

Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Elementos esenciales del contrato electrónico:* A) Sociedad de la información y comercio electrónico. B) Prestadores de servicios, intermediarios y destinatarios. C) Medio técnico y régimen aplicable.—3. *Obligaciones de información y de protección del destinatario:* A) Obligaciones preliminares. B) Obligaciones precontractuales y postcontractual.—4. *Responsabilidad contractual y extracontractual de los prestadores:* A) Régimen común. B) Régimen especial de los intermediarios. C) Régimen especial de los certificadores de firma electrónica.

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos en este breve trabajo la no fácil tarea de estudiar la tercera versión del Anteproyecto de Ley de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que se ha publicado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología el 18 de enero de 2001¹, dada su críptica y confusa redacción, por la que se pretende incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31/CE que regula la materia en el Derecho comunitario². Pese a su novedad, el comercio

¹ Texto aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y publicado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

² Se trata de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de

electrónico plantea los clásicos problemas de determinar sus elementos esenciales, las obligaciones de los contratantes y la responsabilidad por daños y perjuicios, que trataremos de dilucidar con arreglo a la disciplina que propicia el nuevo texto prelegislativo, con referencia especial a los problemas relacionados con el incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad contractual y extracontractual.

En efecto, y en primer lugar, de las definiciones del Anteproyecto se deducen los elementos reales, personales y formales del comercio electrónico, con lo que se puede aclarar la clase de contratos que celebran los operadores de la red y la naturaleza de medios o de resultado de las obligaciones que contraen, especialmente las que asumen los intermediarios electrónicos, esto es, los operadores que prestan los servicios de la nueva economía que se ha creado en torno a Internet. De aquí se derivan también las principales características de los contratos electrónicos y el régimen jurídico que se les aplica.

En segundo término, el Anteproyecto impone a los operadores una serie de obligaciones de información y de protección con el fin de garantizar la seguridad del comercio electrónico y proteger la intimidad y la privacidad de los usuarios de la red. Estas obligaciones de seguridad plantean la cuestión previa de saber si su incumplimiento desencadena una responsabilidad de tipo contractual o extracontractual, ante la que la jurisprudencia y la doctrina están divididas. Mientras en la primera existe una marcada preferencia por la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss. CC), la doctrina reciente se muestra partidaria de ensanchar la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. y 1182-1183 CC) e incluir el incumplimiento de tales obligaciones dentro de la misma³.

A nuestro juicio, una postura que parece razonable es la que considera de carácter contractual la responsabilidad que surge del incumplimiento de obligaciones específicas, cualquiera que sea su fuente, siempre que preexista una relación bilateral entre el causante del daño y la víctima, aun cuando no sea un contrato, que les permita hacer el cálculo y la asignación de los riesgos previstos al momento de constituirse la obligación (art. 1107-I CC); de acuerdo

la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE, L, 178, de 17 de junio de 2000).

³ Para el estado de la cuestión, *vid.* JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 141 ss.; CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1, Madrid, 1989, pp. 409 ss.; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 245 ss., e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pp. 94 ss.

con este criterio, será extracontractual, en cambio, la responsabilidad debida al incumplimiento de obligaciones legales en todos aquellos casos en que tal relación previa no ha existido, sea la víctima un contratante o un tercero.

Dada la convergencia del régimen de ambas clases de responsabilidad, recordemos que se diferencian fundamentalmente en el plazo de prescripción –ordinario de quince años en la contractual (art. 1964 CC) y el brevísimo de un año en la extracontractual (art. 1968.2.º CC)– y en la admisión de cláusulas que agravan o atenúan la responsabilidad, que sólo caben en las obligaciones contractuales en la reducida medida en que lo permitan las normas que invalidan las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores.

En fin, no menos importante es el problema de la responsabilidad civil, que se ha debatido ampliamente en la gestación de la mencionada Directiva. Se trata de un punto crucial que concita los intereses opuestos de los operadores de la red, en especial de los intermediarios y de los titulares de los contenidos transmitidos, señaladamente los más vulnerables, es decir, los derechos de autor, a los que se unen las exigencias generales de eficacia y seguridad del comercio electrónico, de proteger a los usuarios de la red y de respetar los derechos de los consumidores⁴.

Por eso resulta preocupante que el Anteproyecto se remita en este punto a las normas generales de la responsabilidad civil, pues es poco exigente, ya que comporta para los operadores una responsabilidad de índole subjetiva, basada en la culpa, que no se presume, a diferencia de lo que ocurre con los prestadores de los servicios de certificación que, de acuerdo con el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, deben demostrar que han actuado con la debida diligencia (art. 14.1)⁵. Una presunción legal semejante consagraba la primera versión del Anteproyecto, pero ha desaparecido a partir de la segunda redac-

⁴ Vid. los sugestivos trabajos de JULIÀ BARCELÓ, «Liability For On-Line Intermediaries: A European Perspective», *European Intellectual Property Review*, núm. 12, 1998, pp. 453 ss., y GÓMEZ SEGADE, «El derecho de autor en el entorno digital», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1999, pp. 309 ss.; asimismo, sobre la política legislativa, el autorizado informe de DÍAZ FRAILE, «Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 663, 2001, pp. 81 ss.

⁵ Este texto ha dado lugar a una abundante y variada literatura; para una síntesis del mismo, nos remitimos a nuestro estudio «El régimen legal de la firma electrónica», *Actualidad Civil*, núm. 11, 2000, pp. 411 ss. Además, vid. CREMADES GARCÍA, «Estudio del Real decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 25, 2000, pp. 141 ss., y la amplia monografía de MARTÍNEZ NADAL, *La Ley de Firma Electrónica*, Madrid, 2000.

ción del mismo⁶, lo que seguramente no facilitará la confianza en Internet, dados los numerosos riesgos que implica, tanto técnicos⁷ como jurídicos⁸. Es quizá de lamentar, pero la inseguridad del comercio electrónico no es, hoy por hoy, un simple mito⁹.

Sin embargo, el Anteproyecto, en concordancia con el criterio adoptado por la Directiva, ha exonerado además a los intermediarios, quienes no responden por los contenidos ajenos ante los titulares de los mismos, cuando se ocupan, con determinados requisitos, de las cuatro operaciones técnicas más frecuentes en Internet. Se ha seguido aquí, no sólo el criterio más liberal de la jurisprudencia extranjera, sino el precedente de la Ley alemana de multimedia de 1997 (pár. 5) y el discutible ejemplo de la norteamericana *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (set. 512)¹⁰.

Por ello, es claro que estamos ante un régimen desregulador de la responsabilidad, que favorece la lesión de los bienes inmateriales protegidos por la propiedad intelectual e industrial, tanto por los operadores como por los usuarios, que se ha establecido, por fin, para proteger a la industria electrónica europea frente a la competencia de los Países Terceros, en especial de los Estados Unidos.

⁶ Cfr. respectivamente los arts. 8.3 y 8.2; mientras que primero establecía que: «En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la diligencia debida», tal frase no se recoge en el segundo, con lo que se elimina la presunción. Vid. para la primera versión del Anteproyecto nuestro trabajo «Sobre la formación del contrato en el Anteproyecto de Ley de comercio electrónico», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 8, 2000, pp. 3 ss., y para la segunda, el meditado estudio crítico de ILLESCAS ORTIZ, «Entre Europa y la nada (A propósito del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 29 de septiembre de 2000)», *ibidem*, núm. 11, 2000, pp. 3 ss.

⁷ Vid. principalmente ROGEL VIDE, «Notas sobre el llamado «Efecto 2000», la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, pp. 59 ss., así como la amplia serie de supuestos que menciona RIBAS ALEJANDRO, «Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales», *Derecho de Internet. Comercio Electrónico y Firma Digital*, vol. coord. por Mateu de Ros y Cendoya Méndez de Vigo, Pamplona, 2000, pp. 143 ss.

⁸ Por ejemplo, *vid.* los problemas que propone CAVANILLAS MÚGICA, «La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1999, pp. 435 ss., y las aporías planteadas por RODRÍGUEZ ADRADOS, «La firma electrónica», *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 913 ss. En particular, para los riesgos de los derechos de autor en Internet, SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2000, pp. 86 ss., y DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, Madrid, 2.^a ed. 2001, pp. 253 ss., quien se ocupa también de la incidencia de la red en materia de marcas, publicidad y competencia desleal (pp. 143 ss.).

⁹ Como sostiene con cierta exageración MATEU DE ROS, «Presentación», *Derecho de Internet*, cit., p. 22.

¹⁰ Para la casuística y los textos legales mencionados, *vid.* principalmente GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por las infracciones de los derechos de autor y conexos», pe.i, «*Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 6, 2000, pp. 9 ss.; asimismo, JULIA BARCELÓ, «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *European Intellectual Property Review*, núm. 3, 2000, pp. 105 ss.

Nótese que esto confiere a la normativa estadounidense por vía indirecta una sorprendente extraterritorialidad, que es palpable en todos los sectores de estrecha integración internacional, como es el caso de las telecomunicaciones e Internet.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

A) *Sociedad de la información y comercio electrónico.* Como es sabido, en la práctica, el objeto de los contratos electrónicos suele estar constituido por las prestaciones de dar y de hacer que son típicas de los contratos de compraventa, arrendamiento de bienes y de servicios, y de obra, con un claro predominio de las primeras; estas prestaciones deben estar comprendidas, por otra parte, en los llamados servicios de la sociedad de la información y no estar excluidas del comercio electrónico.

A tenor del artículo 2.b) del Anteproyecto, tales servicios son, aparte del comercio electrónico, los que se prestan normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario; también se comprenden los servicios no remunerados, que constituyan una actividad económica para el destinatario. Se ha pensado que en el acceso gratuito a la red, que conceden en ocasiones las compañías telefónicas, no hay un contrato de arrendamiento por la falta de remuneración o de precio cierto¹¹, lo que es acertado, pues estaríamos más bien, a nuestro modo de ver, ante un préstamo de uso o comodato (art. 1741 CC); aunque el concedente obtenga, además, el beneficio indirecto de divulgar su publicidad y adquirir una hipotética clientela, este provecho no es el precio o la contraprestación del servicio gratuitamente prestado. Por supuesto que no estamos ante una donación, pues tal cesión gratuita no es transmisiva del dominio.

A continuación, el Anteproyecto señala, a modo de ejemplo, una serie de servicios que se pueden agrupar en dos clases, según los preste directamente el interesado o los proporcione un empresario especializado en la intermediación electrónica; mientras los primeros se refieren a la contratación de bienes y servicios en línea (en tiempo real), las subastas en línea, centros virtuales y compras por grupos de personas, las comunicaciones comerciales o anuncios publicitarios, la información en línea y el correo electrónico

¹¹ Opina en este sentido GARCÍA VIDAL, «Los contratos de acceso a Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, p. 40.

con fines económicos, los últimos consisten, en cambio, en el acceso, búsqueda, transmisión, alojamiento y recopilación de datos, a los que se une el vídeo bajo demanda y la distribución individual de contenidos. Pero quedan fuera de estos servicios la radiodifusión televisiva y sonora, el teletexto y el correo electrónico utilizado con fines distintos de la publicidad o la actividad económica [art. 2.b)].

Con toda razón se ha observado que los servicios de la mal denominada sociedad de la información coinciden con los que el comercio electrónico comprende habitualmente¹². Buena prueba de ello es que el Anteproyecto describe este último con una fórmula vacía y redundante como «toda forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, como Internet» [art. 2.a)]. Puede discurrir por redes cerradas, como el sistema EDI, o abiertas, como la red indicada, y ser directo o indirecto. Es directo cuando todas las vicisitudes del contrato tienen lugar en línea, incluida la entrega del bien, que sólo puede ser por ello de naturaleza inmaterial, en tanto es indirecto en caso que la entrega se realice por canales convencionales¹³. Con todo, lo novedoso aquí es el comercio directo de datos, sonidos e imágenes, que provoca el permanente conflicto entre los titulares de estos contenidos inmateriales, amparados por la propiedad intelectual e industrial, y los diversos intermediarios que los transmiten por la red o realizan otras operaciones técnicas con los mismos¹⁴.

Debe resaltarse que todas estas prestaciones, llamadas genéricamente servicios, pueden ser objeto de los contratos que estudiamos, a no ser que estén excluidas definitiva o temporalmente. Según el Anteproyecto, no entran en su ámbito de aplicación los actos regidos por el Derecho de la competencia, los sujetos a fe pública y publicidad registral, la representación y defensa judicial, los juegos de azar y los tributos e impuestos (art. 3). Asimismo, en tanto no se modifique el régimen vigente, no pueden ser objeto de los contratos electrónicos la constitución y transmisión de derechos reales sobre

¹² Vid. ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, p. 22, quien llega a proponer la supresión de «la equívoca, perifrástica, afrancesada y exuberante expresión Sociedad de la Información». En cambio, son partidarios de una noción amplia de la sociedad de la información, que trasciende de la mera venta de mercancías a distancia y en línea, BISBAL MÉNDEZ y CASAS VALLÉS, «Prólogo», *Legislación de Comercio Electrónico*, Madrid, 2001, pp. 15 ss.; asimismo, DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 85.

¹³ Para esto, vid. MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, Curso de protección jurídica de los consumidores, coord. por Botana García y Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, pp. 248-249; sobre las aplicaciones y los servicios de Internet, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 28 ss.

¹⁴ Vid. en especial JULIA BARCELÓ, *Liability For On-Line Intermediaries*, cit., pp. 459 ss.

bienes inmuebles, salvo el arrendamiento regido por la legislación común –cual si se tratara de un derecho real–, los actos que requieran intervención de órganos públicos, la recepción de crédito o la constitución de fianza u otras garantías por motivos ajenos a la actividad económica y los relativos al Derecho de familia y de sucesiones (art. 25). Mientras las primeras materias se excluyen para salvaguardar la integridad de su propio régimen, la exclusión de los últimos actos o contratos mencionados se debe a que son ajenos a la agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil, a que exigen una forma pública constitutiva o *ad solemnitatem*, o a que son de carácter «formal», como la letra de cambio y el cheque; en otras palabras, se excluyen los negocios jurídicos cuya perfección exige un documento público y que deben celebrarse entre presentes y con unidad de acto¹⁵.

B) *Prestadores de servicios, intermediarios y destinatarios.* De acuerdo con las definiciones del Anteproyecto, los sujetos de los contratos electrónicos son el prestador de servicios, el destinatario de los mismos y el consumidor, a los que se deben unir los intermediarios, que están comprendidos entre los primeros y se describen sólo para declararlos exentos de la responsabilidad que podría corresponderles por la transmisión ilícita de contenidos ajenos.

En concordancia con la noción de comercio electrónico, es prestador de servicios la «persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información» [art. 2.c)]. Ante todo, señalemos que la expresión suministro se emplea aquí en el sentido vulgar de actividad o de prestación, pero no en el sentido jurídico del contrato atípico de suministro; y ello por la sencilla razón de que no todos los servicios que conocemos pueden encuadrarse en este contrato, sobre todo cuando se prestan por una sola vez o de forma esporádica u ocasional, los cuales difieren además por el objeto y lo acordado en cada caso por los contratantes.

Por otra parte, los prestadores de servicios pueden ser empresarios que los prestan directamente a los destinatarios o lo hacen a través de intermediarios, y éstos a su vez pueden actuar por cuenta de aquéllos o por cuenta propia ante los destinatarios. En el primer caso, estamos ante el comercio normal, sólo que tiene lugar en la red, y el prestador puede ser un vendedor o un arrendador de bienes muebles, lo mismo corporales que inmateriales, o un arrendador de servicios convencionales o, en fin, un ejecutor de obras; el

¹⁵ *Vid.* para los fundamentos de estas exclusiones DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 88 y 105-106, respectivamente.

intermediario puede ser en este caso un dependiente o un auxiliar del prestador principal, según la relación interna que los vincule. Desde otro punto de vista, el prestador puede ser un profesional que ejerce una profesión regulada, esto es, que requiere un título que le habilite legalmente para ejercerla [art. 2.g)], o puede estar sujeto a un código de conducta que garantiza su seriedad y la calidad de sus productos (art. 19); en ambas hipótesis, se imponen al prestador obligaciones adicionales de información al destinatario [art. 11.e) y g)].

Al supuesto anterior se debe asimilar, por otra parte, el del intermediario que actúa por cuenta ajena, puesto que depende del prestador y no se relaciona con el destinatario. Por el contrario, el intermediario que actúa por cuenta propia es también un prestador de servicios de la sociedad de la información, que presta sus servicios igualmente al destinatario, con el que contrata directamente y con independencia de la titularidad de los contenidos que le proporcione. En la práctica, estos servicios se pactan mediante contratos de acceso a la red y prestaciones complementarias, como el buzón de correo electrónico, de diseño, mantenimiento y actualización de páginas *web*, y de alojamiento de sitios en Internet¹⁶. A estos intermediarios independientes deben unirse los certificadores de firma electrónica, que el Anteproyecto inexplicablemente ha omitido¹⁷, dado que el contrato que celebra con el signatario es semejante a los mencionados.

La naturaleza de estos contratos es poco clara. Se ha pensado que se trata de un contrato de suministro entendido en sentido amplio¹⁸, lo que se ha descartado por faltar el *dare* duradero, continuado o con intervalos, que es propio de este contrato¹⁹. Parece predominar la idea según la cual estamos ante diversos arrendamientos de servicios, al menos, en el acceso puro a la red²⁰, si bien las prestaciones complementarias y los contratos relativos a las páginas o sitios *web* se han considerado como contratos de obra²¹.

¹⁶ Vid. la detallada descripción que ofrece DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 59 ss.

¹⁷ En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ Así opina ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid, 2001, p. 134.

¹⁹ Como advierte, con razón, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 39.

²⁰ En este sentido, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 39, con referencias; asimismo, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, 60-61 y 67, con abundantes referencias, para los contratos de acceso a la red y de sitio *web*.

²¹ Asimismo, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, pp. 40-41, para la elaboración de páginas *web*, pero no su alojamiento, ni el buzón de correo electrónico; igualmente, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 64, estima que este supuesto está próximo a contrato de (arrendamiento) de obra. Califica el contrato de acceso como contrato de obra, asimismo, HEUN, *Rechtsbeziehungen zu Access.-Providern*, Neues Recht für Medien, coord. por Bartsh y Lutterbeck, Colonia, 1998, p. 253, según refiere el primer autor citado, *loc. cit.*, p. 40, nota 15; para PAZ ARES,

Lo que es lógico puesto que se plasman en un nuevo bien que no preexistía al contrato, y por eso no se trata de un contrato de compraventa.

Como es sabido, la frontera entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra es oscura y suele reconducirse a la también opaca distinción entre las obligaciones de medios, actividad o diligencia y las obligaciones de resultado, la cual, como hemos puesto de relieve en otro lugar, descansa en último término en la voluntad de los contratantes y en la interpretación del respectivo contrato²². Con todo, es probable que el *provider* no se obligue en estos casos a una mera actividad diligente, sino que se comprometa a la obtención del resultado, lo que es seguro, a nuestro juicio, en los servicios concernientes a la *web*; también en los contratos de acceso es claro que no le basta al prestador o, en su caso, al destinatario la mera posibilidad de enganche sino que ambos buscan el resultado de la efectiva transmisión de sus contenidos o datos. Buena muestra de ello son las cláusulas de exclusión de responsabilidad por falta de funcionamiento o por funcionamiento defectuoso del servicio que los intermediarios suelen incluir en sus clausulados²³, las cuales revelan que, sin ellas, estarían obligados a alcanzar dicho resultado, sin perjuicio de la limitada validez de las mismas.

En otro orden de cosas, tanto el prestador de servicios como el intermediario independiente, pueden estar establecidos en España, pertenecer a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o ser de un País Tercero²⁴. De acuerdo con el Anteproyecto, en el primer caso, se requiere que tengan su residencia o domicilio social en el territorio español, siempre que coincida con la sede principal de sus negocios o, al menos, que posea un establecimiento permanente situado en España, lo que se presume por su inscripción en el Registro Mercantil; pero no basta que los servicios prestados o el acceso a los mismos se obtengan por medios tecnológicos situados en España. Estos prestadores se rigen por el Derecho español (art. 4), en especial por el llamado ámbito normativo coordinado sobre el comienzo de la actividad y el poste-

«El comercio electrónico. (Una breve reflexión de política legislativa)», *Derecho de Internet*, cit., p. 95, el servidor asume explícita o implícitamente los resultados de la operación, pues los fallos son previsibles, sin perjuicio del pacto expreso al respecto.

²² Nos remitimos a nuestro trabajo «El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, 1997, y allí referencias a la literatura española; *adde*: TRIGO GARCÍA, *Contrato de Servicios. Perspectiva Jurídica Actual*, Granada, 1999, pp. 183 ss., e YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 123 ss.

²³ Menciona estas cláusulas GARCÍA VIDAL, *op.cit.*, p. 45.

²⁴ *Vid.* para este punto las observaciones de DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 89 ss., basadas en los principios del mercado interior y en el del país de origen.

rior ejercicio de la misma, que incluye, entre otros extremos, la contratación en línea y la responsabilidad del prestador de servicios [art. 2.j)].

En el segundo caso, se aplica también el Derecho español a los prestadores e intermediarios europeos por los servicios prestados a destinatarios residentes o establecidos en España, en materias tales como la propiedad intelectual e industrial, el dinero electrónico, los derechos reales sobre inmuebles sitos en el territorio español y –lo que es muy importante– las obligaciones nacidas de contratos celebrados por un consumidor, a no ser que no rija la ley de residencia del destinatario por aplicación de los convenios internacionales o de las normas comunitarias sobre dichas materias (art. 5). Lo que no se compagina bien con la remisión a las reglas del Convenio de Roma de 1980 y del artículo 10.5 del Código civil, con la salvedad del misterioso ámbito normativo coordinado (art. 29), ni con la presunción de que el contrato se entiende celebrado en el lugar de residencia habitual del consumidor (art. 33). En cambio, los prestadores e intermediarios procedentes de Países Terceros pueden actuar libremente en España y no se rigen por el Derecho español, salvo acuerdo de sumisión expresa (art. 6) o que atenten contra los principios fundamentales de la convivencia social (art. 9.1).

Finalmente, para el Anteproyecto, el destinatario es la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información [art. 2.d)], al tiempo que el consumidor es un destinatario que actúa con una finalidad distinta a la de su actividad económica, profesional o de negocio, en los términos del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [art. 2.e)].

Nótese que la mera utilización de los servicios confiere la cualidad de destinatario, por lo que basta la voluntad tácita, un acto concluyente y hasta el mero contacto social, y que las dos definiciones son redundantes porque la nueva noción de consumidor, al suprimir la polémica exigencia de ser destinatario final que establece el expresado precepto de 1984, lo equipara con el destinatario que no actúa por motivos profesionales, lo que concuerda con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 2.3), que confiere a los adherentes, además, las mismas acciones individuales y colectivas de los consumidores y usuarios (disp. ad. 4.^a). En este caso, resulta indiferente, por tanto, que el destinatario de los servicios sea un empresario o un consumidor, pues son de aplicación preferente las normas protectoras de este último; por eso, los internautas que no actúen como profesionales, en rigor, son a la vez adherentes y consumidores, y

gozan de los mismos derechos que éstos en el comercio electrónico²⁵.

De acuerdo con esta definición, son destinatarios también los empresarios que actúan en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, esto es, los que se ocupan del llamado B2B, de manera exclusiva o no. Asimismo, son destinatarios los empresarios que proporcionan los contenidos inmateriales, tanto a los prestadores como a los intermediarios. En fin, un tipo particular de destinatario es el signatario de la firma electrónica, tanto simple como avanzada, así como los también llamados destinatarios de la misma, que son quienes contratan con aquél.

C) *Medio técnico y régimen aplicable.* Un acierto del Anteproyecto es hablar de «contratos celebrados por vía electrónica» (art. 25.1), puesto que este plural revela que no hay un contrato electrónico, sino varios, cuyo denominador común es la vía o el medio técnico empleado por los contratantes. Por consiguiente, estos contratos se definen como «todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético» [art. 2.h)]. La vía electrónica alude, pues, al instrumento de que se valen las partes para la celebración del contrato.

Esto quiere decir que no estamos ante una nueva «forma» contractual, añadida a la oral o la escrita, ni ante un problema de libertad de forma (art. 1278 CC), como suele afirmarse²⁶, sino tan sólo ante un nuevo medio técnico, asimilable, desde este ángulo, a la máquina de escribir, al telégrafo, al teléfono, al télex o al telefax. Corroboración esta interpretación, precisamente, la equivalencia del contrato electrónico a la forma escrita o documento privado, siempre que los mensajes electrónicos se archiven y se mantengan accesibles para su ulterior consulta, que consagra el Anteproyecto (art. 27), en términos análogos a los de la equivalencia de la firma electrónica a la firma manuscrita, que incluso se presume cuando la firma es avanzada y reúne determinados requisitos técnicos (art. 3.1 RD-1 14/1999). Es de señalar que estos contratos pueden celebrar-

²⁵ No sólo de los derechos básicos de información previa, documentación del contrato y desistimiento renunciable como cree CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, «Protección de los consumidores», *Derecho de Internet*, cit., p. 137.

²⁶ Así, incluso los notarios, RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, p. 923, y BOLÁS ALFONSO, «Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36, 2000, pp. 31 ss., por todos.

se, según el Anteproyecto, sin necesidad de pacto previo y expreso entre los contratantes (art. 26).

Asimismo, la definición normativa de los contratos electrónicos reitera que se trata de contratos celebrados entre personas distantes, lo que ya sabíamos por ser estos contratos uno de los servicios de la sociedad de la información [art. 2.b)]. En coherencia con esto, el Anteproyecto determina el momento de perfección del contrato, conforme con el criterio de la recepción, cuando la aceptación del destinatario, o la formulación de su petición, llega al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y sea accesible por este último; criterio que se aplica por igual a los contratos civiles y mercantiles (art. 32.1 y 2).

Se trata de una importante innovación del Anteproyecto, que se aparta del silencio que guarda la Directiva sobre este punto (art. 11); innovación que es significativa desde diversos puntos de vista. Muy brevemente, consagra, ante todo, de manera expresa la interpretación correctora del artículo 1262-II del Código civil que impera en la doctrina civilista²⁷; por otra parte, establece un criterio unitario para los contratos civiles y mercantiles, con lo que supera la diversidad del citado precepto y el artículo 55 del Código de comercio, como proponía cierto sector de la doctrina²⁸; en fin, corrobora que, aunque las comunicaciones telemáticas sean casi instantáneas, que no lo son, siempre se trata de un contrato celebrado *inter absentes*²⁹.

Los contratos electrónicos no son atípicos, sino que su régimen jurídico está fragmentado y disperso, y depende de la naturaleza de la prestación de que se trate y de la cualidad subjetiva de los contratantes. En cuanto a la prestación, sabemos que se trata básicamente de contratos de compraventa o de arrendamiento de bienes muebles, de arrendamiento de servicios o del contrato de obra. El primero de estos contratos se rige por los artículos 1445 y siguientes

²⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, «La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 12-13, por todos.

²⁸ En este sentido, CLEMENTE MEORO, «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, pp. 76-77, tesis que compartimos en nuestro anterior trabajo «Sobre la formación del contrato», cit., p. 15.

²⁹ Como sostuvimos en nuestro artículo «En torno a los contratos electrónicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, p. 88; asimismo, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 253, con cita de la STS de 30 de junio de 1996 y 28 de enero de 2000, si bien precisa que las nuevas tecnologías pueden modificar en el futuro esta opinión. Por el contrario, insiste en que la rapidez del tiempo real permite superar la distancia entre los contratantes, incluso con unidad de acto, MATEU DE ROS, «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», *Derecho de Internet*, cit., p. 43; a su juicio, la imposibilidad de revocación, hace que los contratos electrónicos constituyan una nueva modalidad de concurrencia presencial, sin solución de continuidad (pp. 60 y 61).

del Código civil o por los arts 325 y siguientes del Código de comercio, cuando sean de aplicación unos u otros conforme a las reglas generales, a los que se unen los artículos 38 y siguientes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, pues es indudablemente una venta especial a distancia; si la compraventa es a plazos, será de aplicación la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, a lo que no se opone el carácter real de la misma³⁰, dado que el consentimiento equivale aquí a la promesa del contrato y la entrega que lo perfecciona puede efectuarse lo mismo en línea que fuera de la red, según la naturaleza material o inmaterial del bien objeto del contrato.

Por otra parte, mientras el arrendamiento de bienes muebles se rige por los artículos 1542 y siguientes del Código civil, sobre el arrendamiento de servicios, hay que decir que en la actualidad este contrato, aparte del *nomen iuris*, carece de una regulación propia³¹, sin que se puedan prestar por vía electrónica los servicios que exijan la presencia física del destinatario, tales como, por ejemplo, algunas prestaciones médicas o sanitarias. Asimismo, la arcaica regulación del contrato de obra prevista por los artículos 1588 y siguientes del Código civil se completa con la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que será aplicable a los servicios profesionales que puedan prestarse por vía electrónica, como la redacción de proyectos, cálculos de materiales o de costes, o similares servicios relacionados con construcción de edificios.

Por lo que atañe a los sujetos, es sabido que estos contratos se someten a condiciones generales de la contratación, casi por ser una exigencia inherente a la red. Por eso, se rigen de ordinario por la ya citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, actúe el adherente o no por motivos profesionales; si así lo hace, el contrato se rige exclusivamente por esta Ley y el Derecho común, en especial el mercantil, en tanto que el adherente que actúa al margen de su actividad económica o empresarial se ha equiparado al consumidor, como vimos, y está amparado, igual que éste, por la también citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en particular por sus normas sobre cláusulas abusivas (arts. 10 y 10 bis y disp. ad. 1.^a) y sobre responsabilidad (arts. 25 y ss.), así

³⁰ En contra, ILLESCAS ORTIZ, *Entre Europa y la nada*, cit., p. 29. El artículo 25.2 del Anteproyecto, que establece las normas aplicables a los contratos electrónicos, no menciona esta Ley, aunque alude a las Leyes que citamos en el texto.

³¹ De contrato atípico habla con razón TRIGO GARCÍA, *op. cit.*, p. 128. Es de lamentar que el caducado Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 (BOC, serie A, núm. 58-1), que pretendía modificar el Código civil para dar una nueva regulación a este contrato junto al contrato de obra, no se haya renovado posteriormente.

como por la Ley 22/1994, de 26 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, respecto de los bienes muebles corporales³². Con todo, la omisión del desafortunado Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales hace sospechar que se ha pretendido derogarlo tácitamente por ser incompatible con las disposiciones del Anteproyecto³³.

3. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DE PROTECCIÓN DEL DESTINATARIO

Como es habitual en las leyes protectoras de los consumidores, el Anteproyecto establece diversas obligaciones de información y de protección del destinatario a fin de que el comercio electrónico sea transparente y la publicidad en línea sea correcta y no compulsiva. En concreto, el texto procura que el comercio electrónico no incida en la intimidad y la privacidad de los usuarios, en especial en lo que concierne a la publicidad no solicitada. Para ello, contempla numerosas obligaciones que los prestadores deben cumplir bien con carácter general y previo, bien al efectuar sus comunicaciones comerciales, o bien en las distintas fases de formación del respectivo contrato, tanto antes como después de su perfección. Mientras las dos primeros tipos de deberes son preliminares, en el sentido de que no exigen un vínculo contractual entre prestador y destinatario, los dos últimos, en cambio, suponen un contrato en formación o ya perfeccionado entre uno y otro.

A) *Obligaciones preliminares.* Las primeras obligaciones se refieren a los datos de identificación del prestador de servicios y a las condiciones económicas del servicio ofertado. En cuanto a los datos, determina el Anteproyecto que el prestador debe disponer de los medios idóneos para acceder a los mismos de forma permanente, fácil, directa y gratuita, siendo suficiente que estén disponibles en su página o sitio de Internet. Los datos son los relativos al nombre, domicilio social, dirección de correo electrónico, inscripción

³² Además de las Directivas comunitarias que están pendientes de incorporación a nuestro Derecho; se trata de la Directiva 97/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1977, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE, L, 144, de 4 de junio de 1997) y de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías en los bienes de consumo (DOCE, L, 171, de 7 de junio de 1999).

³³ Sostiene la absoluta ilegalidad del mismo GARCÍA RUBIO, «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *La Ley*, núm. 5227, 2001, pp. 1 ss.

en el Registro Mercantil, autorización administrativa previa, colegio profesional, título académico o su homologación y normas profesionales en caso de ejercer una profesión regulada, o el respectivo código de conducta. Por otra parte, las condiciones económicas aluden al precio del producto o servicio, los gastos de envío y los impuestos aplicables, en especial el Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 11). En fin, no parece que exista un deber imperativo de informar al destinatario del nombre o nombres de dominio de Internet utilizados por el prestador, aunque se someten a un régimen de constancia registral obligatoria (art. 10)³⁴, si bien la divulgación de los mismos interesa al propio prestador, por lo que se informa usualmente del respectivo nombre de dominio.

Es claro que estamos ante uno de los clásicos deberes de información impuestos por la buena fe, que el Anteproyecto fija en el plano normativo e impone con un carácter general y abstracto; es cierto que se trata de un deber específico impuesto por la futura norma legal, pero no atiende a una relación previa entre los eventuales contratantes. Por eso, en caso que el prestador incumpla esta obligación, o facilite datos incorrectos o incompletos, debe reparar los daños que se deriven de dicho incumplimiento, siempre que existan, sean ciertos y estén debidamente probados. De acuerdo con el criterio que sentamos al principio de este trabajo, la responsabilidad es de naturaleza extracontractual, pues el prestador y el destinatario no han tenido ocasión de repartir bilateralmente los riesgos del incumplimiento entre sí.

Por su parte, los deberes de protección de la intimidad y de la privacidad se rigen por las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, debiendo resaltarse que, según la STC 292/2000, de 30 de noviembre, se trata de derechos fundamentales distintos, que se contemplan por el artículo 18.1 y 4 de la Constitución, respectivamente³⁵. Ambas normas constituyen el fundamento de las restricciones a la libre prestación de servicios impuestas por el Anteproyecto (art. 9.1-II), así como de las obliga-

³⁴ Se rigen por la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se regula el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es), y han presentado problemas en relación con las marcas comerciales; *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 98 ss., y ampliamente CARBAJO CASCÓN, *Conflictos entre signos distintos y nombre de dominio en Internet*, Pamplona, 1999.

³⁵ Para sus posibles vulneraciones en Internet, *vid.*, asimismo, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 496 ss., y FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, 1998.

ciones relativas a las comunicaciones comerciales enviadas por correo electrónico y no solicitadas por el destinatario.

De acuerdo con nuestro texto, estas últimas están, en principio, autorizadas, siempre que se identifiquen nominalmente y que el destinatario no se haya opuesto expresamente a la recepción de las mismas (art. 22). Esta oposición requiere una inscripción gratuita en las listas de exclusión voluntaria, o en listas confeccionadas por el prestador de estos servicios de *mailing* electrónico, quien debe consultarlas, al menos, una vez al mes, siempre que la consulta sea gratuita, sin que el Anteproyecto imponga esta misma obligación en caso contrario (art. 23.1); además, el prestador debe informar sobre la existencia de estas listas e indicar el procedimiento para inscribirse en ellas, aun cuando el destinatario no se haya opuesto, y señalar que su dirección de correo electrónico puede ser utilizada para el posterior envío de comunicaciones comerciales (art. 23.2).

Aunque este sistema de *opt out* se recoge también en la Directiva (art. 7.2), hay que reconocer que supone una pesada carga a todos los posibles usuarios de Internet, la cual es difícilmente compatible con el derecho fundamental de privacidad informática, que acabamos de mencionar, al tiempo que esta oposición a recibir comunicaciones comerciales constituye un nuevo derecho que se añade a los de acceso, de rectificación, de cancelación y también de oposición previstos por la citada Ley de Protección de Datos Personales (arts. 15-17).

En caso de incumplimiento de estas obligaciones por parte del prestador de servicios, debe resarcir los daños que surjan y se deriven del mismo, y su responsabilidad proviene aquí, igual que en el supuesto anterior, de la violación de una obligación impuesta directamente por la futura norma legal. No obstante, a diferencia de dicho supuesto, el procedimiento de oposición y la obligación de consultar las listas de exclusión hacen verosímil la existencia de una relación previa entre el prestador y el destinatario, aun cuando no sea de índole contractual por ser inhábil para la distribución de los riesgos. Aunque esta relación no es sinalagmática o recíproca, por no ser interdependiente ni concausada, sí puede considerarse como una relación bilateral en sentido amplio, puesto que implica la conjunción de dos voluntades que convergen en la exclusión o no de las comunicaciones comerciales³⁶; por consiguiente, parece que la responsabilidad del prestador que incumple estas obligaciones se

³⁶ Para esta distinción, *vid.*, principalmente, ALONSO PÉREZ, *Sobre la Esencia del Contrato Bilateral*, Salamanca, 1967, y nuestra obra *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pp. 241 ss., y allí otras referencias.

debe calificar en este caso como una responsabilidad de carácter contractual.

B) *Obligaciones precontractuales y postcontractual.* Asimismo, el Anteproyecto contempla nuevas obligaciones de información, que se distinguen de las anteriores por ser concretas, específicas y estar dirigidas a determinados destinatarios con los que el prestador pretende entablar relaciones contractuales; estas obligaciones se presentan en la fase precontractual, o sea, como dice el texto, «antes de que el destinatario del servicio inicie el procedimiento de contratación» (art. 30.1).

Consisten estas obligaciones en informar de manera clara, comprensible e inequívoca sobre los distintos trámites o pasos que debe seguir el destinatario para celebrar el contrato, el archivo del respectivo documento electrónico y su acceso, los medios técnicos para detectar y corregir errores, la lengua o lenguas en que se redactará el contrato, a elección del consumidor (*sic*), así como en poner a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato, de manera que puedan ser almacenadas y reproducidas por éste, y los datos correspondientes a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Estas obligaciones no son exigibles, por un lado, si ninguna de las partes es consumidor —al que se asimilan, como sabemos, los adherentes que actúan fuera de su actividad económica— y por otro, si el contrato se celebra exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación individual equivalente (art. 30).

Es claro que estamos aquí ante obligaciones impuestas por un eventual precepto de rango legal, cuyo incumplimiento da lugar a un supuesto de responsabilidad precontractual. Es sabido que, a falta de norma expresa, predomina la idea de que esta responsabilidad se rige por las reglas de la responsabilidad extracontractual, puesto que aún el contrato no se ha celebrado, si bien se han elevado numerosas voces en los últimos años a favor de la responsabilidad contractual³⁷. En nuestro caso, se debe compartir esta última opinión por la misma razón apuntada en el supuesto anterior, a lo que se puede añadir la presunción de hecho de que el prestador que incumple estas obligaciones lo hace por su cuenta y a su propio riesgo, pues él mismo ha dado comienzo al proceso de formación del concreto contrato que pretende celebrar con el destinatario.

Ya sabemos que, según el Anteproyecto, el contrato se perfecciona en el momento en que la declaración de voluntad del destina-

³⁷ Vid. el amplio elenco que ofrece GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, pp. 78 ss.

tario aceptante llegue al sistema informático del prestador oferente (art. 32.1). Una vez perfeccionado el contrato, se añade otro deber de información, que consiste en la confirmación que el prestador debe comunicar al destinatario, bien mediante un acuse de recibo por correo electrónico dentro de veinticuatro horas, o bien mediante un mensaje de confirmación tan pronto como el destinatario haya completado el procedimiento de contratación, siempre que pueda ser archivado por éste. Tanto el mensaje del destinatario como el del prestador se entienden recibidos cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello, lo que se presume para el acuse de recibo desde el instante en que se almacene en el servidor donde tiene el destinatario su cuenta de correo electrónico. Igual que en las obligaciones precontractuales, éstas no son exigibles en los dos casos excepcionales antes mencionados (art. 31).

Es indudable que estamos aquí ante una obligación postcontractual, que surge una vez perfeccionado el contrato. Su incumplimiento o el retraso en el acuse de recibo o de la confirmación no genera, pues, una responsabilidad *in contrahendo*³⁸, sino un claro supuesto de incumplimiento de una obligación ya nacida y, por tanto, de responsabilidad contractual.

4 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES

A) *Régimen común.* Establece el Anteproyecto que la responsabilidad civil de los prestadores de servicios se rige por las normas generales, con las particularidades de las normas protectoras de los consumidores (art. 13.1), a los que se unen los adherentes asimilados, cuyo estudio queda fuera de nuestro propósito.

Sin embargo, en el ámbito contractual, hay que resaltar que en las obligaciones de medios la diligencia exigible debe ser de alto nivel en atención a que se trata de profesionales y que, en las obligaciones de resultado, como son las contraídas por los intermediarios, los riesgos previsibles al tiempo de celebrarse el contrato se deben asignar al prestador de servicios por ser inherentes a su empresa o actividad económica; por el contrario, en ambos casos,

³⁸ Como entendió la Delegación española en algún momento del proceso de gestión del texto comunitario, según informa GARCÍA MAS, «Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre el Comercio Electrónico)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, 2000, p. 2909.

el juez habrá que ser exigente a la hora de apreciar la existencia de un caso fortuito invocado por el prestador demandado, debiendo tener en cuenta, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que le corresponde la mayor disponibilidad y facilidad probatoria en el proceso (art. 217.6). En fin, las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual sólo serán válidas en los contratos electrónicos celebrados entre empresarios.

En particular, si el destinatario contrata directamente con el prestador y éste le proporciona los servicios del intermediario, no hay responsabilidad extracontractual, puesto que el destinatario no es un tercero, como se ha sostenido³⁹. Aunque el destinatario no ha contratado con el intermediario, es claro que éste actúa aquí como un auxiliar del prestador de servicios, quien responde por aquél por ser el único obligado frente al destinatario y es evidente que esta responsabilidad es de índole contractual⁴⁰. Incluso se ha pensado que el destinatario podría ejercer en este caso una acción directa contra el intermediario por analogía con el transporte combinado⁴¹. Ambas soluciones caben en el contrato de obra (arts. 1596 y 1597 CC) y se pueden extender a todas las obligaciones de resultado contraídas por los prestadores de servicios en general y, en particular, por los intermediarios electrónicos, incluso cuando actúan como subcontratistas⁴², o como contratantes independientes en el marco de la operación económica dirigida por el prestador.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual entra en juego solamente en caso que los daños del destinatario sean ajenos al reparto convencional de los riesgos, o que los sufra un tercero; responsabilidad que, igual que la anterior, se rige por las normas generales, de manera que vale aquí lo dicho sobre la diligencia, el caso fortuito y la prueba. En concreto, el Anteproyecto determina que los prestadores tienen una responsabilidad específica por los contenidos propios o elaborados por cuenta suya que se transmitan por la red (art. 13.2), especialmente en lo que concierne a las creaciones protegidas por la propiedad intelectual, tal como prevé la Posición Común (CE) 48/2000 sobre la propuesta de Directiva relativa a los derechos de autor y derechos afines, que no regula este

³⁹ Aunque reconoce que el punto es discutible, opina en contra RECALDE CASTELL, «Comercio y Contratación Electrónica», *Informática y Derecho*, núm. 30-31, 1999, p. 68.

⁴⁰ Sostienen que la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es objetiva JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 488 ss., y JIMÉNEZ JORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 88 ss.

⁴¹ En este sentido, PAZ ARES, *op. cit.*, p. 95.

⁴² Es partidario de extender la acción directa a los subcontratos PASCUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, pp. 133 ss.

punto sino que se remite a la Directiva sobre comercio electrónico (Cdo. 16)⁴³, sin perjuicio de las posibles lesiones a la intimidad o a la privacidad de los usuarios de la red. Así, pues, por regla general, cada prestador es responsable de sus propios contenidos y los intermediarios, como sabemos, no responden de los contenidos ajenos en ciertos casos⁴⁴.

B) *Régimen especial de los intermediarios*. En efecto, el Anteproyecto exonera de responsabilidad extracontractual a los intermediarios por la posible utilización ilícita de tales contenidos, en especial de las obras protegidas por la propiedad intelectual, en estos cuatro casos, a saber:

a) La mera conducción (*routing*): Se refiere a los operadores de redes y proveedores de acceso que se ocupan de la transmisión y del acceso, respectivamente, incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para la transmisión y no supere un tiempo razonable. Estos intermediarios no responden por los contenidos transmitidos, salvo que hayan originado la transmisión, seleccionado los destinatarios o modificado los datos, sin atender a la manipulación exclusivamente técnica de los archivos durante la transmisión de los mismos (art. 15).

b) La copia temporal (*caching*): Se trata aquí del intermediario que almacena de forma automática, provisional y temporal los datos facilitados por un prestador con la única finalidad de hacer más eficaz su ulterior transmisión a los destinatarios. No responde por la reproducción temporal de tales datos si no los modifica, permite el acceso a los destinatarios, respeta las normas usuales para actualizar la información, no obstaculiza la tecnología idónea para medir la utilización de la información y la retira o la bloquea en cuanto tenga conocimiento de que se ha retirado en origen, se ha imposibilitado el acceso a ella, o le ha ordenado el órgano judicial o

⁴³ Se trata de la Posición Común acordada por el Consejo el 28 de septiembre de 2000, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE, C, 344, de 1 de diciembre de 2000), que se basa en los nuevos Tratados de la OMPI sobre los derechos de autor y sobre los derechos afines de intérpretes o ejecutantes y fonogramas; nos remitimos para este punto a nuestro trabajo «Incidencia de los Tratados de la OMPI de 1996 en la Ley de Propiedad Intelectual», pe. i. *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 4, 2000, pp. 9 ss. Para la mencionada Directiva, vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el derecho de autor», pe. i. *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 2, 1999, pp. 79 ss.

⁴⁴ Según GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, pp. 56 ss., tampoco responden en el Derecho en vigor.

administrativo competente que la retire o impida el acceso a la misma (art. 16).

c) El alojamiento de datos (*hosting*): El intermediario se ocupa en este caso de albergar datos proporcionados o actividades realizadas por el destinatario y no responde, siempre que desconozca la ilicitud de los datos o las actividades o que puedan lesionar bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización, o, si conoce estos extremos, retira o bloquea los datos con diligencia y respeto a las normas protectoras de la intimidad personal y familiar y de la libertad de expresión; el retiro y el bloqueo pueden ser imperativos cuando los ordena la autoridad competente por ser ilegales o vulnerar intereses legítimos de terceros. El intermediario no está exento de esta responsabilidad si actúa bajo la dirección, autoridad o control de un prestador de servicios (art. 17), puesto que, en esta hipótesis, se debe exonerar a este último respecto de los contenidos ajenos, pero no de los propios.

d) Los enlaces o búsquedas (*linking*): Si el intermediario facilita enlaces a otros contenidos en la red o incluye en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, tampoco responde por la ilicitud de dichos contenidos, si desconoce que la información a la que remite o recomienda es ilícita o puede lesionar bienes o derechos susceptibles de indemnización, o, si lo conoce, suprime o inutiliza el enlace, conforme a las demás reglas del caso anterior (art. 18).

Además, el Anteproyecto obliga a todos los prestadores, aunque esto se aplica de forma singular a los intermediarios, a comunicar a los órganos administrativos y judiciales competentes, tan pronto como tengan conocimiento de su existencia, la actividad presuntamente ilícita realizada por el destinatario del servicio y, a solicitud de dichos órganos, los datos para la identificación del mismo; igualmente, previo requerimiento administrativo o judicial, deben suspender la transmisión, el alojamiento, el acceso a la red o cualquier otro servicio para poner fin a una infracción o para impedirla y, por orden del juez, supervisar o conservar todos los datos sobre determinado sitio de Internet durante un período máximo de seis meses y ponerlos a disposición del mismo, con arreglo al procedimiento técnico menos gravoso para el prestador del servicio (art. 12).

En suma, el intermediario no responde en estos casos frente al proveedor de contenidos, que es también destinatario de los servicios prestados por aquél, siempre que se ajuste a estas exigencias y actúe con diligencia; si no es así, incurre en responsabilidad extracontractual, que se rige por las reglas generales, y se imputa por

ello a culpa o negligencia y no sólo por dolo⁴⁵; también debe responder si sospecha que los contenidos no son lícitos, aun antes de tener conocimiento efectivo de la ilicitud, pues se trata de un riesgo que es propio de su actividad empresarial. Por otra parte, se ha criticado la obligación de supervisión de los contenidos por ser materialmente impracticable o el filtrado caro e ineficaz, por restringir la libertad de expresión y la libre competencia y por descargar en los intermediarios la apreciación de la ilicitud de los contenidos⁴⁶, así como por no contemplar un procedimiento especial de notificación y retirada semejante al norteamericano⁴⁷. Pero hay que reconocer que esta solución es poco exigente con los intermediarios, a los que se les respeta su pasividad y sólo se les imponen unos deberes mínimos de comunicación y de colaboración, con la ventaja de acudir a los cauces administrativos y judiciales ordinarios de nuestro ordenamiento.

C) *Régimen especial de los certificadores de firma electrónica.* Por último, debemos ocuparnos de los olvidados intermediarios que prestan el servicio de certificación de las firmas digitales. El Real Decreto-ley 14/1999 les impone numerosas obligaciones, algunas comunes a todos estos prestadores y otras especiales para los que expiden certificados reconocidos.

Entre las primeras destacan las obligaciones de comprobar la identidad del signatario, entregarle los dispositivos de creación y verificación de firma, no almacenar ni copiar los datos de creación de la firma, informarle sobre el precio, condiciones para la utilización de la firma, posibles limitaciones de uso y garantías, además de mantener un registro telemático de los certificados emitidos y de comunicarle con una antelación mínima de dos meses el cese en su actividad (art. 11). De las últimas obligaciones, sobresalen estas dos: por una parte, deben constituir una garantía para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios ante los signatarios y los terceros afectados por sus servicios, garantía que puede

⁴⁵ En cambio, cree que esta responsabilidad se imputa sólo por dolo GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, p. 49, y los autores que cita, pues estima que el intermediario debe responder únicamente tras el conocimiento efectivo de la infracción a los derechos de autor y derechos conexos.

⁴⁶ En este sentido, JULIÁ BARCELÓ, *Liability For On-Line Intermediaries*, cit., pp. 460-460, quien sugiere la creación de un «cuerpo especial» de reclamaciones, de naturaleza privada y autorregulado; desarrollan estas y otras críticas, así como dicha sugerencia, JULIÁ BARCELÓ y KOELMAN, «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, pp. 3 ss. En general, estas críticas son, a nuestro juicio, poco convincentes.

⁴⁷ Es la opinión de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, p. 50.

consistir en una fianza mercantil o en un seguro de caución [art. 12.g)]; por otra parte, deben informar sobre el precio, las condiciones de utilización, los límites de uso, los procedimientos de reclamación y solución de conflictos, información que «estará también a disposición de los terceros interesados y se incorporará a un documento que se entregará a quien lo solicite» [art. 12.i)]. En fin, los certificados reconocidos deben indicar, entre otros extremos, los límites de uso y el valor máximo de las transacciones, si se hubieran establecido [art. 8.i) y j)].

El incumplimiento de estas obligaciones legales, así como la negligencia del certificador, provocan su responsabilidad por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, correspondiéndole la carga de la prueba de su diligencia. Esta responsabilidad se rige por las normas generales de la responsabilidad contractual y extracontractual, sin perjuicio de las normas especiales sobre consumidores, y se extiende a todo el patrimonio del prestador, en caso de insuficiencia de la garantía. En particular, el prestador no responde por el uso indebido de los certificados reconocidos, a no ser que consten en ellos, de forma claramente reconocible por los terceros, los límites de uso y de cuantía máxima que acabamos de señalar (art. 14).

Aunque se había propuesto autorizadamente que esta responsabilidad debería ser de carácter objetivo⁴⁸, se ha estimado que la inversión de la carga de la prueba es severa⁴⁹, o rigurosa, dado que objetiva dicha responsabilidad⁵⁰. Asimismo, se ha puesto de relieve, con razón, que dicha inversión no es coherente con la limitación de la responsabilidad del prestador sólo por falta de claridad de los límites consignados en el certificado, cuando hay otros casos, como errores en la identidad del signatario, el contenido esencial del certificado o límites temporales del mismo, en los que también debería responder⁵¹. Con todo, esta culpa presunta es poco relevante, pues es indudable que la obligación que el certificador contrae con el signatario es una obligación de resultado, por lo que cualquier defecto del mismo le es imputable como incumplimiento y desencadena su responsabilidad. Pero tiene la importante consecuencia asignar a cargo del prestador todos los riesgos que comporta el

⁴⁸ Vid. GARCÍA MAS, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 652, 1999, p. 772.

⁴⁹ Así, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 102

⁵⁰ En este sentido, GONZÁLEZ ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, «Estudio de la Directiva y del Real Decreto-ley de 17 de septiembre de 1999 de forma electrónica», *Derecho de Internet*, cit., pp. 247 y 248.

⁵¹ Igualmente, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 140.

servicio de certificación prestado, de los que se libera solamente si demuestra la existencia de un caso fortuito, en cuya apreciación, según dijimos, los tribunales deben ser estrictos. Se ha señalado, en fin, que la inversión de la carga de la prueba se fundamenta aquí en que se presume que los certificadores cuentan con suficientes y mayores medios técnicos que los posibles signatarios⁵², lo que es válido, en rigor, para todos los prestadores de servicios y, en especial, para los intermediarios.

Al lado de esta responsabilidad contractual, se ha pensado que todos los casos en que el prestador responde ante terceros constituyen supuestos de responsabilidad extracontractual⁵³. Pero estos terceros no son extraños al contrato celebrado entre el certificador y el signatario ya que son, precisamente, los destinatarios de la firma electrónica, y por eso se les confiere legitimación para dirigirse directamente contra el certificador por los daños que sufran como consecuencia de la información incorrecta que se les proporcione o de los datos oscuros que figuren en el correspondiente certificado.

Por consiguiente, es claro que de dicho contrato se desprende una eficacia provocada de la que el tercero se sirve para ejercer su pretensión contra el certificador y la utiliza como fundamento para su acción de daños y perjuicios⁵⁴; por eso, esta responsabilidad debe considerarse más bien de índole contractual.

En definitiva, visto este régimen especial, bueno sería que se debiera aplicar por ley a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y en particular a los intermediarios, pues ello contribuiría ciertamente a fortalecer el clima de seguridad y confianza de los usuarios en el comercio electrónico. No hay que olvidar que aquí, como en cualquier escenario de teatro, los verdaderos protagonistas no son sólo determinados actores, sino sobre todo el público, pues representa los intereses generales de la sociedad.

⁵² *Vid.*, en este sentido, CREMADES GARCÍA, *op. cit.*, p. 159.

⁵³ Así, por ejemplo, ALONSO y ALCOVER GARAU, «La firma electrónica», *Derecho de Internet*, cit., p. 199.

⁵⁴ Para esta eficacia del contrato frente a terceros, *vid.* DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 6.ª ed. 1996, p. 428. No se trata de un contrato en favor de terceros, pues el destinatario de la firma electrónica no puede exigir al certificador el cumplimiento de la prestación principal, cosa que sólo puede hacer el signatario, ni su acción de responsabilidad requiere un acto previo de aceptación (art. 1257-II CC).