dirigido a la gente joven que sabe como manejarse en las nuevas tecnologías, pudiendo haber cierta discriminación a la gente que nunca ha utilizado estos instrumentos de modo que nunca podrán llegar a convertirse en usuarios a través de operaciones electrónicas. Este tipo de contratación está en constante evolución de modo que sería de utilidad para todos darle una oportunidad y realizar operaciones electrónicas.

6. BIBLIOGRAFIA

- Barriuso Ruiz, Carlos, *La Contratación Electrónica*, Dykinson, 3ª Edición, 2006.
- Berning Prieto, Antonio David, Comentario a la contratación electrónica, 2008, Noticias Jurídicas.
- Esplugues Mota, Carlos (Dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, 2012.
- Feliu Álvarez de Sotomayor, Silvia, *La Contratación Internacional por vía electrónica con participación de consumidores: la elección entre vía judicial y vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, 2006.
- Fernández Burgueño, Pablo, Comentario a la protección de los usuarios del comercio electrónico (*manual de derecho de consumo*), 2013, Lex Nova.
- Illescas Ortiz, Rafael, *Derecho De La Contratación Electrónica*, Thomson Reuters, 2ª Edición, 2009.
- Lafuente Suárez, Manuel, Comentario al nuevo Reglamento 910/14, 2015, Aranzadi.
- Martínez Nadal, Apol.lonia, *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*, Civitas-Thomson, 2ª Edición, 2009.
- Mateu de Ros, Rafael, y Cendoya Mendez de Vigo, Juan Mnauel (A.A.V.V.), *Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, 2000.
- Mateu de Ros, Rafael, y López-Monís, Mónica (A.A.V.V.), *Derecho de Internet: La ley de servicios de la sociedad de la informacion y de comercio electronico*, Aranzadi, 2003.
- Menendez Mato, Juan Carlos, *El Contrato Via Internet*, J.M. Bosch, 2005.
- Miguel de, Asensio, Pedro Alberto, Comentario a la formación del contrato electrónico, Pedro Alberto de Miguel Asensio, 2015, Aranzadi.
- Miguel de, Asensio, Pedro Alberto, Comentario a la ley aplicable en la contratación electrónica, 2015, Aranzadi.

- Montesinos García, Ana, Revista de la Contratacion Electronica nº 94, junio de 2008, Dykinson.
- Moreno Blesa, Lidia, Revista de la Contratacion Electronica nº 97, octubre de 2008, Dykinson.
- Moro Almaraz, M.J. (Dir.), *Deberes de información del proveedor en la contratación electrónica*.
- *Operazioni commerciali via Internet. Impatto sulla gestione amministrativa e fiscale dell'impresa*, Giuffré, Milano, 2001, Mocci, G.
- Pérez Conesa, Carmen, Comentario a la contratación electrónica (contratacion celebrada por medios telematicos), 2002, Aranzadi.
- Ribas Alejandro, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Thomson Aranzadi, 2ª Edición, 2003.
- Ribas Alejandro, Javier, *Gestión de Riesgos Jurídicos Derivados de las Tecnologías de la Información*, Thomson Aranzadi, Volumen 1º.

BIBLIOGRAFIA WEB:

- http://www.camaramadrid.es/asp/pub/docs/contratacion_electronica.pdf
Consultado el 2/6/16
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4440-la-resolucion-internacional-de-controversias-en-el-comercio-electronico/>
Consultado el 4/6/16
- <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/> Consultado el 2/6/16
- http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n19/19_fgutierroisla.html
Consultado el 4/6/16
- <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/la-contratacion-electronica-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/> Consultado el 2/6/16
- <http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=344304> Consultado el 4/6/16
- <http://www.derechomercantil.info/2015/09/caracteristicas-derecho-uniforme-comercio-internacional.html> Consultado el 20/9/2016
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
<http://www.wipo.int/portal/en/index.html> Consultado el 7/6/16
- Organización para la Cooperacion y el Desarrollo Económico

<http://www.oecd.org/> Consultado el 7/6/16

- Cámara Internacional de Comercio

<http://www.iccwbo.org/> Consultado el 7/6/16

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional <http://www.uncitral.org/> Consultado el 7/6/16