

ESPECIALIDADES DE LA ELECTRONIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PAGO Y FINANCIACIÓN EN DERECHO MERCANTIL

(*SPECIALTIES OF THE ELECTRONIFICATION OF
THE PAYMENT AND FINANCING INSTRUMENTS IN
COMMERCIAL LAW*)

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA
Catedrático de Derecho Mercantil. UEx

ÍNDICE: RESUMEN-SUMMARY. 1. LA ELECTRONIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL.- 2. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. 2.1. Concepto y naturaleza del documento en general. 2.2. La especialidad del documento electrónico.- 3. EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 3.1. Planteamiento. 3.2. Noción de comercio electrónico. 3.3. Distinción entre comercio electrónico y contratación electrónica. 3.4. Naturaleza jurídica del contrato electrónico.- 4. LA ELECTRONIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES COMO REALIDAD JURÍDICA.- 5. LA LEX ELECTRÓNICA: EVOLUCIÓN INTERNACIONAL. 5.1. Los instrumentos electrónicos en el ámbito internacional. 5.2. Normativa europea sobre electronificación de documentos. 5.3. Normativa europea sobre transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pagos. 5.4. Normativa española. 5.4.1. *La LSSICE*. 5.4.2. *La Ley de Firma Electrónica*. 5.4.3. *Normativa reguladora del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*.- 6. INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS DE PAGO. 6.1. El dinero electrónico. 6.2. Instrumentos de pago propios del comercio electrónico. 7. TÍTULOS VALORES ELECTRÓNICOS.- 8. TÍTULOS CAMBIARIOS ELECTRÓNICOS.- 9. CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE ELECTRÓNICOS.- 10. CARTA DE PORTE ELECTRÓNICA.- 11. CRÉDITOS DOCUMENTARIOS.- 12. EL FORMATO ELECTRÓNICO EN LOS AVALES Y GARANTÍAS.

RESUMEN

La documentación electrónica tiene varias finalidades. Una de ellas es proteger al consumidor en el ámbito del comercio electrónico. Con respecto a este trabajo, la vía electrónica es una externalización válida y efectiva de la voluntad en el contrato, es decir, el consentimiento puede manifestarse a través de los medios electrónicos como condición de cualquier transacción legal válida. El documento electrónico cumple dos funciones. La primera, informativa, como registro de datos que ilustra acerca de algún hecho importante para el hombre. Una segunda función, más específica, se refiere a la prueba de hechos y datos en el ámbito jurídico. Las instituciones jurídicas deben adaptarse a las evoluciones tecnológicas. La aparición de nuevos sistemas electrónicos permite la transmisión telemática de flujos de la información. Por ende, las nuevas tecnologías han simplificado la creación, almacenamiento y transmisión de archivos documentales. La posibilidad de la puesta en circulación de estos instrumentos facilita el tráfico jurídico económico y el desarrollo del comercio electrónico.

Palabras claves: Documento Electrónico, Sociedad de la Información, Mercado, Valores, Comercio Electrónico, Derecho Mercantil

Clasificación JEL: K29

SUMMARY

Electronic documentary evidences have several purposes. One of them is to provide an effective consumer protection in electronic commerce. With regard to this work, the electronic way is a valid and effective externalization of will in the contract, in other words, consent can be manifested through the electronic media as a condition of any valid legal transaction. The electronic document has a twofold target. Firstly, informative, as illustrated data record about some important fact to man. Secondly, and more specifically, it relates to the evidences of facts and data in the legal field. Legal institutions must adapt to technological developments. The emergence of new electronic systems allows data transmission of the information flow. Thus, new technologies have simplified the creation, storage and transmission of documental files. The possibility of the circulation of these instruments provides economic legal traffic and the development of electronic commerce.

Keywords: Electronic Document, Information Society, Market, Stocks, Electronic Commerce, Commercial Law.

JEL classification: K29

1. LA ELECTRONIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL

Las nuevas tecnologías han supuesto una revolución que no ha dejado inmune a ningún ámbito del Derecho, y una de las más áreas más afectadas ha sido el Derecho Mercantil. La aparición de nuevos sistemas electrónicos ha permitido la rápida creación y almacenamiento de archivos de información. Y, como sabemos, los documentos son, en síntesis, archivos de información aptos para su comunicación y transmisión. Por ende, las nuevas tecnologías han simplificado la creación, almacenamiento y transmisión de archivos documentales. La posibilidad de la puesta en circulación de estos instrumentos facilita el tráfico jurídico. La aceptación plena de la equivalencia jurídica entre este tipo de documento y el convencional responde a las necesidades del mercado y a la evolución del lenguaje comunicativo entre los hombres, lo que permite que magnitudes físicas puedan contener en forma codificada un mensaje o un documento¹.

La electrificación nos proporciona incontables ventajas. En primer lugar, podemos aludir a la simplificación en la creación y almacenamiento de los archivos de información. El documento jurídico en formato electrónico es más sencillo de crear, almacenar y transmitir.

En segundo término, la facilidad en su creación y archivo también se traduce en una mayor fluidez en el tráfico jurídico, dado que la puesta en circulación de documentos electrónicos permite una negociación más ágil y rápida.

¹ Sobre lo que ha significado el documento electrónico en las nuevas relaciones comerciales entre operadores económicos y entre el ciudadano y la Administración, puede verse: ASÍS ROIG, A., "Documento electrónico en la Administración Pública", en *Ámbito Jurídico de las Tecnologías de la Información*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Consejo General de Poder Judicial, 1996, págs. 137-189; BARCELÓ, R.J., *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid 2002, págs. 257 ss.; CARMINO, J.R., "El documento electrónico: su admisibilidad en Derecho español", en *La Ley*, 1997, págs. 1878 ss.; CHISSICK, A. y GARE, S., *Electronic Commerce. Law and Practice*, Ed. Sweet and Maxwell, London, 1999; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., "El documento electrónico informático y telemático y la firma electrónica", en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 24, 1997.

Debe añadirse, en tercer lugar, que la inmediatez en la comunicación por mor de los documentos electrónicos supone una optimización y economía procesal en los procedimientos comerciales, administrativos o judiciales. El soporte electrónico sustituye completamente al papel, lo que permite una economía de tiempo y espacio y una gestión a distancia y más rápida. La posibilidad de utilizar medios telemáticos economiza tiempo y recursos. No requiere procesos presenciales, pues las nuevas tecnologías permiten la realización de actos jurídicos tecnopresenciales (juntas de accionistas y reuniones de todo tipo, vistas en los procedimientos judiciales, firmas a distancia, etc.), y todo ello a través de la utilización de videoconferencias, cámaras webs, ordenadores, teléfonos inteligentes, etc.

Pero no todo es positivo, no podemos ocultar que también nuevos inconvenientes surgen con los procesos de electrificación². La seguridad en el tráfico jurídico es una de las mayores preocupaciones de los intervinientes en el mercado. Junto al problema de la seguridad está la validación o autenticación. En los documentos tradicionales la firma autógrafa dota a los documentos de más garantías sobre su autenticidad de cara a su fuerza probatoria. Es palmario que el documento electrónico transmitido a través de la red no permite el empleo de la tradicional firma autógrafa, si bien la técnica ha articulado el empleo en el propio archivo de signos o combinaciones de signos alfanuméricos que añadidos al documento electrónico como metadatos pueden suplir la función de la firma personal, cumpliéndose los requisitos de confidencialidad, integridad y autenticación. La firma electrónica, pues, viene a solventar -aunque no totalmente³- problemas de seguridad y autenticidad en aquellos documentos creados y transmitidos en forma digital y que requieran para su validez una verificación.

² Sobre los problemas jurídicos del documento electrónico: GAUTRAIS, V., *Le contrat électronique international*, Ed. Bruylant, 2ª ed., Lovain-la-Neuve, 2002, págs. 45 ss.; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El valor probatorio de la firma electrónica”, en *Derecho sobre internet*, cit., BSCH, Madrid, 2000, págs. 25 ss.; PIETTE-COUDOL, T., *La signature électronique*, Ed. Litec, Paris, 2001; VEGA VEGA, J.A., *Contratación electrónica y protección de los consumidores*, Ed. Reus, Madrid, 2005, págs. 57 a 90.

³ “La cifratura chiara, ovviamente, non garantisce l’autenticità del documento poiché chiunque può utilizzare la chive pubblica del destinatario, ed in questo caso non si può parlare di firma digitale” (PICCOLI, P. y BECHINI, U., “Documento informatico, firme elettroniche e firma digitale”, en *I problemi Giuridici di Internet* [Dir. E. Tosi], Giuffrè Editore, 3ª ed., Milano, 2003, págs. 258-259).

El documento electrónico está adquiriendo una gran importancia en el tráfico jurídico-económico actual. No en vano es el presupuesto básico de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Pero el desarrollo de las relaciones jurídicas en este ámbito depende de la seguridad y confidencialidad que en la confección, custodia y transmisión de este tipo de documentos alcancemos.

Pero no solo el documento electrónico tiene una relevancia especial en materia de contratación electrónica o de la sociedad de la información, también en otras áreas jurídicas está alcanzado gran trascendencia y está marcando las pautas por donde debe discurrir el moderno tráfico jurídico-económico. En efecto, podemos observar cómo el documento electrónico es el fundamento de la nueva Administración cibernética, que está destinada a marcar el futuro de las relaciones entre empresas y ciudadanos en general con los entes públicos. La agilidad y seguridad en el uso de este soporte permitirá, no solo que los operadores económicos puedan cumplir sus obligaciones legales, tributarias o de cualquier otra clase con la Administración de forma más fácil y ágil, sino que facilitará que todos los intervinientes -incluidos los consumidores- puedan ejercer más fácilmente sus derechos.

La conclusión de lo dicho hasta ahora es clara: la cada vez mayor relevancia práctica y jurídica de la sociedad de la información y del comercio electrónico acentúa la necesidad de analizar, comprender, estudiar y sistematizar el instituto del documento electrónico, que está evidenciando un creciente impacto y que contribuye al desarrollo económico de una sociedad que cada vez necesita más de las redes telemáticas.

La legislación, por una parte, y la doctrina científica, por otra, han venido analizando la caracterización y regulación jurídica del documento electrónico. Para una mejor comprensión de este instituto no podemos quedarnos en el plano meramente disertativo, sino que hay que profundizar en la importancia práctica que tiene en el mundo del Derecho. La adquisición por parte del documento electrónico de elementos de seguridad y agilidad permitirá generar, en todas las instituciones que afectan a los empresarios y a los consumidores la confianza necesaria en la celebración de todo negocio jurídico, así como en sus relaciones con las distintas Administraciones, haciéndolas más fluidas y seguras.

2. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DOCUMENTO EN GENERAL

El documento responde al contexto de la sociedad que lo genera. Como instrumento material no puede desligarse de los aspectos sociales, científicos y técnicos que le sirven de soporte. El documento es un instituto clave en el mundo del Derecho, pero no es privativo del área jurídica. Su noción pertenece a la cultura general y no tiene un significado unívoco. En su sentido etimológico (*dekomai, docere, documentum*) viene a significar lo que enseña, instruye o informa, de ahí que en el ámbito del Derecho esté asociado al mundo de la prueba⁴.

En un sentido general, podemos decir que es un producto de la actividad humana que sirve de fuente de conocimiento o de prueba, que demuestra, verifica o da a conocer algo. Desde el punto de vista jurídico, viene a resultar la plasmación de una declaración de voluntad o la constatación de hechos o actos con relevancia jurídica.

Respecto a su naturaleza es discutible. Para la tradición latina comprende tanto el soporte o instrumento cartular como el mensaje de datos; se asimila a una *res corporalis*. Por el contrario, en la concepción germánica se circunscribe a la mera declaración de voluntad o al hecho o acto jurídico incorporado al soporte (sentido espiritual).

El documento, que es un producto de la actividad humana, para su validez y eficacia tiene que atenerse a una serie de características o requisitos, tales como la inteligibilidad, la aptitud para determinar la convicción de su destinatario de su autenticidad, la legalidad, El documento jurídico, por su parte, debe caracterizarse por su relevancia jurídica.

Suele decirse que el documento está compuesto por varios elementos. El soporte es el elemento material que contiene la información y que facilita la consulta, la comunicación y la transmisión de la información incorporada (es, pudiéramos decir, el *corpus mechanicum*). Por su parte, el medio operativo o lenguaje es el código que constituye el sistema lógico de interpretación de signos (el sistema alfabeto o bien los signos que utilizemos. Finalmente hay un elemento inmaterial que es el mensaje (la información), esto es, el contenido intelectual del documento (*corpus misticum*).

⁴ Para todo lo relativo al documento, puede consultarse nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electrificación*, Ed. Reus, Madrid, 2014, págs. 11-99.

Existen muchas clases de documentos, atendiendo al soporte (tradicionales: piedra, papiro, cuero, papel; magnéticos, lumínicos, ópticos y electrónicos); al código que contiene el mensaje (textuales, sonoros, visuales, electrónicos, multimedia); por la forma de almacenamiento (analógicos y digitales); por el objeto (informativo, histórico, jurídico).

2.2. LA ESPECIALIDAD DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Algunos estudiosos se han preguntado si el documento electrónico conforma una institución autónoma e independiente del documento convencional. La cuestión es, en suma, si estamos en presencia de un nuevo un nuevo instituto con características propias y diferenciadas o si estamos ante el mismo documento de siempre revestido de ciertos caracteres especiales. Si la respuesta fuera la primera, tendríamos que admitir que la combinación de mensaje (información), códigos y soporte del documento electrónico constituyen una novedad institucional⁵.

El instrumento generado por medios tecnológicos, que se conoce como documento electrónico, una vez transcrito a modelos inteligibles por medios técnicos, cumple las mismas funciones que el documento tradicional. Por tanto, es evidente que la diferencia entre un documento en formato convencional y un documento electrónico reside básicamente en el medio y en el soporte que, respectivamente, generan y contienen la información. Si no existen más diferencias esenciales, es comprensible que pueda asaltarnos la duda de si es imprescindible o necesario buscar una caracterización específica de documento electrónico⁶.

Pero entrando en materia, diremos que el documento electrónico es un instrumento que se confecciona por medios electrónicos y que solo puede ser leído, comunicado o transmitido con la ayuda de ciertos medios técnicos

⁵ Con mayor detalle estudiamos el documento electrónico en la monografía VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electrificación*, cit., págs. 103-203.

⁶ Así, en palabras de DÍAZ RODRÍGUEZ, A., lo que resulta importante es, en cambio, delimitar el concepto de documento generado electrónicamente, determinando cuales son susceptibles de tratamiento por la función de archivo en las organizaciones, ya que se denomina documento electrónico a cualquier entidad de información que es accesible a través de un medio electrónico, y no al generado electrónicamente, ya que cualquier información accesible a través de canales electrónicos como Internet tiene la consideración de documento electrónico, del mismo modo cualquier documento que haya sido digitalizado y, por lo tanto, necesite de un procesador para proceder a su lectura viene teniendo también la consideración de documento electrónico (véase "El concepto de documento electrónico y su validación", Dirección General de Cultura, Murcia, 2002, pág.134).

que hacen perceptibles e inteligibles los códigos digitales⁷. Estamos, pues, en presencia de una nueva modalidad de documento que tiene su total equiparación con el documento tradicional en lo que se refiere a funciones, y así se reconoce legalmente⁸.

El documento electrónico responde a las necesidades de las nuevas tecnologías y a la evolución del lenguaje comunicativo entre los hombres. Este proceso evolutivo permite que, desde el punto de vista de la interpretación semiótica, los significantes puedan ser magnitudes físicas que representan en forma codificada un mensaje o una información, por lo que el problema queda reducido a una representación formal de un acto o hecho jurídico por los nuevos medios que la tecnología hace posible. Esta es la principal diferencia en lo concerniente a su naturaleza, dado que se parte de la plena equivalencia jurídica entre el documento electrónico y el convencional en papel o en otros soportes que la técnica nos proporciona.

Desde este punto de vista, puede decirse que el documento electrónico se conforma en base a tres elementos. En primer lugar, el soporte electrónico, que es el elemento material que nos va a permitir crear, almacenar, reproducir, visualizar o transmitir el documento. En segundo lugar, el software del archivo o aplicación, que constituye el código o medio de lenguaje que permite comunicar o hacer accesible la información. Y, finalmente, el mensaje o información, que es la declaración de voluntad o elemento intelectual del documento.

Con estas premisas, podemos definir el documento electrónico como *la información en lenguaje digital, descodificable, referida a hechos o actos con relevancia jurídica, en soporte electrónico con aptitud para su consulta, comunicación o transmisión*.

De esta noción sucinta, colegimos que el soporte del documento electrónico alberga códigos digitalizados, y la creación, visualización o reproducción ha de hacerse por medios técnicos especiales. Dentro de los diferentes soportes materiales que pueden caber en un documento electrónico, hay que distinguir entre soporte material o técnico que sirve para crearlo, y que también puede almacenar el mensaje, y aquellos otros soportes en los que se vierte la información

⁷ Cfr. ROSSELLÓ MORENO, R., *El comercio electrónico y la protección de los consumidores*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2001, pág. 38.

⁸ El artículo 26 de Código Penal de 1995 o el art. 23 de la LSSICE ya identifican plenamente los documentos tradicionales con otros que nos puedan proporcionar las nuevas tecnologías conocidos en la actualidad o que pueda aparecer en el futuro. Así se establece en el artículo 26 CP cuando dispone: "Se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

a través de un dispositivo de registro y que necesita otro elemento para su lectura o comunicación. Además, aunque cada vez vayan quedando más obsoletas, existen otras formas de almacenamiento, como la óptica o la magnética, que en modo alguno empecen para que podamos seguir hablando de documentos electrónicos, en cuanto que su creación y lectura se produce normalmente a través de este proceso⁹. La transmisión directa de la información requiere de medios telemáticos.

Hay que tener presente que, aunque la creación, transmisión y gestión del documento suponga una revolución desde el momento en que aparece la sociedad digital y el documento comienza a articularse en nuevos soportes, lo que realmente resulta relevante es que el contenido del documento electrónico ya no es una entidad cerrada y protegida, de cierta dificultad en cuanto a su alteración, sino que se ha convertido en un objeto abierto y penetrable. Estas nuevas características hacen surgir nuevos problemas.

La seguridad en el tráfico jurídico es una de las mayores preocupaciones de los intervinientes. Para defender la seguridad existen técnicas y procedimientos que encriptan la información y la hace inaccesible para terceros.

Junto a la cuestión de la seguridad está el problema de la validación o autenticación. En los documentos tradicionales la firma autógrafa proporciona a los documentos una gran garantía sobre su autenticidad revistiéndolos de una extraordinaria fuerza probatoria, sobre todo los que están otorgados ante fedatario público. El documento electrónico no permite el empleo de la tradicional firma autógrafa, pero la técnica ha articulado el empleo en el propio archivo de signos o combinaciones de signos que añadidos al documento electrónico pueden suplir la función de la firma autógrafa, cumpliéndose los requisitos de confidencialidad, integridad y autenticación. La firma electrónica, pues, viene a solventar problemas de seguridad y autenticidad.

Otro problema del documento electrónico hace referencia a su eficacia. La aceptación plena de la equivalencia jurídica entre este tipo de documentos y el convencional responde a las necesidades del mercado y a la evolución del lenguaje comunicativo entre los hombres. Desde este punto de vista, los signos pueden estar constituidos por magnitudes físicas que contienen en forma codificada una

⁹ Todavía encontramos leyes que aluden al soporte magnético a la hora de almacenamiento de instrumentos electrónicos, como la Ley 21/2011, de Dinero Electrónico. Véase VEGA VEGA, J.A., "Caracterización jurídica del dinero electrónico en la Ley 21/2011", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285 (julio-septiembre 2012), págs. 146-147.

información, por lo que el problema del documento electrónico se reduce a la representación formal de un acto jurídico mediante los medios que los avances tecnológicos permiten.

Los documentos electrónicos, por mor de la equivalencia funcional que acepta el ordenamiento jurídico, pueden albergar todo tipo de instrumentos probatorios; esto es, tanto documentos públicos, expedidos y firmados electrónicamente por autoridades, funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a la normativa jurídica, como documentos privados, generados en el tráfico jurídico o económico privado por los particulares. Si, en su creación y transmisión, se ajustan a los requisitos técnicos y legales podrá garantizarse la confidencialidad del proceso, la autenticidad de su contenido y la identidad de los firmantes.

La impugnación de la autenticidad de la firma electrónica avanzada o del mecanismo legal que en cada momento esté vigente, facultará al que mantenga su autenticidad a presentar prueba pericial que la acredite, confiriéndole la ley un tratamiento análogo al que otorga en el proceso civil al documento privado. En suma, es un documento a todos los efectos y con todas las consecuencias legales.

3. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

3.1. PLANTEAMIENTO

El ordenamiento jurídico precisa que sus instituciones se adapten a las evoluciones tecnológicas. La aparición de nuevos sistemas digitales ha permitido la transmisión telemática de flujos de la información. Y, como sabemos, los documentos electrónicos son, en síntesis, archivos de información aptos para su transmisión, por lo que, de hecho, las nuevas tecnologías han simplificado la gestión de archivos documentales. La posibilidad de la puesta en circulación de estos instrumentos documentales facilita el tráfico jurídico.

En otras palabras, el complejo proceso de la innovación tecnológica permite la utilización de nuevos medios que desarrollan nuevas formas de contratación y de ejecución de actos jurídicos. El documento electrónico está adquiriendo una gran importancia en el tráfico jurídico-económico actual. No en vano es el presupuesto básico de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Pero, como hemos adelantado, el desarrollo de las relaciones jurídicas en este ámbito depende de la seguridad y confidencialidad y, por tanto, de los avances que en esta materia alcancemos.

En la actualidad estamos en presencia de una nueva modalidad de tráfico jurídico que tiene su mayor proyección a través de redes telemáticas y que conforma el llamado comercio electrónico. A pesar de las múltiples concepciones que puedan ofrecerse, lo importante, en lo que al mundo del Derecho respecta, es encajar el tránsito de lo tradicional a las nuevas modalidades electrónicas de realizar negocios. Para ello se ha producido una visión dogmática que aparta el documento de la visión clásica que lo identifica con papel y escritura. Y se ha tenido que aceptar un concepto más neutro en lo que se refiere al nuevo lenguaje o códigos con que se plasma la información jurídica al soporte que lo contiene.

Esta nueva estructura multimodal no cambia las características de representación, comunicación y vehículo que tiene el documento. Simplemente, el análisis del documento electrónico nos lleva a hacer hincapié en lo que supone de avance como revolución tecnológica de cara a la creación o modificación de situaciones jurídicas y acreditación de actos con efectos jurídicos, así como a la búsqueda de soluciones para los problemas que se derivan de la nueva modalidad de tráfico jurídico que se vincula a la sociedad de la información y del comercio electrónico.

La legislación, por una parte, y la doctrina científica, por otra, han venido analizando la caracterización y regulación jurídica del documento electrónico. Para un mejor estudio y comprensión de este instrumento, no podemos quedarnos en el plano netamente teórico, sino que se impone la necesidad de profundizar en la importancia práctica que tiene en el tráfico económico, así como analizar los efectos jurídicos específicos. Como decíamos antes, la adquisición por parte del documento electrónico de elementos de seguridad y agilidad permitirá generar, tanto en el empresario como en el consumidor, la confianza necesaria requerida en la celebración de toda clase de negocios jurídicos. También, por supuesto, permitirá incrementar y facilitar las relaciones contractuales entre los operadores económicos que se desenvuelven en el mercado, haciéndolas más fluidas y seguras.

3.2. NOCIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico se basa en técnicas de comunicación instantáneas apoyadas en la existencia de redes que permiten una comunicación al momento con la ausencia de límites geográficos¹⁰ o, lo que es lo mismo, sin un ámbito

¹⁰ Como dice FRANCESCHELLI, V., “Nel commercio elettronico il mercato, como si è detto, è globale. Cadono, o meglio non sono mai esistite, nel mondo virtuale, le frontiere” (“Il commercio elettronico e le regole del mercato”, en *I problemi Giuridici di Internet*, (Coord. E. Tosi), Giuffrè Editore, T. I, Milano, 2003, pág. 43.

geográfico definido; esto es, actuando en un ámbito deslocalizado¹¹.

Esta característica significa la comunicación a través de medios que crean “espacio”, como aire de interrelación o ciberespacio, constituido por una suma de interconexiones que constituye una comunidad con características propias, al que a veces se le denomina de forma impropia “espacio virtual” para enmascarar la indefinición del concepto¹².

Desde el punto de vista práctico nos encontramos con relaciones comerciales en las que no existe establecimiento mercantil físico, al haberse soslayado las áreas de contratación física o de atención a clientes. Tampoco existen vendedores u oferentes presenciales y, en la mayoría de ocasiones, tampoco interviene la *pecunia numerata*, ya que el pago del precio o contraprestación puede hacerse con moneda electrónica o mediante cargos en cuenta, en línea (*on line*) o a crédito, sin soporte documental convencional, salvo la documentación que pueda exigirse en su caso como medio de prueba. Nos encontramos, pues, ante un establecimiento ciberespacial que supera la concepción tradicional del mercado.

La oferta y la aceptación, y por tanto todo lo relativo al consentimiento y demás pactos que integran la configuración de un contrato y conforman la voluntad, se transmiten a través de un medio electrónico o informático, sea a través de internet, inforrutas, intranets o de cualquier otro medio de comunicación que la tecnología nos pueda deparar en el futuro, y que siempre debe estar conectado a una red de telecomunicación, sea alámbrica o inalámbrica¹³.

Partiendo de estos presupuestos técnicos que la legislación obvia, la Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, acoge en su tenor un concepto amplio de comercio electrónico, dado que engloba no solo la contratación de bienes y servicios sino

¹¹ GOURION P.A. y RUANO-PHILIPPEAU, M., *Le droit de l'Internet dans l'entreprise*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2003, pág. 5.

¹² GAUTRAIS, V., *La contrat électronique international*, Ed. Academia Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2002, pág. 30.

¹³ El Anexo V de la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, modificada por la Directiva 98/48, de 20 de julio, aclara cuáles son los servicios no cubiertos por dicha definición en lo atinente a los requisitos. Así, en cuanto a servicios no ofrecidos por vía electrónica se citan: 1) Servicios cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos: a) expendeduría automática de billetes (de banco, de ferrocarril, etc.), b) acceso a redes de carretera, aparcamiento, etc., de pago, aun cuando en las entradas o salidas haya dispositivos electrónicos que controlen el acceso o aseguren el pago adecuado; 2) Servicios fuera de línea: distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes; 3) Servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos, como servicios de telefonía vocal; servicios de fax y télex; c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax; consulta médica por teléfono o fax, *marketing* directo por teléfono o fax.

una serie de actos electrónicos. De igual modo, el ámbito objetivo de contratación establecido en el artículo 23 de la LSSICE es amplio y la tendencia es a incluir en su régimen jurídico los actos o contratos que ahora por razones tecnológicas han quedado fuera de su regulación actual. Esta circunstancia es relevante a la hora de afrontar su conceptualización.

Por esta razón, a pesar de la amplitud de su tenor, también hay que tener en cuenta que algunos actos o negocios jurídicos electrónicos quedarán fuera del ámbito legal por no encajar en el concepto que la propia ley nos proporciona acerca de lo que debe entenderse por servicio de la sociedad de la información. Así, en el Anexo de Definiciones, apartado h), la LSSICE define el contrato electrónico como aquel “en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. Este concepto contiene dos exigencias: una, que la oferta y la aceptación han de transmitirse a través de equipos electrónicos que tengan dos virtudes: capacidad de tratar y de almacenar datos; y otra, que referidos equipos estén conectados a una red de telecomunicaciones. Por tanto, es palmario que la contratación electrónica se desarrolla a distancia, mediante la utilización de algún elemento electrónico que tiene una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo¹⁴. No debemos olvidar a la hora de delimitar de una forma más adecuada su concepto que el comercio electrónico es un servicio de la sociedad de la información. Por su parte, el apartado a) del Anexo de la LSSICE explicita que se entiende por servicio de la información “Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.

Con estos presupuestos algún autor, centrándonos en el aspecto negocial más concreto, ha definido el contrato electrónico como “acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras generado a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas”¹⁵. O, también, como “contrato celebrado sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por medios electrónicos o telemáticos”¹⁶. El primer

¹⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho informático*, cit., pág. 166.

¹⁵ MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 32.

¹⁶ PERALES VISCALSILLAS, M.P., “Formación del contrato”, en *Comercio Electrónico y protección de los consumidores* (Coord. G.A. Botana García), Ed. La Ley, Madrid, 2001, pág. 408.

concepto tiene el inconveniente de su amplitud, en tanto que el segundo presenta el óbice de que se refiere exclusivamente a la compraventa.

Sentadas las premisas anteriores y salvando los inconvenientes enunciados, podemos esbozar un concepto de contrato electrónico adecuado a nuestros propósitos significando que es todo *contrato celebrado a distancia en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones, cuyo objeto y ámbito vienen determinados por la ley*. De esta forma, el objeto negocial, que puede ser amplísimo, quedará en cada momento –en función de la evolución tecnológica y legislativa– concretado por la norma jurídica, que caracterizará y precisará los rasgos delimitadores de este tipo de contrato.

3.3. DISTINCIÓN ENTRE COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Hemos venido utilizando indistintamente comercio electrónico y contrato electrónico, en cuanto que corresponden a la misma esfera. Sin embargo, no conviene confundir ambos institutos. La expresión comercio electrónico comprende cualquier forma de transacción económica, transmisión o intercambio de información o publicidad mediante la circulación de datos a través de redes telemáticas. Tiene un mayor alcance que el concepto de contratación electrónica, dado que esta última actividad se refiere exclusivamente a la realización de negocios jurídicos de contenido económico utilizando el medio electrónico. La contratación electrónica es, por ende, una actividad comprendida en el comercio electrónico.

En todo caso, hay que saber que delimitar el contenido del comercio electrónico presenta ciertas dificultades, habida cuenta que para algunos autores se reduce exclusivamente a la negociación de bienes y servicios entre empresarios u operadores del mercado y consumidores. Sin embargo, aun cuando las leyes tuteladoras del comercio electrónico tengan por objeto prioritario la regulación de este tipo de actividades de cara a la protección del consumidor, habrá que entender que el comercio electrónico existe cualquiera que sea el sujeto que intervenga, sea empresario o consumidor, sin tener que ceñirlo al supuesto de la dicotomía de participación de operadores del mercado entre sí o de estos con consumidores.

Igualmente se suscitan dudas, desde el punto de vista doctrinal, sobre la inclusión en su objeto de operaciones tan diversas como la transferencia

electrónica de datos entre operadores de un sector del mercado, el intercambio de activos entre entidades financieras, la consulta de información con fines comerciales u otras actividades similares.

Otra cuestión que es preciso aclarar es la distinción entre contratación de bienes o servicios informáticos y contratación a través de elementos electrónicos¹⁷. El primer concepto se refiere a la contratación cuyo objeto sea un bien o un servicio informático. Esto es, la relativa a negocios jurídicos que versan sobre los elementos que conforman el *hardware*, ya sea la unidad central del proceso o sus periféricos y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático o *software*.

Frente a todo lo anterior, hemos de concretar que la contratación electrónica, como parte del comercio electrónico, se refiere a los contratos o negocios jurídicos que se realizan de forma no presencial mediante la utilización de algún elemento electrónico en lo relativo a la manifestación o formación de la voluntad y, en su caso, en la interpretación o ejecución del contrato, cualquiera que sea el sujeto interviniente, sin perjuicio de que la norma acote o limite su alcance en supuestos concretos.

3.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Dado que un aspecto fundamental del comercio electrónico representa la emisión de las declaraciones de voluntad o, en su caso, el cumplimiento del contrato a través de medios electrónicos, se plantea también la necesidad de determinar si el contrato electrónico es un contrato definido por razón de su especial naturaleza jurídica. Esto es, si estamos en presencia de una institución jurídica nacida *ex novo* en el mundo del Derecho, y en la que lo decisivo para calificarla no sería el contenido obligacional típico sino el medio electrónico en

¹⁷ Una de las dificultades del comercio electrónico viene también motivado por su configuración en los entornos en que opera, en la mayoría de los casos en internet, y como se ha dicho: “La cosa más difícil de comprender cuando se discute acerca de la red, es que [internet] no es una cosa, no es una entidad, no es una organización. No existen ningún propietario, nadie la gestiona; es sencillamente, la totalidad de los ordenadores conectados” (cfr. GLEICK, J., citado por J. RIFKIN en *L’era dell’accesso*, Milano, 2000, pág. 24).

el que surge y se concierta, o si, por el contrario, se trata de una modalidad de contrato tradicional cuya única peculiaridad es que se celebra a través de un medio electrónico.

Hemos defendido que, a nuestro modo de ver, no estamos en presencia de un nuevo contrato con perfil distinto, cuya naturaleza jurídica viniera dada por el medio electrónico, sino que se trata de un contrato caracterizado por la forma especial de concertar voluntades y que ofrece, ciertamente, novedades en algunos presupuestos y efectos del contrato, pero que en modo alguno hace nacer una nueva institución jurídica. Y ello es así porque, si consideráramos al contrato electrónico como una nueva categoría jurídica, tendríamos que diferenciar a su vez entre diferentes tipos de contratos electrónicos en razón a su objeto. Así, por ejemplo, frente al esquema tradicional, deberíamos hablar de contrato electrónico de compraventa, contrato electrónico de préstamo, etc., con lo que crearíamos un nuevo sistema jurídico configurado por el medio o la vía de contratación¹⁸, lo cual sería tan ilógico como absurdo, además de carecer de entidad dogmática y utilidad práctica. Existe, pues, una inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, de ahí que el contrato electrónico se rija, en lo sustantivo, por las normas que le sean propias, sean civiles o mercantiles, sin perjuicio de las especialidades que le sean de aplicación en virtud del medio de contratación y, en su caso, ejecución¹⁹.

En suma, nos encontramos ante una nueva forma de contratación posibilitada por un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no ante una nueva categoría científica con significación jurídica. Se trata de una vía alternativa de contratación que comporta unas peculiaridades que deben ser reguladas con carácter general, contratación que se incardina dentro del ámbito general del Derecho de obligaciones, sin perjuicio de que los requisitos y efectos sean distintos en algunos casos o tengan peculiaridades en virtud del objeto o contenido de los contratos. Se parte, en definitiva, de la premisa de que las negociaciones electrónicas no comportan un nuevo tipo contractual regulado por un sistema jurídico independiente.

Los elementos esenciales del negocio jurídico -consentimiento, objeto, causa y circunstancias- y su tipología no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico. Únicamente nos encontramos

¹⁸ Sobre *il problema del tasto negoziale virtuale* puede verse TOSI, E., "La conclusione di contratti *on line*", en *I problemi Giuridici di Internet*, Giuffré editore, T. I, Milano, 2003, págs. 111 ss.

¹⁹ Cfr. VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 89-113.

ante una nueva vía para la transmisión de la voluntad negocial e incluso para el cumplimiento en algunos supuestos de contrato. Y, como mucho, el uso de estas nuevas tecnologías y su rapidez exigirá, en cierto modo, modificaciones del derecho preexistente para adecuarse a esta nueva realidad y colmar las lagunas o vacíos jurídicos que el empleo del soporte electrónico genera²⁰.

4. LA ELECTRONIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES COMO REALIDAD JURÍDICA

Los viejos institucionalismos, si permanecen anclados en una misma línea argumental, caen en el inmovilismo. De ahí la necesidad de reconstruir la teoría jurídica con los cambios sociales, económicos y técnicos que se producen en tráfico jurídico. El complejo proceso de la innovación tecnológica permite la utilización de modernos medios que desarrollan novedosas modalidades de contratación y de ejecución de actos jurídicos. El mundo del Derecho necesita, pues, que sus instituciones se adapten a estas evoluciones tecnológicas. La posibilidad de la puesta en circulación de nuevos instrumentos facilita el tráfico jurídico, pero para una mejor regulación deben nacer nuevas instituciones que le presten cobertura legal²¹. Dicho con otras palabras: la electrificación impone la urgencia de arbitrar nuevos institutos que nos permitan solventar los conflictos que surgen en el mercado.

Las especiales características de los soportes electrónicos hacen emerger nuevos problemas, lo que suscita la necesidad de que las normas jurídicas ordenen las instituciones de acuerdo con los cambios que se operan en el tráfico jurídico-económico. En efecto, una reflexión sobre la transformación histórica del tráfico jurídico-económico deja muy clara su intrínseca adaptabilidad a las variables

²⁰ Un ejemplo claro de laguna o vacío legal se evidencia con la problemática del acuse de recibo. El comercio electrónico ha necesitado que se regule este problema para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales y precontractuales que se llevan a cabo por la vía electrónica. Así, la Ley Modelo en su artículo 14, se refirió a esta importante institución para el comercio electrónico, y en Derecho interno, la LGDCU, en el artículo 98 y concordantes viene a establecer una serie de requisitos formales de cara a la prueba de la celebración del contrato a distancia, y en especial por medios electrónicos.

²¹ No debemos olvidar que las instituciones son las reglas de juego que rigen el comportamiento de los sujetos, a los que proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre los costes de transacción en el ámbito económico. Cfr. ARIAS, X. y CABALLERO, G., "El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica", en *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 6.

sociales, económicas y técnicas en las que se desarrolla, y pone de relieve la necesidad de que las normas jurídicas vayan ordenando las relaciones comerciales en virtud de los cambios que se operan, pues solo la consolidación a lo largo del tiempo de los nuevos enfoques institucionales favorecen la reconstrucción de la teoría jurídica.

Este fenómeno evolutivo también afecta al ámbito de los instrumentos documentales, cuya transformación a lo largo del tiempo ha provocado la necesidad de crear distintos regímenes para proteger a los sujetos de derecho. Y es que el nuevo tráfico económico, que se vincula a la sociedad de la información²² y que tiene su mayor proyección a través de internet²³ y otras redes telemáticas, exige que los problemas surgidos de la electrificación de documentos sean resueltos por el ordenamiento jurídico. Y a tal respecto, la legislación propiciada por las Naciones Unidas (UNCITRAL) y la Unión Europea han dado cumplida respuesta a este reto, hasta el punto de que la mayoría de las legislaciones mundiales han recogido el principio de equivalencia funcional y dispensan igual trato a la escritura convencional que al almacenamiento de datos en forma electrónica.

Desde el punto de vista del interés del Derecho, las redes informáticas hacen más fácil la transmisión y almacenamiento de la información, consecuencia de la electrificación. El instrumento documental tiene por función contener datos con fines probatorios o constitutivos de actos jurídicos y, si lo entendemos en un sentido más amplio, con fines de información. Sin embargo, esta última finalidad no encaja propiamente en la dogmática jurídica como tal, aunque sí en sus ciencias auxiliares. En el ámbito del Derecho es, pues, fundamental el efecto probatorio, ya que los hechos jurídicos o el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas necesitan que se den a conocer en el supuesto de que surjan conflictos.

²² Víctor DRUMMOND, en *Internet, Privacidad y Datos Personales* (traducción de I. Espín Alba), Ed. Reus, Madrid, 2004, pág. 23, propone denominarla “*sociedad tecnocomunicacional*”, en la idea de que lo que circula en Internet y en otros medios no es esencialmente información, sino más bien comunicación, y porque las nuevas tecnologías no traen en sí mismas una cantidad suficiente de información para justificar que se denomine el nuevo paradigma comunicacional como sociedad de la información.

²³ TOSI E., “Dall’e-commerce all’e-business: la New Economy”, en *I problemi giuridici di Internet* (Coord. E. Tosi), 3ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 5: “Quella che potremmo –a buno diritto- definire ‘commercializzazione’ della rete Internet si avvia verso una fase più evoluta e complessa: non più utilizzo della stessa come mera ‘vetrina’ internazionale per l’offerta di beni ma utilizzo avanzato quale strumento sofisticato di esercizio dell’impresa virtuale”.

La cada vez mayor relevancia jurídica y práctica del comercio electrónico en lo que concierne al Derecho mercantil acentúa la necesidad de analizar, comprender, estudiar y sistematizar el fenómeno de la electrificación, que está evidenciando un creciente impacto en la sociedad de la información, base por ahora de nuestras relaciones sociales y que contribuye al desarrollo económico de una sociedad que cada vez necesita más de las redes sociales, vías por donde, con cada vez mayor proliferación, circulan los documentos electrónicos.

Si partimos del hecho de que eficiencia empresarial reside en la capacidad para innovar en el mercado²⁴, es fácil comprender que el desarrollo del comercio y de las actividades económicas va a estar siempre condicionada por los medios e instrumentos con los que en cada momento pueden servirse los propios oferentes de mercancías y servicios y los destinatarios, sean en este último caso empresarios o consumidores. La evolución tecnológica, que facilita la electrificación del documento y la transmisión telemática de datos, conforma la nueva forma de ejecutar los actos referidos a la actividad de la empresa. Se habla así de un comercio electrónico de gran futuro²⁵, y que muestra el camino por el que una gran parte de las transacciones están empezando a tener lugar.

El documento es un contexto de la sociedad que lo genera²⁶. De ahí que la gestión del documento haya cambiado de modo radical desde el momento en que aparece la sociedad digital y se articula en nuevos soportes, llamados electrónicos o digitales. Su creación, transmisión y gestión difieren de forma notable de lo que ha venido siendo el documento tradicional²⁷. Pero, a pesar de lo que puede diferir en el ámbito externo, lo que realmente resulta relevante es que el texto o el contenido del documento ya no es una entidad cerrada y protegida, de cierta

²⁴ Cfr. DORE, R., *Capitalismo bursátil: capitalismo de bienestar*, Ed. Akal, Madrid, 2000, pág. 41.

²⁵ La importancia futura del comercio electrónico se ha puesto de relieve con cierta unanimidad por la doctrina. A este respecto, MORENO NAVARRETE, M.A., *DERERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 10, comenta: "El comercio electrónico es una consecuencia más del denominado fenómeno de globalización que se produce por la interacción entre el uso de las tecnologías de la información y la apertura de mercados como posibilidad real de las empresas".

²⁶ Sobre el concepto, naturaleza jurídica del documento, en especial del documento electrificado, puede verse nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electrificación*, Ed. Reus, 2014, págs. 31 ss. y 103 ss.

²⁷ La técnica digital permite la creación de los documentos electrónicos. Sin embargo, desde el punto de vista de las unidades físicas que lo conforman, solo cuando se incorpora la información registral a una aplicación, esto es, a un archivo o fichero informático susceptible de funcionar independientemente y con aptitud de transmisión o comunicación independiente a terceros, surge el documento electrónico como tal. La aplicación o el software que contiene el mensaje constituyen el medio de fijación operativo o lenguaje, que es el código que, como sabemos, sirve para registrar

dificultad en cuanto a su alteración, sino que se ha convertido en un objeto abierto y penetrable, libremente copiable, interpolable y fácilmente reproducible²⁸.

Estas nuevas características hacen surgir nuevos problemas. De ahí que el tráfico jurídico-económico moderno, en general, y el Derecho mercantil, en particular, deban interesarse por los problemas que crean las nuevas tecnologías en la sociedad de la información y del conocimiento²⁹, que han revolucionado las formas de contratación, la prueba de los contratos y el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la concertación contractual electrónica.

La sociedad de la información, que ha producido el auge del comercio electrónico, tiene sus antecedentes más remotos en la década de los setenta del siglo XX, por medio del intercambio electrónico de datos (EDI) y de la transferencia electrónica de fondos (EFT)³⁰. Durante los años ochenta del siglo pasado, se difundieron otras actividades ligadas al comercio electrónico, como las tarjetas de crédito electrónicas, los títulos valores electrónicos o la banca y la facturación telemáticas. En el auge de estas actividades tuvo especial importancia el sistema utilizado por la banca para el intercambio de datos, *SWIFT (Society for*

e interpretar el contenido o mensaje del documento. En consecuencia, el documento electrónico se conforma: en primer lugar, con el soporte, que viene a ser el hardware o elemento material; en segundo lugar, con el software del archivo o aplicación, que constituye el código o medio de lenguaje (formato), y, en tercer lugar, con el mensaje, que es la declaración de voluntad, información o elemento intelectual del documento. El documento electrónico es sinónimo de unidad informativa elemental, y es la base del contenido de los archivos y bancos de datos, instrumentos indispensables para la conservación de enormes cantidades de información disponibles por un largo tiempo. Sobre el documento electrónico, puede verse nuestra obra ya citada *El documento jurídico y su electrificación*, págs. 103-163.

²⁸ SIMONE, R., *La tercera fase: formas de saber que estamos perdiendo*, Ed. Taurus, México, 2001, pág. 137.

²⁹ Sobre los efectos de las nuevas tecnologías en la sociedad de la información, puede verse PÉREZ LUÑO, A.E., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto jurídico de las nuevas tecnologías de la información*, Ed. Fundesco, Madrid, 1987, págs. 14 ss.; VILCHES, A.J., *Aproximación a la sociedad de la información: firma, comercio y Banca electrónica*, Centro de Estudios Registrales, 2002; WRIGHT, B., *The Law of Electronic commerce, Fax and E-Mail: Technology, Proof, and Liability*, Ed. EDI, 2ª ed., Little and Brown, Boston/Toronto/London, 1995.

³⁰ Desde los años setenta la Transferencia Electrónica de Fondos (TEF), o en inglés "*Electronic Funds Transfer*" (EFT), a través de redes privadas de las instituciones financieras expandió el uso de las tecnologías para propósitos comerciales, especialmente la de pagos con tarjeta. El concepto de TEF engloba a cualquier sistema que permite transferir dinero desde una cuenta bancaria a otra cuenta directamente sin ningún intercambio de dinero en metálico, por ejemplo, el pago con tarjeta, el pago a través de teléfono móvil o la banca electrónica a través de Internet. Los beneficios de los sistemas TEF son entre otros: reducción de los costes administrativos, aumento de la eficiencia, simplificación de la contabilidad y una mayor seguridad.

Worldwide Interbank Financial Telecommunication)³¹, o los usados en nuestro país para actividades afines, como el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), empleado en los mercados de valores, el Servicio de Liquidación del Banco de España (SLBE) o el Servicio Español de Pagos Interbancarios (SEPI).

La inclusión de estos avances y otros análogos revolucionó los mercados. Sin embargo, de entre todos ellos, la actividad del comercio electrónico ha llamado la atención de manera especial. Es a partir de los años noventa del pasado siglo cuando comienza el crecimiento exponencial de las redes telemáticas, en especial internet, por medio de un aumento de la infraestructura disponible.

El nuevo instrumento electrónico responde a las necesidades de las nuevas tecnologías y a la evolución del lenguaje comunicativo entre los hombres, que, desde el punto de vista de la interpretación semiótica, hace que los significantes puedan ser magnitudes físicas que representan en forma codificada un mensaje o una expresión, por lo que el problema queda reducido a una representación formal de un acto jurídico por nuevos medios que la tecnología nos permite.

El documento electrónico presenta en la práctica problemas de seguridad en lo relativo a la confidencialidad, integridad y autenticación. La firma electrónica viene a solventar estas cuestiones. Además, el empleo de firma electrónica configura y dota de efectos jurídicos al documento electrónico. Debe tenerse en cuenta que, a tenor de lo previsto en el artículo 3.5 de la LFE, se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplir los requisitos previstos en la ley, tal como veremos más adelante³².

Los documentos electrónicos, por mor de la equivalencia funcional que acepta plenamente el ordenamiento jurídico, podrán ser soportes de los diferentes tipos

³¹ “La sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales” nace en 1973, creada por la comunidad internacional de entidades financieras para la transmisión rápida, segura y efectiva de documentos, dinero y mensajes. Ayudó a establecer un lenguaje común para las transacciones financieras, un sistema de proceso de datos compartidos y una red de telecomunicaciones mundial. Los procedimientos de operación fundamentales, reglas para definir responsabilidades, etc., se establecen en 1975. El SWIFT se rige por estrictos códigos de conducta para garantizar una utilización correcta. Sobre el particular, puede verse CISNAL DE UGARTE, S., “Las transacciones financieras en el ámbito internacional: SWIFT”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 24 (1992), págs. 4 ss.

³² Véase todo lo relativo a la firma electrónica *infra* en el epígrafe 5.4.2.

de documentos, tanto públicos, expedidos y firmados electrónicamente por autoridades, funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas conforme a la normativa jurídica, como privados, generados en el tráfico jurídico o económico privado por los particulares (facturas, contratos, etc.). Si el documento electrónico se ajusta a los requisitos legales en su creación y transmisión, mediante la utilización de la firma electrónica y otros medios que la técnica nos depare, podrá garantizarse la confidencialidad del proceso, así como la autenticidad, conservación e integración de la información generada y la identidad de los firmantes. Esto es, tendrá el valor de un documento auténtico –público o privado- a efectos de comprobación.

Si, como hemos dicho, la eficiencia empresarial estriba en la capacidad para acoger las tendencias e innovaciones del mercado, es fácil comprender que la evolución del comercio y de las actividades económicas haya estado siempre condicionada por los medios e instrumentos con los que en cada momento pueden servirse los propios operadores económicos. De ahí que el Derecho mercantil haya ido adaptando secularmente sus instituciones a las necesidades de sus agentes. En la actualidad, el desarrollo tecnológico, que facilita el almacenamiento y la transmisión de datos, marca la última tendencia en esta evolución, sobre todo si tenemos en cuenta que una reflexión sobre la historia del comercio deja clara su intrínseca adaptabilidad a las variables sociales, económicas y técnicas en las que se desarrolla, poniendo de relieve con ello la necesidad de que las normas jurídicas ordenen el tráfico económico en virtud de los cambios que se operan en el mercado.

El comercio electrónico representa una vía más para facilitar el acceso a los bienes y servicios por parte de los consumidores, por lo que es necesario que los poderes públicos arbitren medidas para garantizar sus derechos. El intervencionismo de los poderes públicos en este caso no ha de suponer una distorsión del mercado, sino todo lo contrario: permitirá que el consumidor se acerque más seguro a esta modalidad contractual y se beneficie de las ventajas que proporciona, con el consiguiente incremento de la negociación, lo que redundará también en beneficio de la parte oferente o profesional.

Las dificultades expuestas, unidas a la fugacidad y volatilidad de ciertos contenidos institucionales, hacen indispensable una continua adaptación de las reglas jurídicas a los vaivenes tecnológicos, sobre todo si tenemos en cuenta que la actual normativa se fundamenta todavía en la supremacía del soporte papel. Por tanto, es claro que la potencial complejidad de las instituciones electrónicas en

Derecho mercantil no deriva de la existencia de nuevos principios jurídicos, sino de la utilización de un medio de almacenamiento y transmisión de datos totalmente nuevo y desconocido para muchos sujetos participantes.

En cualquier caso, los nuevos enfoques de los institutos electrónicos que se han ido consolidando a lo largo del tiempo favorecen la reconstrucción de la teoría jurídica. La preocupación por explicar el rol de estas instituciones y sus efectos es una tarea común de los juristas.

La cada vez mayor importancia práctica del comercio electrónico en lo que concierne al Derecho mercantil acentúa la necesidad de analizar, estudiar y sistematizar las instituciones electrónicas que van apareciendo en el mercado y que están contribuyendo al desarrollo de una sociedad que cada vez necesita más de las redes de comunicación, que en definitiva son las vías por donde con creciente prodigalidad circulan los documentos electrónicos.

5. LA LEX ELECTRÓNICA: EVOLUCIÓN INTERNACIONAL

5.1. LOS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El comercio electrónico, que, como es lógico pensar se fundamenta en el documento electrónico, ha necesitado que se crearan los cimientos en el orden internacional para procurar unas normas jurídicas unificadas. En este cometido estuvo presente la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Pero los medios que desarrollan las nuevas formas de contratación y de ejecución de actos jurídicos basadas en el progreso tecnológico irrumpieron en la práctica al margen de toda cobertura normativa específica, por lo que, una vez constatada su incipiente importancia, fue necesario facilitar soluciones a los nuevos problemas que se planteaban en el moderno tráfico jurídico-económico.

La CNUDMI elaboró EN 1984 un informe titulado “Aspectos jurídicos del proceso automático de datos”, en el que se abordaron diferentes cuestiones sobre la validez de la documentación informática, y en la que se vino a poner de relieve las dificultades que podría conllevar la negociación de un acuerdo internacional sobre la materia. Para solventar tan aguda cuestión, la mentada Comisión se decantó por la necesidad de buscar una unificación entre las distintas legislaciones mediante el conocido instrumento de la ley modelo.

En 1985 la referida Comisión aprobó una Recomendación sobre el valor

jurídico de los registros informatizados (*Legal Value of Computer Records*), dirigida a las autoridades públicas y a las organizaciones internacionales que trabajaran en la preparación de textos jurídicos reguladores del comercio. En esta Recomendación se sugería que, en el ámbito de su respectiva competencia, se revisara la normativa aplicable al procesamiento automático de datos con el fin de eliminar todo obstáculo innecesario que dificultara el empleo de esta suerte de procesamiento en el comercio internacional. Sin embargo, la idea tuvo escaso eco entre los destinatarios.

Un siguiente paso más trascendente tuvo lugar en el año 1990, cuando se presenta a la CNUDMI el informe rotulado “Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos”, en el que ya se tenían en cuenta otros trabajos realizados en la Unión Europea y en Estados Unidos. En el año 1991 se producen otros informes importantes relativos a reglas generales de las comunicaciones por vía electrónica y sobre negociabilidad de títulos y documentos de titularidad.

Durante los años 1992 a 1995 el Grupo de Trabajo Electrónico de Datos elabora las reglas jurídicas aplicables al “Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y otros medios de comunicación de datos”, que concluyó con la presentación de un texto del proyecto de Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, que fue aprobada definitivamente el 12 de junio de 1996³³. Esta norma consagra el principio o criterio del equivalente funcional para tratar de equiparar la eficacia del soporte electrónico con el soporte convencional, criterio que se sigue en varios instrumentos legales, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (modificada en 2006) y, en cierta medida, en el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

A partir de las fechas referidas hay pocas resoluciones de carácter general. Se ha trabajado sobre cuestiones específicas, como las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (Revisión 2007. UCP 600), y se han desarrollado otras materias en base a los presupuestos

³³ En la aprobación se recomendaba a todos los Estados que tuvieran en cuenta el tenor de referida ley a la hora de aprobar o modificar leyes de derecho interno en aras a uniformar la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información en soportes distintos al papel. Sobre la elaboración y antecedentes de este documento legal, puede consultarse MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 15-16.

de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; por ejemplo: la carta de porte electrónica. En cualquier caso, los distintos países han tomado conciencia del problema y han inspirado sus legislaciones en las recomendaciones mencionadas, con lo cual se ha alcanzado una cierta uniformidad normativa en el tráfico económico entre países.

Digamos que existen varios sistemas para poner en circulación conocimientos de embarques electrónicos. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, de 1996, contempló la posibilidad de que en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 (entre los que estarían dichos títulos) se lleve a cabo por escrito o mediante un documento que conste en papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se realice por medio del uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o mensajes de datos³⁴.

Análogamente a lo establecido para los conocimientos de embarque electrónicos, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, y con el mismo fundamento, en sus artículos 16 y 17 contempla la posibilidad de utilizar carta de porte electrónica en los casos relativos a transportes.

En lo que respecta al crédito documentario, que es un instituto esencial para el comercio internacional, hay que significar que es uno de los primeros instrumentos en utilizar la electrificación. En el ámbito internacional se regulan en el marco de las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (Revisión 2007. UCP 600)³⁵. Estas reglas se adoptaron por primera vez en el año 1933, con el fin de establecer una uniformidad en el ámbito internacional y así evitar que cada país promoviera sus particulares reglamentaciones de los créditos documentarios. La práctica y su uso continuo han traído como consecuencia la necesidad de sucesivas revisiones hasta llegar a la últimamente citada. Con fecha 3 de enero de 2002, se aprobó un Suplemento a las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios para la presentación electrónica (eUCP, en su denominación abreviada), que

³⁴ En nuestro país, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, permite la existencia de conocimiento de embarque electrónico cuando el cargador y el porteador lo hayan acordado por escrito antes de la carga de las mercancías a bordo. Así, el art. 262 LNM indica que el contrato suscrito por ambas partes deberá determinar, entre otros extremos: el sistema de emisión y de circulación del conocimiento. El conocimiento en soporte electrónico estará sometido al mismo régimen y producirá los mismos efectos que el emitido en soporte papel, sin más especialidades que las contenidas en el contrato de emisión (art. 264 LNM).

³⁵ Esta revisión entró en vigor el 1 de julio de 2007.

entró en vigor el 31 de marzo de 2002 y que admite el principio de equivalencia documental. Este Suplemento se anexó a la última revisión de las UCP 600. En suma, lo que se consigue es la electrificación de los documentos integrantes de los créditos documentarios y su gestión bajo la modalidad de los procesos denominados STP (*Straight Through Processing*), que hacen posible un tratamiento automático de las transacciones comerciales rápido, seguro y de bajo coste.

En lo que respecta a las garantías y avales a primer requerimiento existen las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías de primer requerimiento (URDG 758) (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*), que fueron aprobadas en Bruselas en 2009 y entraron en vigor el 1 de julio de 2010. Estas reglas son normas privadas de buenas prácticas redactadas por la Cámara de Comercio Internacional que se aplican independientemente de la *lex causae*. Las partes pueden excluir o modificar algún precepto de las reglas. No incluyen garantías por cuenta del propio garante e intentan equilibrar los intereses de todos los intervinientes³⁶. Las reglas URDG 758 reconocen la posibilidad de utilizar documentos electrónicos. Así, el artículo 2, relativo a definiciones, cuando se refiere a documento alude a los conceptos de documento autenticado y firmado, y ya sabemos que en el ámbito del Derecho mercantil internacional la Ley Modelo de la CNUDMI consagra el criterio de equivalencia funcional entre el soporte convencional y el electrónico.

Igual equiparación entre documento electrónico y convencional encontramos en otras normas de ámbito supranacional, tales como los Usos internacionales relativos a los créditos contingentes (ISP98) (*International Standby Practices*), publicación CCI 590, y las Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales (URCB 524) (*ICC Uniform Rules for Contract Bonds*), publicación CCI 524.

³⁶ Las actuales Reglas URDG 758 sustituyen a la versión 458, y vienen a establecer una serie de modificaciones innovadoras que hacen que tengan una aplicación más clara, más precisa, más completa y equilibrada para evitar disputas entre las partes. Contiene un modelo básico unificado para la contratación (*Model Form*). Esta versión refuerza su carácter de documento abstracto en orden a la ejecución del aval, ya que el Grupo de Trabajo del CIC sobre Garantías, órgano de expertos permanente creado por la CPI en 2003 para supervisar la práctica internacional de garantía, actuó como un órgano consultivo del Grupo de Redacción que indujo este espíritu en el documento. Adoptan el estilo, aceptado universalmente, de las reglas y usos relativos a los créditos documentarios (UCP 600) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) al presentar las definiciones en un artículo único.

5.2. NORMATIVA EUROPEA SOBRE ELECTRONIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

En la Unión Europea, los primeros intentos de prevenir una unificación de los efectos del documento electrónico o informático se producen a raíz de la Recomendación R (81) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, que intenta adelantarse a los problemas originados por el uso creciente de los registros informáticos³⁷.

Por su parte, la Comisión Europea también había venido trabajando en la problemática de la transmisión electrónica de datos y sus consecuencias en orden a la contratación electrónica, por lo que el 18 de julio de 1994 publica el “Modelo Europeo de Acuerdo EDI”³⁸.

El 16 de abril de 1997 la Comisión Europea presenta la Comunicación denominada “Iniciativa europea de comercio electrónico”, con la que pretendía dos objetivos fundamentales: el primero, diluir las reticencias creadas por la inseguridad del medio para potenciar las relaciones comerciales electrónicas, y el segundo, promover una reglamentación uniforme en el ámbito internacional, habida cuenta el carácter transnacional de esta forma de comercio. Esta comunicación fue acompañada de otra posterior titulada “El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica: hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado”, de 8 de octubre de 1997, y resultó la raíz de la propuesta de directiva sobre firma digital presentada por la Comisión en mayo de 1998.

³⁷ El objeto de la Recomendación R (81) 20 es la armonización de las legislaciones en materia de exigencia de un escrito y en materia de admisibilidad de las reproducciones de documentos y de registros informáticos.

Sobre problemática del documento electrónico en la Unión Europea, puede verse DÍAZ FRAILE, J.M., “El documento electrónico y la firma digital. Su regulación en la Unión Europea”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 177, 1999, págs. 9 y siguientes; BONAL ZAZO, J. L., El documento electrónico y el Archivo, en *El reto electrónico: nuevas necesidades, nuevos profesionales. Actas de las V Jornadas de Archivos Electrónicos* celebradas en Priego de Córdoba el 14 y 15 de marzo de 2002, Priego de Córdoba: Patronato Municipal “Víctor Rubio Chávarri”, 2002, págs. 7-19; CANELA GARAYOA, M., “El sistema de gestión de los documentos electrónicos del ACNUR”, en *Tabula*, 2002, núm. 5, págs. 79-96.

³⁸ Este acuerdo adopta la forma de recomendación para los Estados. En su artículo 1,1º declara que el Acuerdo estipula las condiciones legales a las que se ajustarán las partes para efectuar transacciones mediante el uso del Intercambio Electrónico de Datos (EDI). Por su parte, en el artículo 2.2 se define el mensaje de EDI como el que “consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades”.

Esta última propuesta se convierte en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre firma electrónica. Esta normativa tenía por objeto establecer un marco europeo homogéneo en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y de acreditación de los prestadores de los servicios de certificación, esto es, de los medios de autenticación de la firma. Entró en vigor el día 19 de enero de 2000 y se estableció como plazo para su incorporación a los distintos ordenamientos comunitarios la fecha de 19 de julio de 2001 (art. 13). Hay que señalar que algunos países, como Italia, Alemania, Portugal o España, ya tenían una regulación propia sobre la firma electrónica³⁹. Y los países que aún no la tenían acomodaron enseguida su normativa a la de la Unión, como ocurrió en Francia, Austria, Luxemburgo, Bélgica, lo que evidenciaba la necesidad y oportunidad de la misma.

A propuesta de la Comisión, se aborda la regulación de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000⁴⁰, del Parlamento Europeo y del Consejo. Se subraya en esta normativa comunitaria las oportunidades que ofrece el comercio electrónico para las pequeñas y medianas empresas, y se pretende superar los obstáculos que tienen su origen en la disparidad de regímenes jurídicos de cada uno de los Estados, así como los que proceden de la inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro, estableciendo un marco claro y general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico con la adopción de medidas mínimas para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior y la definición de los servicios de la sociedad de la información⁴¹. Consecuencia de la promulgación de esta Directiva fue su transposición al ordenamiento

³⁹ La regulación española en dicha fecha estaba contenida en el Real Decreto Ley 44/1999, de 17 de septiembre, que posteriormente fue derogado por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica.

⁴⁰ Con anterioridad se había publicado la Resolución del Consejo, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DO C 23, de 28 de enero de 1999, págs. 1-3) que invitaba a la Comisión a examinar la legislación en materia de consumidores respecto a la sociedad de la información, así como a adoptar medidas adecuadas al respecto.

⁴¹ Se excluye expresamente como objeto de la Directiva la protección de la salud pública y de los consumidores (considerando 11) y la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal (considerando 14).

jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico⁴².

La Decisión 2004/563, de 7 de julio de 2004, de la Comisión, que se refiere al uso y las condiciones de los documentos electrónicos en el ámbito europeo, aporta, tal como veremos después, una definición amplia y flexible del documento electrónico que sirve de pauta para normativas posteriores⁴³.

Hay que destacar asimismo la Comunicación sobre la interoperabilidad de los servicios paneuropeos de administración electrónica de 12 de febrero de 2006, que se ocupa de reseñar la importancia de la Administración electrónica moderna basada en procesos eficaces de esta índole.

En el plano de los instrumentos electrónicos de pago, digamos que la Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, en su “exposición de motivos”, vino a justificar la necesidad de regular las transacciones electrónicas para favorecer el advenimiento de la sociedad de la información y del comercio electrónico⁴⁴. Ha de tenerse en cuenta asimismo la Decisión de la Comisión de 16 de octubre de 2009, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las “ventanillas únicas” con arreglo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. Por su parte, la Directiva 2009/110/CE planteó la revisión de ciertos conceptos, entre ellos, el dinero electrónico. Su transposición a nuestro país tuvo lugar por la Ley 21/2011, de 26 de julio,

⁴² Hay que tener en cuenta, además, que la legislación sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico no está desligada de la ingente labor desplegada por la Unión Europea para proteger a los consumidores, cuyo análisis escapa a los objetivos de este trabajo, si bien, se podría destacar la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. Sobre el particular puede verse nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Reus, Madrid, 2005, págs. 41-50.

⁴³ Para un mayor detalle sobre esta cuestión véase VEGA VEGA, J.A. El documento jurídico y su electrificación, cit. págs. 117-144, donde se analiza la definición amplia que acerca del documento electrónico nos proporciona el artículo 3 de la Decisión 2004/563, de 7 de julio de 2004.

⁴⁴ Sin embargo, conviene recordar que el radio de acción de la Recomendación es más amplio, pues en su considerando 5º, cuando explica el ámbito de aplicación de la misma, se indica que cubre las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago en general. Asimismo, con el ánimo de acotar el concepto de dichos instrumentos a los efectos normativos, aclara que por tales hay que entender los que permiten el acceso (a distancia) a la cuenta de un cliente, en particular las tarjetas de pago y los servicios de telebanco (por teléfono y por ordenador). Por su parte, las transacciones mediante tarjeta de pago abarcan el pago

de dinero electrónico⁴⁵. En esta materia ha de tenerse en cuenta también el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Con el propósito de romper las barreras que afectaban a los consumidores en la contratación electrónica, se publica la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica sustancialmente el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Por último, indicar que la necesidad de protección del consumidor litigante en lo concernientes a transacciones transfronterizas motivó que, tras varias disposiciones⁴⁶, se culminara con el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del

electrónico y no electrónico utilizando este tipo de tarjetas, incluidas las operaciones para las cuales se exigen una firma y se expide un justificante. Y continúa enseñándonos que, a los efectos del marco jurídico delineado por la Recomendación, también son instrumentos de pago los instrumentos de dinero electrónico recargables en forma de tarjetas en las que se almacenan electrónicamente los importes correspondientes y de fichas electrónicas almacenadas en la memoria de una red de ordenadores. En cuanto a los instrumentos de dinero electrónico recargables, en razón de sus características y, en especial, de su posible vinculación a una cuenta de titular, son aquellos en los que la protección del cliente es la más acuciante. En consecuencia, en cuanto a los instrumentos de dinero electrónico, hay que precisar que el marco jurídico de la Recomendación que analizamos limita su referencia los instrumentos electrónicos de tipo recargable.

⁴⁵ Posteriormente, el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, desarrolla el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, pero no ofrece ninguna aportación novedosa sobre la naturaleza jurídica del dinero electrónico, salvo lo establecido en los artículos 23 y 24 sobre redes limitadas y cuentas de pago, que aclaran en cierta medida el ámbito disciplinar de la normativa, en relación con el artículo 1.3 de la Ley 21/2011.

⁴⁶ Entre estas disposiciones cabe citar la Recomendación R (86) 12, dictada por el Consejo para potenciar el arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción judicial. También es de tener en cuenta la Resolución de 25 de mayo de 2000, relativa a *una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*, y la Resolución 7876/2000 por la que el Consejo pone de relieve la necesidad de desarrollar procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos en materia de consumo. La Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril, contiene los principios que deberán aplicarse a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Posteriormente, se dictó la Directiva 2009/22/CE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que ha resultado modificada por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, normativa que también modificó mínimamente el Reglamento (CE) n° 2006/2004.

5.3. NORMATIVA EUROPEA SOBRE TRANSACCIONES EFECTUADAS MEDIANTE INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS DE PAGOS

La Recomendación 97/489/CE, de 30 de julio de 1997, reguló el régimen aplicable a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago; en particular, las relaciones entre los emisores y los titulares de tales instrumentos⁴⁷.

El objetivo del texto fue establecer un marco común en el territorio de la Unión Europea sobre los elementos esenciales de las relaciones entre emisores de instrumentos electrónicos de pago y titulares de los mismos, incluyendo la información mínima que deberá facilitarse al cliente en lo atinente a las transacciones efectuadas mediante aquellos (arts. 3 y 4).

También se ocupa la recomendación de regular las obligaciones que deben asumir las partes (titular y emisor) en la celebración de un contrato que tenga por objeto las transferencias electrónicas de fondos, así como las responsabilidades y régimen jurídico en los supuestos de pérdida o extravío (arts. 5-9).

Aunque esta recomendación no tiene carácter de norma vinculante, la utilidad de las previsiones en ella contenidas desde una perspectiva de mejora de la transparencia y protección del consumidor ha llevado a integrar una parte de su contenido en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a través de la Circular 4/1998, de 27 de febrero. Por otro lado, buena parte del contenido de la Recomendación ha sido incorporado voluntariamente por los propios emisores en los contratos relativos al uso de instrumentos electrónicos que suscriben con sus clientes.

⁴⁷ Hay que tener en cuenta que existe un Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, contenido en la Recomendación 87/589/CE (DOCE L 365, de 24 de diciembre de 1987). La misma se refiere a las relaciones entre empresarios y consumidores que surgen como consecuencia del pago con tarjetas emitidas por entidades financieras, y que no regula, por razones obvias, los pagos producidos a través de la red.

La citada Recomendación de 1997 partía de la necesidad de garantizar el pleno funcionamiento del mercado interior, uno de cuyos elementos lo constituyen los sistemas de pago. Y argumentaba que, dado que las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos, en razón del progreso tecnológico, se aceleran progresivamente, es conveniente contribuir al advenimiento de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico promoviendo la confianza de los clientes de estos instrumentos y la aceptación de los mismos por el comercio minorista. La disposición, dado el carácter de recomendación, no era obligatoria para los Estados miembros, pero hay que comprender que marcó una pauta a la hora de resolver múltiples problemas en esta materia, razón por la que su filosofía se ha ido incorporando a los ordenamientos internos.

En definitiva, la Recomendación lo que pretendía era garantizar un elevado grado de protección de los consumidores en el ámbito de los instrumentos electrónicos de pago.

El campo concreto de aplicación resulta del artículo 1, que establece que la misma se aplicará a⁴⁸:

1) Las transferencias de fondos, diferentes de las transferencias ordenadas y realizadas por entidades financieras, efectuadas mediante un instrumento electrónico de pago.

2) La retirada de dinero en efectivo mediante un instrumento electrónico de pago y la carga (y descarga) de un instrumento de dinero electrónico en dispositivos como distribuidores automáticos de billetes y cajeros automáticos, así como en los locales del emisor o en una entidad con la que se haya suscrito un contrato para aceptar el instrumento de pago, estableciéndose algunas excepciones siempre que no sea instrumento electrónico de carga y descarga.

⁴⁸ Sin embargo, conviene recordar que el radio de acción de la Recomendación es más amplio que esta enumeración, pues en su considerando 5º, cuando explica el ámbito de aplicación de la misma, se afirma que cubre las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago en general. Asimismo, con el ánimo de acotar el concepto de dichos instrumentos de pago a los efectos normativos, aclara que por tales hay que entender los que permiten el acceso (a distancia) a la cuenta de un cliente, en particular las tarjetas de pago y los servicios de telebanco (por teléfono y por ordenador). También considera instrumentos de pago los instrumentos de dinero electrónico recargables en forma de tarjetas en las que se almacenan electrónicamente los importes correspondientes y de fichas electrónicas almacenadas en la memoria de una red de ordenadores. Por tanto, en cuanto a los instrumentos de dinero electrónico, hay que precisar que el marco jurídico de la Recomendación que analizamos limita su referencia los instrumentos electrónicos recargables (véase VEGA VEGA, J.A., “Caracterización del dinero electrónico en la Ley 21/2011, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285 [julio-septiembre 2012], pág. 141).

La Recomendación de 1997 tuvo su eco, entre otras disposiciones, en la hoy ya derogada Directiva 2000/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades, que abordó el problema de la regulación legal del dinero electrónico en relación con las entidades que pueden “emitir” dicho medio de pago. Su objetivo fue implantar un marco jurídico claro y fortalecer el mercado único, a la vez que asegurar un nivel adecuado y prudencial de supervisión.

La Directiva 2000/46/CE planteó ciertos problemas en su efectividad práctica y en la implantación y desarrollo del mercado. También, por el paso del tiempo, se detectaron ciertas extralimitaciones en las competencias de las entidades de dinero electrónico, por cuya razón se consideró conveniente una modificación de su régimen. Esta fue la razón de que la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión prudencial de dichas entidades, modificara las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y derogara la Directiva 2000/46/CE⁴⁹.

En lo que concierne de manera específica al dinero electrónico, es de destacar la Directiva 2009/110/CE también se plantea la revisión de ciertos conceptos, entre ellos, el de dinero electrónico (art. 2.2.), cuya definición, en lo esencial, es transcrita a nuestra LDE. La noción que nos ofrece esta Directiva presenta ciertas matizaciones en relación con la Directiva 2000/12/CE, tal como veremos en el epígrafe siguiente.

Por su parte la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. La Directiva 2013/36/UE determina el marco regulador de las entidades de dinero electrónico que operan dentro del territorio comunitario, con el fin de aprovechar las ventajas derivadas de la utilización del dinero electrónico y fomentar su uso.

⁴⁹ En cuanto a entidades de crédito en general, téngase también en cuenta la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 27 de junio de 2013) (Corrección de errores de 2 de agosto de 2013).

Es palmario que la seguridad resulta imprescindible en el comercio electrónico. En particular, respecto de la utilización de medios electrónicos de pago e instrumentos financieros en redes abiertas, como internet, en las que se impone garantizar la utilización de sistemas que no resulten vulnerables ante acciones ilícitas de terceros.

En concreto, la seguridad en la realización de pagos electrónicos viene garantizada actualmente mediante la utilización de protocolos de seguridad, entre los que pueden citarse el *Secure Sockets Layer (SSL)*⁵⁰ y su sucesor el *Transport Layer Security (TLS)*, el *Secure Electronic Transaction (SET)*, así como el más moderno *3-D Secure*, que añade un paso de autenticación para pagos en línea. Estos protocolos criptográficos no son sino normas técnicas mediante las que se posibilita la transmisión segura de información a través de redes abiertas⁵¹.

Existe un gran número de instrumentos de pago que permiten el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias a través de internet, aunque no todos gozan de una implantación práctica efectiva. Tampoco existe unanimidad doctrinal o legal en su conceptualización⁵².

⁵⁰ El ya obsoleto protocolo *Secure Sockets Layer* (“Capa de Conexión Segura”) fue diseñado en el año de 1994 con el objetivo de proteger el acceso de personas no autorizadas a determinada información confidencial. Este protocolo proporciona los servicios de cifrado de datos, autenticación de servidores, integridad de mensajes y, en menor grado, la identificación del cliente para conexiones TCP/IP (*Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*).

⁵¹ La diferencia entre ambos protocolos de seguridad viene constituida por la utilización por parte del protocolo SET de firmas electrónicas en el intercambio de información, de manera que se trata de un protocolo multiparte, ya que permite autenticar a todas las partes que intervienen en una determinada operación. Por su parte, el protocolo SSL y su actualización el TLS (“seguridad de la capa de transporte”) no hacen uso de firmas electrónicas para la autenticación de las partes, si bien facilita la realización de un elevado número de operaciones de escasa cuantía, lo que resultaría más complejo con la utilización del protocolo SET al hacer uso de la firma electrónica. El denominado 3-D Secure es un nuevo protocolo que presenta más seguridad y que viene a reemplazar al anterior.

⁵² Hay que tener en cuenta que adquiere especial atención la cuestión relativa a la fiscalidad de los medios de pago o financiación electrónicos, ya que debe recordarse que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) grava los documentos notariales y mercantiles relativos a pago, teniendo de esta manera incidencia sobre la utilización de esta clase de instrumentos electrónicos.

Dado que meritado impuesto grava los documentos mercantiles, se plantea la cuestión de si las formas de pago que pueden considerarse incluidas dentro de una definición en sentido amplio de dinero electrónico y, en cualquier caso, dentro del concepto de instrumentos electrónicos de pago o financiación, quedan o no sujetas al pago del mencionado impuesto. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado que también se gravan por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados los instrumentos que tengan una función de giro en el tráfico mercantil, independientemente de que los mismos tengan o no la calificación de documentos.

Tampoco debemos olvidar que el desarrollo de la sociedad tecnocomunicacional ha propiciado una verdadera transformación del modelo de negocio en los mercados financieros. En una era global, cada vez más competitiva, la automatización provoca un mayor impacto positivo, ya que no solo aporta fluidez y liquidez, al resultar accesible a un gran número de inversores, sino que asegura una mayor posibilidad de acceso a la información de las operaciones en virtud de mecanismos más eficientes y transparentes para analizar cotizaciones, órdenes y transacciones.

Por todo ello hay que tener muy presente que las nuevas tecnologías permiten la concreción de instrumentos financieros o de giro mercantil bajo la modalidad electrónica, que pueden circular por las redes cumpliendo funciones específicas y facilitando el cumplimiento de obligaciones en la contratación electrónica, por lo que no sería práctico ni deseable establecer gravámenes fiscales o de otro orden más allá de lo que exija la prudencia jurídica y económica.

5.4. NORMATIVA ESPAÑOLA

5.4.1. *La LSSICE*

A) Planteamiento

La legislación electrónica en España, al igual que en otros países comunitarios, responde a las directivas y recomendaciones dictadas por los órganos de la UE y, a tal respecto, hay que significar la gran semejanza entre todos los ordenamientos europeos.

La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000⁵³, del Parlamento Europeo y del Consejo, subrayó las oportunidades que ofrece el comercio electrónico para las pequeñas y medianas empresas, y pretendió superar los obstáculos que tenían

Se trata por tanto de una cuestión que requiere de una respuesta concreta y meditada, ya que es importante tomar en consideración la necesidad de no establecer obstáculos que impidan el desarrollo de los instrumentos electrónicos, máxime cuando supondría gravarlos con un impuesto que no se aplica al resto de medios de pago que pueden calificarse como tradicionales.

⁵³ Con anterioridad se había publicado la Resolución del Consejo, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DO C 23, de 28 de enero de 1999, págs. 1-3) que invitaba a la Comisión a examinar la legislación en materia de consumidores respecto a la sociedad de la información, así como a adoptar medidas adecuadas al respecto.

su origen en la disparidad de regímenes jurídicos de cada uno de los Estados, así como los que proceden de la inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro, para lo que determinó la necesidad de establecer un marco claro y general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico con la adopción de medidas mínimas para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior y la definición de los servicios de la sociedad de la información⁵⁴. Consecuencia de la promulgación de esta Directiva fue su transposición al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico⁵⁵.

Por su parte, la Decisión 2004/563, de 7 de julio de 2004, de la Comisión, sobre uso y las condiciones de los documentos electrónicos en el ámbito europeo, aportó una definición amplia y flexible del documento electrónico que sirve de pauta para normativas posteriores⁵⁶.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), se promulga como consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española a la comunitaria en materia de comercio electrónico. Durante su elaboración, incluso desde etapas muy tempranas, suscitó gran polémica en diversos aspectos; por ejemplo, su retraso, pues de acuerdo con la Directiva 2000/31/CE su transposición debía haberse llevado a cabo antes del 17 de enero de 2002⁵⁷. También su contenido fue objeto de crítica, habida cuenta que para algunos resultaba demasiado intervencionista, sobre todo en lo referente a las comunicaciones comerciales y a la posibilidad

⁵⁴ Se excluye expresamente como objeto de la Directiva la protección de la salud pública y de los consumidores (considerando 11) y la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal (considerando 14).

⁵⁵ Hay que tener en cuenta, además, que la legislación sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico no está desligada de la ingente labor desplegada por la Unión Europea para proteger a los consumidores, cuyo análisis escapa a los objetivos de este trabajo, si bien, se podría destacar la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. Sobre el particular puede verse VEGA VEGA, J.A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, cit. *Contratos Electrónicos*, págs. 41-50.

⁵⁶ Para un mayor detalle sobre esta cuestión véase VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electrificación*, cit. págs. 133 y 134, donde se analiza la definición amplia que acerca del documento electrónico nos proporciona el artículo 3 de la Decisión 2004/563, de 7 de julio de 2004.

⁵⁷ No obstante, atendiendo a fuentes gubernamentales, el retraso lo provocó la espera del dictamen preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, el cual, cuando le fue remitido dicho dictamen (octubre de 2001), se encontraba en pleno proceso de renovación.

de clausurar la prestación de servicios de la sociedad de la información, lo que llegó a algunos comentaristas a calificarla de inconstitucional. Posteriormente fue modificada en algunos aspectos por las siguientes normas: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, habiendo sufrido asimismo modificaciones posteriores.

Hay que señalar que la LSSICE, según un amplio sector de la doctrina⁵⁸, es minuciosa en lo que respecta a la protección de garantías y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico español, y otorga una gran confianza a los consumidores y usuarios, debido a las garantías que se les reconocen en la contratación y al estricto régimen de obligaciones que, por el contrario, se impone a los prestadores de servicios, incluidos la inspección por parte de funcionarios y agentes públicos y el estricto régimen sancionador al que se les somete.

La LSSICE aspiró en su día a regular únicamente aquellos aspectos que por su novedad o por sus peculiaridades no estaban cubiertos por la legislación preexistente, acogiéndose así al principio de equivalencia funcional. La LSSICE abordó, entre otros cometidos, la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa o posterior a la celebración de los contratos electrónicos, así como las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Las disposiciones de la LSSICE deben entenderse sin perjuicio de lo establecido en otras normas, ya sean estatales o autonómicas, ajenas a su ámbito normativo o que tengan como finalidad la protección de la salud o seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de la defensa de la competencia.

Para la LSSICE, la sociedad de la información viene a ser todo servicio prestado a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del

⁵⁸ Ver GONZÁLEZ-CALERO MANZANARES, F. R., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, en especial la Protección de Datos, la Firma Electrónica y la Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, Madrid, 2003, págs. 69 y ss.

destinatario, comprendiendo también los no remunerados por los destinatarios, en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador. En particular, son servicios de la sociedad de la información: la contratación de bienes y servicios por vía electrónica; la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; la gestión de compras en la red por grupos de personas; el envío de comunicaciones comerciales; el suministro de información por vía telemática; el vídeo bajo demanda, como servicio que el usuario puede seleccionar a través de la red y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

La LSSICE modificó los artículos 1262 CC y 54 CCom, logrando cierta uniformidad en su régimen jurídico, lo que ha supuesto un gran avance.

Aparte de la LSSICE, hemos de citar, como materia complementaria de la regulación del comercio electrónico e íntimamente cohesionada con esta modalidad comercial, la Ley 21/2011 de 26 de julio, de dinero electrónico, que ha traspuesto la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico, su ejercicio y la supervisión prudencial de dichas entidades. Asimismo, ha de tenerse en cuenta, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre sobre firma electrónica, que marca la seguridad en materia de contratación.

B) Ámbito

La LSSICE se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España y a los servicios prestados por ellos. A este respecto, señala la norma que se entenderá que el prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En caso contrario, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección (cfr. art. 2).

También será de aplicación a los servicios de prestadores residentes o domiciliados en otro Estado cuando sean ofrecidos a través de un establecimiento permanente situado en España. Señala la ley que se entenderá que tiene un establecimiento permanente en territorio español si dispone de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo en los que realiza todo o parte de su actividad. No obstante, la utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o acceso al servicio, no bastan por sí solos para determinar

el lugar de establecimiento. En todo caso, se presumirá que está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se hayan inscrito en el Registro Mercantil u otro registro público español, en el que fuera necesaria su inscripción para la adquisición de la personalidad jurídica (ver art. 2.2 y 3) .

En lo referente a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado Miembro u otro país del Espacio Económico Europeo (EEE)⁵⁹, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7,1 (libre prestación de servicios) y 8 (restricciones a la libre prestación de servicios), se aplicará la LSSICE cuando el destinatario del servicio radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes: a) derechos de la propiedad intelectual o industrial; b) emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; c) actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios; d) obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores; e) régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable al contrato; f) licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, no solicitadas (art. 3).

En relación al prestador de servicios establecido en un Estado que no pertenece ni a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, baste decir que su sujeción a la ley española derivará de lo dispuesto en los acuerdos y convenios internacionales, cuando el servicio se dirija específicamente a España (art. 4). Se ha de tener en cuenta, además, que a estos prestadores les será de aplicación el principio de libertad de prestación, de conformidad con los acuerdos internacionales pertinentes (artículo 7.2), con la posibilidad de suspender el servicio en determinados casos (art. 11.2).

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LSSICE, y por tanto se regularán por su propia normativa: a) los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas; b) los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (art. 5)⁶⁰.

⁵⁹ Es una zona de libre cambio que se encuentra formada por los países que pertenecían a la antigua EFTA, que fue quedando desfigurada al ingresar en la entonces CEE, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Portugal y ya en la actual Comunidad Europea, Austria y Suecia. En la actualidad se encuentra formado por Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

⁶⁰ En cuanto a los juegos de azar, estarán exceptuados de la LSSICE si proceden de un prestador de servicios establecido en un Estado Miembro o en un país del Espacio Económico Europeo, pero no si son prestados por un prestador de servicios establecido en España si implican apuestas de valor económico. Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en la normativa estatal o autonómica sobre la materia.

C) Eficacia

A continuación nos referiremos a un conjunto de preceptos que pretenden hacer eficaz la LSSICE, para lo cual se establecen legalmente medidas tales como acciones judiciales específicas, procedimientos de información y control o un régimen sancionador para los supuestos de incumplimiento de las disposiciones reguladas en la ley.

Un primer instrumento válido nos lo proporciona la acción de cesación, que podrá interponerse contra las vulneraciones de las disposiciones de mentada norma cuando lesionen los intereses colectivos o difusos de los consumidores (arts. 30 y 31). Esta acción tendrá como finalidad conseguir una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la LSSICE y a prohibir su reiteración en el futuro. Podrá igualmente interponerse contra una vulneración ya finalizada cuando existan indicios suficientes que hagan pensar que su reiteración es probable a corto plazo. Sobre el procedimiento de este tipo de acciones y legitimación para su interposición, habrá que estar a la regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶¹.

En cuanto a los procedimientos de información previstos legalmente, digamos que, en aras a la tutela de sus derechos, los prestadores y destinatarios de servicios podrán dirigirse, incluso por medios electrónicos, a cualesquiera órganos competentes en materia de sociedad de la información, sanidad y consumo de las Administraciones Públicas con el propósito de: a) conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales en el marco de la normativa aplicable a la contratación electrónica; b) informarse sobre los procedimientos de resolución judicial y extrajudicial de conflictos; c) obtener los datos de las autoridades, asociaciones u organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia técnica (art. 33).

Por su parte, el artículo 34 nos dice que, para facilitar el ejercicio de los derechos de los interesados y siempre guardando las debidas cautelas para salvaguardar la intimidad de la persona y la protección de los datos personales en ellos indicados, el CGPJ remitirá al Ministerio de Justicia todas las resoluciones judiciales que contengan pronunciamientos relevantes sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, sobre su utilización como prueba en juicio o sobre los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad de los

⁶¹ Sobre el particular, puede verse VEGA VEGA, J.A., "Resolución conflictual en el comercio electrónico", *REEE*, núm. 22 (2010), págs. 151-171.

prestadores y destinatarios de servicios. De igual manera, los órganos arbitrales y los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos comunicarán los laudos o decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, con las mismas cautelas fijadas para los supuestos. Por su parte, el Ministerio de Justicia enviará a la Comisión Europea la información remitida, y deberá facilitar el acceso a esta a cualquier interesado que la solicite.

En lo que respecta a la actividad de supervisión y control, hemos de señalar que corresponde al Ministerio de *Industria* controlar el cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de las disposiciones de la LSSICE. Para llevar a cabo dicho control, se habilita expresamente a este órgano para que lleve a cabo todas las labores inspectoras que considere oportunas. No obstante, hay que aclarar que, para las materias contenidas en los artículos 8, 10, 11, 15, 16, 17 y 18, la referencia que se hace al órgano competente, se entenderá para los órganos jurisdiccionales o administrativos competentes en función de la materia que se trate.

De igual forma, los funcionarios que desarrollen dicha actividad inspectora tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos. No obstante, si las conductas del prestador estuvieran sujetas al control de otros órganos por razón de la materia o de la entidad de que se trate y con independencia de que se realicen por técnicas o medios electrónicos o telemáticos, los órganos que por la legislación sectorial tengan atribuidas las funciones de control, supervisión, inspección o tutela, ejercerán las funciones que les corresponden (art. 35).

En la línea señalada anteriormente, se establece un deber de colaboración de los prestadores de servicios hacia los funcionarios en el ejercicio de funciones inspectoras, debiendo facilitar toda la información y colaboración precisas, permitiendo incluso el acceso a sus instalaciones y a la consulta de cualquier documentación relevante para la actividad de control de que se trate, siendo de aplicación en su caso el artículo 8,5 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si, como consecuencia de la actividad inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, ya sean estatales o autonómicas, se dará cuenta de tales hechos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y control (cfr. art. 36).

Para concluir este epígrafe, nos referiremos al régimen sancionador establecido

para las conductas que contravengan las disposiciones establecidas en la LSSICE. Para ello se dispone que los prestadores de servicios están sujetos al régimen sancionador cuando la LSSICE les sea de aplicación (art. 37). Las infracciones se catalogan en muy graves, graves y leves (art. 38).

Lógicamente, las infracciones llevan aparejadas multas (art. 39), que se gradúan económicamente según su gravedad (art. 40), y que pueden ser objeto de moderación en supuestos de disminución de la culpabilidad del imputado o cuando se haya reparado el daño (art. 39 bis).

En los procedimientos sancionadores por infracciones muy graves o graves, se podrán adoptar las medidas de carácter provisional que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte y el buen fin del procedimiento, así como para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y atender a las exigencias de los intereses generales. Las medidas a adoptar serán las previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su legislación de desarrollo, siendo en particular alguna de las siguientes: a) Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos. b) Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo. c) Advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas.

Para la adopción y cumplimiento de estas medidas, se deberá estar a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para asegurar la protección de los derechos a la intimidad familiar y personal, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran estar afectados. En los casos de urgencia, la medida podrá imponerse antes de la apertura del proceso sancionador con la condición de que sean confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá iniciarse antes del decimoquinto día siguiente a la aprobación de estas medidas, acuerdo que podrá ser objeto del recurso que proceda. El incumplimiento del plazo o de la obligación de pronunciamiento sobre las medidas conllevará que estas queden sin efecto (cfr. art. 41).

El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas (art. 42).

Como es obvio, y en consonancia con la mayor parte de las cautelas mencionadas a lo largo de la LSSICE, que podrían haberse omitido por ser evidentes, no podrá interponerse una sanción administrativa si hubiera sido impuesta una sanción penal, en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (o sea el principio *non bis in ídem*). Si aún no hubiera sanción penal, se deberá suspender el proceso hasta que exista resolución penal firme impuesta por la autoridad judicial. Reanudado este, deberá respetarse la resolución que se dicte y, en su caso, los hechos probados en la resolución judicial (cfr. art. 44)⁶².

Digamos por último que la competencia sancionadora se establece en el artículo 43. Y en cuanto a la prescripción de las infracciones y sanciones, la LSSICE dispone que las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años

5.4.2. La Ley de Firma Electrónica

El desarrollo de la sociedad de la información, en la que se incluye el comercio electrónico, y la difusión de los efectos positivos que de ella se originan exige la generalización de la confianza de todos los usuarios. De ahí que la normativa jurídica deba servir para fomentar el uso de esta vía de comunicación, incrementado la seguridad y confianza de los usuarios⁶³. La firma autógrafa es una forma de autenticar un documento convencional. Pero el electrónico no permite el empleo de esta firma, por lo que la técnica ha creado signos y datos que unidos al documento electrónico como metadatos pueden verificar su autenticidad. Es lo que se denomina firma electrónica.

La firma electrónica es, pues, un elemento apto para comprobar la procedencia e integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de

⁶² La imposición de una sanción prevista en la LSSICE, por el contrario, no es incompatible con otro proceso sancionador cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no exista identidad del bien jurídico protegido.

⁶³ PLAZA PENENÉS, J., "La firma electrónica y su regulación en la directiva 1999/93, de la Unión Europea", en *Contratación y Comercio Electrónico* (Dir. F. J. Orduña Moreno), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 491-492.

telecomunicaciones, siempre que se adopten las medidas técnicas adecuadas para su seguridad⁶⁴.

En nuestro país, tras varios precedentes que afectaban a varios ámbitos⁶⁵, la primera normativa que, con carácter general, se promulgó en nuestro país sobre esta materia fue el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, que se dictó con el designio de incorporar al Derecho español la entonces *non nata* Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica, y que nacía con el designio de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías en las actividades de las empresas, la Administración y los ciudadanos, procurando buscar mayores cotas de confianza y seguridad. Esta disposición adoptó la forma de decreto-ley sin duda ninguna porque se comprobó la necesidad de una urgente regulación ante las exigencias de los intereses de sector empresarial y profesional. Esta normativa⁶⁶, dado que todavía no existía una directiva europea, siguió los dictados de la Ley modelo de la CNUDMI, entonces en proyecto, y pretendió buscar soluciones universales y uniformes a los problemas planteados por esta institución.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, reguló el régimen de firma electrónica⁶⁷.

⁶⁴ Las primeras iniciativas sobre firma electrónica surgen en Derecho norteamericano con la *Utah Digital Signature Act* de 1995. En el ámbito internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional propuso una Ley Modelo de comercio electrónico en su 29º periodo de sesiones, celebrado en Nueva York del 28 de mayo al 14 de junio de 1996. En 1997, el Pleno de la CNUDMI encomienda al Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico la elaboración de un régimen uniforme sobre los aspectos jurídicos de la firma numérica y los prestadores de servicios de certificación. Este grupo actuó sobre dos pilares: el proyecto de prácticas internacionales uniformes sobre certificación y autenticación de la Cámara de Comercio Internacional y los trabajos de la *American Bar Association*.

⁶⁵ Como precedentes de normativas que establecían garantías de seguridad sobre la utilización de medios telemáticos, pueden citarse el art. 49 de la Ley del Mercado de Valores de 1988; el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, desarrollado por Real Decreto 263/1996, de 16 de octubre; la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, sobre el Impuesto del Valor Añadido, que permitió que las facturas pudieran emitirse por vía telemática; en materia bursátil, los arts. 21 y 22 del Real Decreto 726/1999, de 23 de junio.

⁶⁶ Esta normativa, que hay que subrayar tuvo una factura apresurada, necesitó del desarrollo reglamentario de algunos de sus preceptos, razón por la que tuvo que ser completada con la publicación, por Orden de 21 de febrero de 2000, del Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

⁶⁷ Esta Ley sufrió una importante reforma de su articulado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información.

Esta disposición normativa vino a sustituir al Real Decreto-Ley de 1999⁶⁸.

Esta Ley ofrece, en primer lugar, una visión compleja de documento electrónico y, con carácter amplio, alberga en su tenor todo documento referido a cualquier clase de información, siempre que tenga un tratamiento electrónico. En segundo lugar, exige que el mensaje esté archivado en un soporte electrónico y según un formato determinado; esto es, que resulte accesible con carácter universal. Finalmente, requiere que el formato sea susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, lo que permite la comunicación y transmisión del documento. El concepto, en síntesis, es lo suficientemente amplio como para poder incluir en su tenor cualquier tipo de documento electrónico en función de su contenido y, por tanto, es válido para el documento electrónico de relevancia jurídica.

Añade el referido precepto legal que los documentos electrónicos tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable. De esta norma se colige que, según su configuración y en virtud de los diferentes requisitos que cumpla, el documento electrónico tendrá eficacia de documento público o privado⁶⁹. Asimismo, el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio⁷⁰.

⁶⁸ Para un análisis más exhaustivo sobre esta disposición y su influencia en la actual Ley sobre firma electrónica, puede ver: ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, X., “Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 46, (2004), págs. 3-64.

⁶⁹ Según el ordinal 6 del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica: “El documento electrónico será soporte de: a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. c) Documentos privados”.

El art. 318 LEC confirma la plena eficacia probatoria del documento público en formato electrónico.

⁷⁰ Hay que tener en cuenta que el ordinal 8 del artículo 3 LFE, concreta que: “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio”.

Si se impugnara la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte el número 9 del artículo 3 LFE concreta que “No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”.

El precepto analizado introduce una novedad importante en cuanto a la producción documental con firma avanzada, ya que, si individualizamos los elementos constitutivos del documento atendiendo a la definición de la LSSICE, nos encontramos con que este tipo de documento, además del mensaje o información, está constituido por un soporte electrónico, unos datos electrónicos y una firma electrónica, de tal manera que únicamente cuando convergen los tres elementos materiales se genera el instrumento con la eficacia probatoria privilegiada que dispone la LFE. La ausencia del requisito de la firma electrónica conferirá la naturaleza de un simple documento electrónico con eficacia de documento privado.

5.4.3. Normativa reguladora del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, ofrece una regulación novedosa sobre el documento administrativo electrónico. Esta Ley, en su artículo 29, en referencia a esta clase de documentos, dispone que las Administraciones Públicas podrán emitir válidamente por medios electrónicos los documentos administrativos a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 30/1992, siempre que incorporen una o varias firmas electrónicas⁷¹, de conformidad con los requisitos que exige esta disposición. Continúa señalando la norma que los documentos administrativos incluirán referencia temporal, que se garantizará a través de medios electrónicos cuando la naturaleza del documento así lo requiera.

Por su parte, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrolla parcialmente la LAECSP, explicita los requisitos que deben tener los documentos electrónicos que deban surtir efectos en los expedientes administrativos (art. 41). Asimismo, dicha disposición normativa establece la obligatoriedad de que a dichos documentos se le añadan metadatos, relativos a personas, fechas, expedientes, etc., para poder clasificar y archivar los documentos administrativos (art. 42).

⁷¹ El apartado n) del anexo de la Ley 11/2007 precisa que se ha de entender por *Firma electrónica reconocida*, la que se atenga al artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, esto es: la “firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”.

Concretamente, para la referencia temporal de los documentos administrativos electrónicos de cara a su archivo, se prevé la necesidad de establecer metadatos específicos, denominados «marcas de tiempo» (entendiendo por tal la asignación por medios electrónicos de la fecha y, en su caso, la hora a un documento electrónico) y «sellos de tiempo» (definidos como la asignación por medios electrónicos de una fecha y hora a un documento electrónico con la intervención de un prestador de servicios de certificación que asegure la exactitud e integridad de la marca de tiempo del documento) (véase art. 42 RD 1671/2009).

Por su parte, el artículo 30 de la LAECSP, al objeto de regular su eficacia en el procedimiento administrativo, hace referencia a las copias electrónicas de documentos electrónicos. Y determina que son tales, las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las Administraciones Públicas, manteniéndose o no el formato original. Estas copias tendrán la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 de la Ley 30/1992. En otras palabras, las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que estos, siempre que exista constancia de que son auténticas y se respeten los requisitos exigidos legalmente⁷².

La LAECSP, para concretar la eficacia archivística y probatoria de las copias de los documentos administrativos, aporta diferentes conceptos que pueden resultar significativos. Así, a los efectos de dicha normativa, se determina que las copias de documentos electrónicos generadas por la Administración, cuando sean idénticas al documento electrónico original y no comporten cambio de formato ni de contenido, tendrán la eficacia jurídica del documento electrónico original. Con esta declaración se está equiparando documento original con su reproducción, aceptándose la realidad de una de las características del documento electrónico: su aptitud para la reproducción o duplicación. En cambio, si se modifica el formato original, para que una copia electrónica de un documento

⁷² Esta potencialidad en la expedición de un número indefinido de copia del documento electrónico nos devuelve al problema fundamental del documento electrónico: ser un elemento abierto y penetrable, libremente copiable, reproducible e interpolable fácilmente y sin límites. De ahí la necesidad de una salvaguarda de autenticación mediante la firma electrónica. Cfr. VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electrificación*, cit., págs. 103-106.

electrónico tenga la condición de copia auténtica⁷³, deberá cumplir los requisitos que se contemplan en el artículo 43.2 del RD 1671/2009, que hacen referencia fundamentalmente a la necesidad de conservar el documento electrónico original, a que la copia se obtenga con las garantías precisas y que, además, sea autorizada con firma electrónica⁷⁴.

La norma permite generar copias electrónicas auténticas, con los efectos de documento auténtico, a partir de otras copias electrónicas auténticas siempre que se observen los requisitos establecidos en los apartados anteriores (art. 43.2 RD 1671/2009).

El Real Decreto de referencia desarrolla asimismo el régimen jurídico de las copias electrónicas de los documentos en soporte papel o en otro soporte susceptible de digitalización realizada por la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, a las que denomina “imagen electrónica”, disponiendo que, cuando sean realizadas por la Administración, las imágenes electrónicas tendrán la naturaleza de copias electrónicas auténticas, con el alcance y efectos previstos en el artículo 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, siempre que, además, reúnan los requisitos previstos en el artículo 44⁷⁵.

⁷³ El art. 43.5 del RD 1671/2009 define la copia electrónica auténtica de documentos electrónicos: a) La obtenida conforme a lo señalado en los apartados anteriores de este artículo. b) El documento electrónico, autenticado con la firma electrónica del órgano u organismo destinatario, resultado de integrar el contenido variable firmado y remitido por el ciudadano en el formulario correspondiente empleado en la presentación.

⁷⁴ El apartado 2 del art. 43 del RD 1671/2009 establece concretamente que los requisitos para considerar una copia electrónica como auténtica son los siguientes: a) Que el documento electrónico original se conserve en poder de la Administración. b) Que la copia sea obtenida conforme a las normas de competencia y procedimiento establecidas legalmente en cada momento. c) Que incluya su carácter de copia entre los metadatos asociados. d) Que sea autorizada mediante firma electrónica conforme a los sistemas recogidos en los artículos 18 y 19 de la LAECSP.

⁷⁵ El art. 44.2 del RD 1671/2009 define como «imagen electrónica» “el resultado de aplicar un proceso de digitalización a un documento en soporte papel o en otro soporte que permita la obtención fiel de dicha imagen”. Aclara dicho precepto que por «digitalización» “el proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra, del documento”.

Los requisitos que se exigen a las imágenes digitales son: a) Que el documento copiado sea un original o una copia auténtica. b) Que la copia electrónica sea autorizada mediante firma electrónica utilizando los sistemas recogidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 11/2007. c) Que las imágenes electrónicas estén codificadas conforme a alguno de los formatos y con los niveles de calidad y condiciones técnicas especificados en el Esquema Nacional de Interoperabilidad. d) Que la copia electrónica incluya su carácter de copia entre los metadatos asociados. e) Que la copia sea obtenida conforme a las normas de competencia y procedimiento establecidas legalmente.

En cuanto a las copias en papel de los documentos públicos administrativos electrónicos realizadas por la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, para considerarse como copias auténticas, deberán tener los siguientes requisitos exigidos en el artículo 45 del RD 1671/2009, fundamentalmente referidos a la necesidad de que el documento electrónico copiado sea un original o copia electrónica auténtica y que se respeten los procedimientos establecidos legalmente⁷⁶.

Por su parte, los artículos 49 y 50 del RD 1671/2009 regulan, respectivamente, la obtención de copias electrónicas de documentos electrónicos por los ciudadanos, y la compulsión de documentos electrónicos.

Es positivo que una norma legal regule de forma tan detallada el documento electrónico, así como los efectos de las distintas modalidades de copias. Sin embargo, hay que admitir que su regulación lo es a efectos meramente administrativos, y que no siempre puede hablarse de documento electrónico en las variadas formas de copias que explicita. Ya que, en sentido estricto, documento electrónico es aquel que se genera de esta forma y tiene aptitud para comunicarse o transmitirse por este medio.

6. INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS DE PAGO

6.1. EL DINERO ELECTRÓNICO

La Recomendación 97/489/CE, de 30 de julio, sobre instrumentos electrónicos de pago, vino a justificar en su exposición de motivos la necesidad de regular las transacciones electrónicas para contribuir al advenimiento de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico.

En el plano de definiciones, el artículo 2 de la Recomendación citada vino a sentar que por “instrumento electrónico de pago” ha de entenderse un medio que permita a su titular efectuar transacciones como las transferencias de fondos, diferentes a las ordenadas y realizadas por entidades financieras, así como la retirada de dinero en efectivo y la carga y descarga de un instrumento de dinero electrónico en dispositivos previstos para estos fines, quedando incluidas los instrumentos de pago de acceso a distancia y los instrumentos de dinero

⁷⁶ En relación a las copias obtenidas de copias electrónicas, véase el artículo 45 RD 1671/2009, que las define y especifica el régimen vigente.

electrónico. El concepto legal es, pues, lo suficientemente amplio como para proporcionar una adecuada protección a los usuarios no profesionales⁷⁷.

La Recomendación tuvo su eco, en un principio, en diferentes directivas comunitarias, que plantearon ciertos problemas en su implantación y desarrollo en el mercado, de ahí que, a la postre, se haya tenido que dictar la Directiva 2009/110/CE, en cuanto a la disciplina y régimen de las entidades de dinero electrónico, que parte de la experiencia práctica en el mercado.

El diseño de esta Directiva fue corregir algunos problemas técnicos en la conceptualización del dinero electrónico y en la actuación práctica de ciertos sujetos, entre ellos las entidades de dinero electrónico. Igualmente considera necesario referida Directiva introducir un concepto claro y neutro de dinero electrónico.

En síntesis, desde este punto de vista, la finalidad de la Directiva se concreta en revisar las normas que disciplinan el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico para eliminar los obstáculos de entrada al mercado y facilitar el acceso a la actividad de emisión de dinero electrónico y su ejercicio, así como garantizar la igualdad de condiciones a todos los proveedores de servicios de pago.

La Directiva 2009/110/CE también se plantea la revisión de ciertos conceptos, entre ellos, el de dinero electrónico (art. 2.2.), cuya definición, en lo esencial, es trascrita a nuestra LDE. La noción que nos ofrece esta Directiva presenta ciertas matizaciones en relación con la Directiva 2000/12/CE, tal como veremos en el epígrafe siguiente.

En cuanto al régimen jurídico, se establece un monopolio de emisión para aquellas entidades autorizadas por los Estados miembros, cuyo número se amplía en relación con la normativa anterior. Se introducen más reglas de prudencia, entre ellas, la obligación de informar a las autoridades competentes en determinados supuestos (art. 3), así como la necesidad de un capital mínimo inicial (art. 4) y un régimen jurídico sobre los recursos propios (art. 5) y sobre los fondos recibidos (art. 7).

Con estos precedentes, por Ley 21/2011, de 26 de julio, de Dinero Electrónico, se traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2009/110/CE. Según la Exposición de Motivos, la LDE tiene un triple objetivo: 1º) aumentar la precisión del régimen jurídico aplicable a la emisión de dinero electrónico, clarificando su definición y el ámbito de aplicación de la norma, facilitándose así el acceso a la actividad de emisión de dinero electrónico y estimulándose la competencia en

⁷⁷ Sobre el dinero electrónico véase VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 339-373.

el sector; 2º) diseñar un régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico más proporcionado, esto es, más adaptado a sus actividades, eliminando ciertos requerimientos de las entidades de dinero electrónico que, por resultar demasiado onerosos, se han revelado inadecuados en relación con los riesgos que su actividad puede generar; 3º) garantizar la consistencia entre el nuevo régimen jurídico de las entidades de pago y el aplicable a las entidades de dinero electrónico⁷⁸.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, el artículo 1 de la LDE ofrece una definición de dinero electrónico que, en líneas generales, coincide con el contenido en la Directiva 2009/110/CE. El legislador, para precisar el concepto, parte, en primer lugar, de una delimitación positiva. Y así comienza analizando las características que deben reunir los valores monetarios para poder ser incluidos en la noción legal de dinero electrónico. Y, en segundo lugar, recurre a una delimitación negativa, y de este modo viene a dejar fuera del concepto a ciertos valores monetarios o económicos que considera imposible o inadecuado incluir en atención al uso para el que se crean.

A pesar de estos propósitos programáticos, hay que dejar claro que la conceptualización que nos brinda la LDE española, en consonancia con la Directiva europea, no es general; lo es exclusivamente a efectos de la tutela jurídica que dispensa dicha ley. Esto es, la norma se limita a concretar los valores monetarios que encajan en el concepto de dinero electrónico que determina la ley; es decir, los signos monetarios electrónicos que quedan amparados en su tenor, y todo ello con el designio de que se cumplan los objetivos perseguidos: implantación de mercado y seguridad jurídica, principalmente. Con esta premisa es fácil concluir que la LDE no pretende definir el instituto del dinero electrónico de forma objetiva o técnica, sino exclusivamente para los efectos que se prevén en mentada disciplina legal, por lo que desde el punto de vista dogmático o doctrinal es difícil estar plenamente de acuerdo con esa noción.

Con estas prevenciones, podemos decir que, según la LDE, se entiende por dinero electrónico todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen legalmente, y que sea aceptado como medio de pago por una persona física o

⁷⁸ El Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, desarrolla el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, pero no ofrece ninguna aportación novedosa sobre la naturaleza jurídica del dinero electrónico, salvo lo establecido en los artículos 23 y 24 sobre redes limitadas y cuentas de pago, que aclaran en cierta medida el ámbito disciplinar de la normativa, en relación con el artículo 1.3 de la Ley 21/2011.

jurídica distinta del emisor de dinero electrónico. Por su parte, tal como hemos adelantado, el artículo 2.3 efectúa una delimitación negativa, dejando fuera de la disciplina legal valores monetarios que, aunque objetivamente pudieran integrarse en el concepto técnico de dinero electrónico, la finalidad o restricción de su uso aconsejan al legislador no incluirlos bajo el concepto legal de este instituto. En consecuencia, quedan excluidos de esta noción los valores monetarios creados para la adquisición de bienes y servicios en las instalaciones del emisor o en redes cerradas o para un conjunto determinado de bienes y servicios. También se excluye el utilizado en operaciones de pago exentas⁷⁹.

6.2. INSTRUMENTOS DE PAGO PROPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

En el comercio electrónico pueden existir los medios convencionales de pago que han venido estando vigente durante muchos años: pagos diferidos o contra reembolso; transferencias bancarias ordinarias; tarjetas de crédito, débito o cargo; domiciliación bancaria; títulos valores (letras de cambio, cheques, pagarés), etc. Pero junto a estos existen otros instrumentos electrónicos de pago que se adaptan más al medio en que se produce el tráfico jurídico.

Pero obviamente, son más importantes aquellos propios del tráfico electrónico. Entre ellos, podemos citar los siguientes:

A) Monederos electrónicos

Los monederos electrónicos son instrumentos de reciente implantación y pueden servir para pequeños pagos en efectivo. Se trata de una especie de tarjeta que lleva incorporado un microchip en el que se almacenan unidades de valor de una moneda determinada hasta un importe concreto que permite ir disponiendo del saldo hasta agotarlo. Es un instrumento de prepago. El cargo se hace mediante efectivo, por adeudo en cuenta o también con cargo a otra tarjeta de crédito o débito. Una vez agotado el saldo puede desecharse o recargarse⁸⁰.

⁷⁹ Un estudio exhaustivo sobre dinero electrónico, puede verse VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 339-374.

⁸⁰ Desde el punto de vista práctico y de funcionamiento, diremos que los monederos electrónicos son instrumentos de prepago que permiten almacenar unidades monetarias en un microchip con la finalidad de realizar pequeñas compras (cabines telefónicas, taxis, cines, kioscos) donde hasta ahora no se aceptaba la tradicional tarjeta de crédito y el consumidor debía realizar

No existen normas específicas que regulen este instrumento. Ante estos problemas, se comprende que solo estén funcionando de forma mayoritaria los expedidos por las propias compañías como medios destinados al prepago⁸¹.

A tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, puede deducirse que los monederos electrónicos que exclusivamente se destinen a la adquisición de bienes o servicios prestados por el propio emisor no tienen la característica de fondos reembolsables, por lo que no los afectará la normativa bancaria al respecto. En consecuencia, puede decirse que el dinero acumulado en un “monedero electrónico” ha dejado de ser un depósito bancario para pasar a ser una obligación de restitución de valor a quien o quienes hubiera sido transferido el importe cargado en el mismo⁸².

B) Teléfonos móviles y otros terminales inalámbricos

Los pagos de escasa cuantía pueden realizarse a través de teléfonos móviles (*smartphones*) u otros dispositivos consistentes en terminales inalámbricos⁸³. Estos sistemas de micropagos están específicamente diseñados y pensados para su exclusiva aplicación a través de redes telemáticas. Parecen abocados a

los pagos en efectivo. El funcionamiento de los monederos electrónicos implica una previa provisión de fondos al banco o la empresa que la dispensa. El importe de las operaciones se registra tanto en la tarjeta a través de microchip como en los registros informáticos del banco. Las ventajas de estos dispositivos son claras, pero también tienen inconvenientes: además de los riesgos de seguridad y su posible uso fraudulento o irregular por terceros, las tarjetas-monedero emitidas por las diferentes entidades bancarias en múltiples ocasiones resultan incompatibles. De ahí que la búsqueda de la compatibilidad de estas tarjetas sea un reto para las entidades bancarias si desean que esta tecnología se imponga.

⁸¹ Sobre ventajas e inconvenientes de monederos electrónicos, puede verse RAMOS HERRANZ, I., “Medios de pago electrónicos”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, cit., págs. 546-548.

⁸² Cfr. PASTOR SEMPERE, M.C., *Dinero electrónico*, Ed. ER, Madrid, 2003, págs. 193-194,

⁸³ Las tecnologías aplicadas al nuevo sector de las comunicaciones inalámbricas han provocado la aparición de nuevos aparatos o terminales, más allá de los clásicos teléfonos móviles inteligentes, sobre los que se implementan aplicaciones y protocolos, como los ya superados WAP (*Wireless Application Protocol*), GPRS (*General Packet Access Service*) o UMTS (*Universal Mobile Telecommunication Services*). Más moderna es la aplicación *Near Field Contactless* (NFC), llamada de cuarta generación, un novedoso protocolo de comunicación para telefonía móvil. Sin olvidarnos de las numerosas pasarelas de pago: Pingit, Zapp, Mymod, iZettle, BBVA Wallet, etc. o las plataformas de pago de PayPal o PayMill, que permiten operar desde el móvil con una suerte de banca electrónica sin necesidad de utilizar aplicaciones de última generación.

satisfacer las nuevas necesidades que vienen impuestas por la naturaleza de la información y servicios que se proporcionan a través de internet, y representan uno de los campos en que mejor pueden aplicarse los nuevos instrumentos de pago electrónico por cuanto el nivel de penetración de este tipo de terminales tiende a extenderse y, obviamente, su uso es más operativo que el ordenador personal. Se utilizan diversos sistemas para realizar el pago: transmisión de mensajes cifrados, pagos automáticos mediante lectura óptica de códigos o rasgos biométricos (huellas dactilares, retina, iris, etc.), operaciones directas de banca electrónica, autorización de pagos por medio de llamadas, etc.

C) Tarjetas electrónicas

Las denominadas tarjetas electrónicas tienen un funcionamiento análogo a las tarjetas convencionales. La principal novedad consiste en el desarrollo de un estándar de encriptación para mantener la seguridad⁸⁴. La terminología de las tarjetas no es unívoca, e incluso pueden plantearse algunos problemas en su identificación derivados de la semántica. Como ejemplos más usuales o generalizados en el uso, citemos los siguientes tipos de tarjetas: de crédito, de débito, de compra o cargo, de empresas, tarjetas *on line* u *off line* y tarjetas virtuales. Cuando su funcionamiento es electrónico, a las anteriores suele dárseles la terminología anglosajona de *smartcards*. La tarjeta de débito actúa directamente sobre una cuenta corriente y sirve para efectuar pagos hasta el límite de saldo existente en la misma⁸⁵. Por lo demás, el funcionamiento es análogo a la tarjeta de crédito.

⁸⁴ Las tarjetas tradicionales han sido modificadas y a través de un *chip* se introducen datos, códigos, claves relativas a distintos criterios identificativos o memorias, procesadores matemáticos, que hacen más segura su utilización y ofrecen otras posibilidades de utilización. En definitiva, se trata de tarjetas con protocolos y especificaciones de seguridad y tarjetas inteligentes que vienen denominándose en el mundo anglosajón como *smart card* o *stored value card*.

⁸⁵ Asimismo, a los efectos del capítulo III del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, el artículo 10.c) establece que tarjeta de débito es el “instrumento de pago emitido por un proveedor de servicios de pago tal como se define en el artículo 2, apartado 9, de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, con el propósito de permitir a su titular efectuar la adquisición de bienes o servicios de las empresas o establecimientos afiliados y cuyo uso implica la disposición inmediata del saldo existente en la cuenta de pago asociada a la misma para su transferencia ulterior al beneficiario”.

D) Cajeros electrónicos

Los cajeros electrónicos son instrumentos de la banca electrónica. El cliente, futuro usuario, debe abrir una cuenta en una entidad financiera que opere telemáticamente. La entidad le proporciona un código alfanumérico con un sistema de encriptación, lo que le permitirá operar en los establecimientos virtuales asociados a dichas entidades. La utilización de rasgos biométricos como medios identificativos está empezando a abrirse camino. No debe confundirse este instituto con los llamados cajeros automáticos.

E) Transferencia bancaria electrónica

En el comercio y en la contratación electrónicos también podrá utilizarse la transferencia para realizar el pago de las obligaciones contractuales. Este sistema tanto vale para el empresario y profesional como para el consumidor. La especialidad consiste en que la misma se realiza telemáticamente por un cliente que, en virtud de un contrato con una entidad bancaria, se le autoriza a operar en su propia cuenta desde terminales electrónicas situadas a distancia. Para ello recibe unas claves que le permiten entrar en su cuenta y ordenar la transferencia, produciéndose el adeudo en su cuenta y el abono en la del acreedor o beneficiario. La ejecución es automática y en la mayoría de los casos instantánea.

En la actualidad la mayor parte de las transferencias se realizan a través del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, que se regula por el Real Decreto 1369/1987, de 18 de septiembre⁸⁶. Hasta época reciente la compensación ha tenido lugar con la presencia física de mandatarios de las entidades que se entregaban, recíprocamente, los documentos a compensar, o a través de un soporte magnético para, desde el 1 de enero de 1991, instaurarse un Sistema Nacional en el seno del Banco de España (art. 1 RD 1369/1987), que actúa como gestor de la red en que el sistema electrónico se estructura (art. 2 RD 1369/1987). El sistema ha necesitado innumerables circulares del Banco de España⁸⁷.

⁸⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional 37/1997, 27 febrero (BOE de 1 abril) declara que corresponde al Estado la titularidad de la competencia controvertida en relación con los arts. 1 y 2.2 y la Disposición adicional del R.D.1369/1987.

El RD 1369/1987, de 18 de septiembre, fue modificado por la Ley 41/1999, sobre sistemas de pago y liquidación de valores, que a su vez fue modificada por la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, y por la Ley 7/2011, de 11 de abril.

⁸⁷ El Reglamento del SNCE se publicó en el BOE de 11 de enero de 2013.

En el ámbito internacional, hay que tener en cuenta la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, cuya regulación actual se contiene en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

7. TÍTULOS VALORES ELECTRÓNICOS

En sus orígenes, la noción del título valor electrónico se identificaba con el resultado que se producía como consecuencia de su digitalización, fenómeno que permite la circulación telemática de los títulos gracias a anotaciones contables en un soporte electrónico. Aunque este proceso contribuyó a la agilización de los títulos valores o de los valores (acciones y obligaciones), no resultaba del todo idóneo para los títulos emitidos individualmente como es el caso de la letra de cambio o del cheque. Actualmente se habla de “electronificación de los títulos valores”, aludiendo con esta frase al sistema de emisión del título valor mediante la integración de su clausulado o información en un archivo informático que permite su circulación a través de redes y, por ende, su uso como medio de pago o de financiación, en su caso⁸⁸.

No existe en España ni en el Derecho europeo una normativa específica que regule esta materia con carácter general, por lo que su régimen jurídico encajaría en el ámbito de aplicación de la Directiva 2007/64/CE, de 13 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior, que fue traspuesta parcialmente por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre. La Directiva citada sentó las bases para la electronificación de los llamados títulos de participación a través de la Ley del Mercado de Valores⁸⁹,

Por tanto, hemos de decir que, en general, los problemas de creación y circulación de títulos valores de participación en formato electrónico están resueltos en nuestro país (valores anotados en cuenta). Igual ocurre con otros títulos o documentos de diversa naturaleza; por ejemplo: cartas de porte electrónicas, conocimientos de embarque electrónicos, afianzamientos, etc. Pero el problema principal se plantea con los títulos cambiarios debido a su especial naturaleza.

⁸⁸ Sobre lo que supone la electronificación del documento en general puede verse nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El documento jurídico y su electronificación*, cit., págs. 103 ss.

⁸⁹ Téngase en cuenta también la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE, sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito (Texto pertinente a efectos del EEE).

8. TÍTULOS CAMBIARIOS ELECTRÓNICOS

Las principales cuestiones que nos presentan los títulos cambiarios electrónicos son las encaminadas a dotarlos de sus caracteres especiales, como la autonomía o la literalidad, y sobre todo la seguridad. Es de comprender que los problemas técnicos pueden resolverse fácilmente, y de hecho los títulos cambiarios electrónicos ya están funcionando en otros sistemas jurídicos. El problema legal tampoco debería ser obstáculo serio, lo que ocurre es que se requiere que el legislador tenga una voluntad abierta a realizar las pertinentes modificaciones legislativas. Parece que la actual crisis de uso por la que atraviesan los títulos cambiarios sirve de excusa para dejar al margen la búsqueda de las soluciones prácticas y legales que la materia requiere.

La necesidad de la plena equivalencia jurídica entre el título cambiario electrónico y el convencional responde a las evoluciones del mercado. Ahora bien, la seguridad en el tráfico jurídico es una de las mayores preocupaciones de los intervinientes. En los títulos tradicionales, la firma autógrafa les dota de mayores garantías de cara a su fuerza probatoria. Pero los avances técnicos posibilitan el empleo en el propio archivo de signos o combinaciones de signos alfanuméricos que añadidos al documento o título electrónico como metadatos pueden suplir la función de la firma personal.

Los requisitos de seguridad pueden variar ligeramente de un sistema de pago a otro, dependiendo tanto de las características propias del sistema como de la confianza que exista entre los diferentes elementos del mismo. Así, un sistema de pago realizado en un entorno en el que las comunicaciones se realizan a través de una red de área local o metropolitana sin salir al exterior, no requiere el mismo nivel de seguridad que un sistema de pago en el que las transacciones se envían a través de internet y que puede recorrer el mundo entero. Pero la técnica puede en cada momento resolver esas cuestiones de índole menor desde el punto de vista conceptual, ya que es seguro que la puesta en circulación de estos instrumentos facilita el tráfico jurídico.

En suma, la adquisición por parte del documento electrónico de elementos de seguridad y agilidad permitirá generar en todas las instituciones, y en especial en los títulos cambiarios, la confianza necesaria para su utilización. No hay que olvidar, no obstante, que las especiales características de los soportes electrónicos hacen emerger nuevos problemas, lo que suscita la necesidad de que las normas jurídicas ordenen las instituciones de acuerdo con los cambios que se operan,

a la vez que provoca la urgencia de arbitrar distintos regímenes jurídicos para solventar los conflictos que puedan plantearse.

En España la validez en general de cualquier documento electrónico mercantil se recoge en el artículo 76.3.c).2 del Reglamento General del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8251), que resuelve sobre la impugnación del Reglamento anterior, declaró la legalidad de dicha disposición siempre que el documento electrónico tenga una función de giro.

Es cierto que las dificultades para poner en práctica la existencia del cheque electrónico han dado lugar a una falta de consolidación y a un uso reducidísimo. Para obviar estos inconvenientes se han arbitrado varios sistemas⁹⁰.

En cuanto a la emisión electrónica de letras de cambio es perfectamente factible en los países que no exigen la utilización de formatos específicos para su emisión⁹¹. La mayoría de los países que han legislado en materia de contratación y comercio electrónico consagran el principio de equivalencia funcional entre el soporte electrónico y el documento el tradicional en papel, al igual que aceptan el principio de equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica.

Por tanto, también podríamos aludir a la posibilidad de poner en circulación letras de cambio electrónicas en España, pero para ello sería necesario que se modificase la actual Ley Cambiaria y del Cheque, en particular los aspectos que afectan a las exigencias formales de la plantilla⁹².

⁹⁰ Podemos citar el proyecto del FSTC (*Financial Services Technology Consortium*), de origen americano; los proyectos europeos "MANDATE II" (*Managing and Adminstrating Negotiable Documents and Trading them Electronically*) y SEMPER (*Secure Electronic Marketplace for Europe*); los americanos *E-check* y *Cashier check*, y también el *Net Check*, el *Check Free* y el *Paper Check Conversion Over The Counter* (PCC OTC) americano.

⁹¹ En España, la emisión de la letra de cambio está sujeta a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, de 24 de septiembre de 1993, en cuyo artículo 37 se establece la necesidad de extender la letra en el efecto timbrado de la clase que corresponde a su cuantía, según esto, la letra de cambio solo vale como tal si está confeccionada de acuerdo al modelo oficial vigente expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

⁹² Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en un supuesto relativo a un pagaré autenticado con firma electrónica, la SAP de Barcelona 326/2010, de 13 de julio, no admitió su validez bajo el argumento de que el cumplimiento del requisito de firma no es suficiente para caracterizar el documento como un pagaré electrónico, dado que en España no se regula esta figura y el documento electrónico no adquirirá la condición de título-valor por el mero hecho de la legalidad de la firma.

También, como hemos significado a propósito del cheque, la posesión electrónica y su circulación están técnicamente resueltas bajo la teoría del funcionamiento del documento electrónico, por lo que la negativa a una modificación legal solo obedecería a la falta de voluntad política o a la ausencia de necesidades prácticas.

En suma, aparte de las barreras legislativas, tenemos que concluir que el principal problema con que se enfrenta el uso electrónico de los títulos cambiarios es el mismo que se presenta en la actualidad con el uso de estos títulos en formato tradicional: el conocido fenómeno de la “crisis de los títulos cambiarios”, en especial de la letra de cambio”, derivada de la pérdida de confianza en estos instrumentos cambiarios, de un lado, y de la aparición de nuevos instrumentos financieros y de pago, que han absorbido prácticamente todas sus funciones, de otro.

Por su parte, la regulación legal del pagaré electrónico no sería tan compleja, pues no participaría de algunos de los problemas referidos a la letra de cambio, como el relativo al pago del impuesto de actos jurídicos documentados o los requisitos de plantilla. Además, esta institución se encuentra más viva en el tráfico económico.

9. CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE ELECTRÓNICOS

Existen varios sistemas para poner en circulación conocimientos de embarques electrónicos. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, de 1996, contemplaba la posibilidad de que en los casos en que cualquier ley nacional requiriera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 (entre los que estarían dichos títulos) se llevase a cabo por escrito o mediante un documento que conste en papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se realice por medio del uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o mensajes de datos.

En nuestro país, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, permite la existencia de conocimiento de embarque electrónico cuando el cargador y el porteador lo hayan acordado por escrito antes de la carga de las mercancías a bordo. El contrato suscrito por ambas partes deberá determinar, entre otros extremos: el sistema de emisión y de circulación del conocimiento, el sistema de garantía de la seguridad del soporte y de la intangibilidad del contenido, el modo de legitimación del titular del conocimiento, el modo de

hacer constar la entrega de las mercancías y el modo de acreditar la pérdida de validez o de eficacia del conocimiento (art. 262 LNM).

La norma prevé la sustitución de un conocimiento de embarque ya emitido en soporte papel por otro en soporte informático. Para ello se exige acuerdo escrito entre el tenedor legítimo del conocimiento y el porteador (el acuerdo deberá contener los extremos previstos en el artículo 262). La ejecución y canje de ejemplares de conocimientos de embarque se regula en el artículo 263 LNM.

El conocimiento en soporte electrónico estará sometido al mismo régimen y producirá los mismos efectos que el emitido en soporte papel, sin más especialidades que las contenidas en el contrato de emisión (art. 264 LNM).

El conocimiento en soporte electrónico en circulación podrá también ser sustituido por otro en papel con los requisitos y efectos que se recogen en los artículos 265 y 266 LNM.

10. CARTA DE PORTE ELECTRÓNICA

Lo establecido para los conocimientos de embarque electrónicos en los artículos 16 y 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996, es aplicable a los actos relativos a transportes en lo relativo a las exigencias de forma escrita y su equivalencia electrónica.

Consecuencia de esa previsión, es que en nuestro país la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre contrato de transporte terrestre de mercancías, en su artículo 15, regula la carta de porte emitida electrónicamente, bajo el enunciado de que, si las partes están de acuerdo, podrán emitir la carta de porte por medios electrónicos con arreglo a la legislación vigente. La carta de porte electrónica ha de consistir en un registro digital de datos que puedan ser transformados en signos de escritura legibles.

11. CRÉDITOS DOCUMENTARIOS

El crédito documentario es un instrumento que nació con vocación de servir de respuesta a la necesidad de garantizar el pago del precio a los exportadores, de un lado, y la recepción de las mercancías a los importadores, de otro. Es un instituto esencial para el comercio internacional, de ahí que haya sido uno de los primeros instrumentos en electrificarse.

Los créditos documentarios electrónicos, debido a las características de su

origen, gozan de gran seguridad en el ámbito internacional, hasta el punto de que es preferido a otras modalidades de pago, como los títulos cambiarios. La seguridad, obviamente, deviene de las funciones de intermediación y aval que realizan las entidades financieras.

No existe una regulación expresa del crédito documentario en Derecho interno español. En el ámbito internacional, los créditos documentarios se regulan en el marco de las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional (Revisión 2007. UCP 600)⁹³. Estas reglas se adoptaron por primera vez en el año 1933, con el fin de establecer una uniformidad en el ámbito internacional y así evitar que cada país promoviera sus particulares reglamentaciones de los créditos documentarios. La práctica y su uso continuo han traído como consecuencia la necesidad de sucesivas revisiones hasta llegar a la últimamente citada.

El artículo 3 de las Reglas, a propósito del capítulo de interpretaciones, admite que cualquier documento puede estar firmado a mano, mediante firma facsímil o por cualquier otro método de autenticación mecánica o electrónica. Y el artículo 14 alude a la posibilidad de medios electrónicos para designar domicilios de notificación.

Sin embargo, dado que los créditos vienen consignados en los correspondientes documentos fijados en un soporte, se hizo necesario buscar cobertura normativa para presentar los créditos documentarios en equivalentes electrónicos. En su consecuencia, con fecha 3 de enero de 2002, se aprobó un Suplemento a las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios para la presentación electrónica (eUCP, en su denominación abreviada), que entró en vigor el 31 de marzo de 2002 y que admite el principio de equivalencia documental. Este Suplemento se anexó a la última revisión de las UCP 600.

Según la normativa contenida en dicho Suplemento, se permite a los intervinientes e intermediarios aceptar, como documentos originales, los emitidos por procedimientos electrónicos, siempre que se utilicen medios de autenticación seguros. De hecho, se denomina registro electrónico aquel en el que a través de los datos puede autenticarse la identidad del remitente, la fuente y la condición de registro completo inalterado (art. 3).

Partiendo de esta premisa, lo que hace las eUCP es regular entre todos los intervinientes (empresarios, entidades financieras, intermediarios, aseguradoras) la posibilidad del intercambio de registros sobre créditos

⁹³ Esta revisión entró en vigor el 1 de julio de 2007.

documentarios con los formatos electrónicos más diversos posibles (cfr. art. 4). El Suplemento regula únicamente los aspectos relativos a la emisión y presentación de registros electrónicos como documentos en un crédito documentario.

Las eUCP permiten la presentación totalmente electrónica, o bien una presentación mixta de registros electrónicos y de documentos en papel. Por medio de la presentación mixta, las eUCP regulan la transformación del formato papel al formato electrónico.

En suma, lo que se consigue es la electrificación de los documentos integrantes de los créditos documentarios y su gestión bajo la modalidad de los procesos denominados STR (*Straight Through Processing*), que hacen posible un tratamiento automático de las transacciones comerciales rápido seguro y de bajo coste.

12. EL FORMATO ELECTRÓNICO EN LOS AVALES Y GARANTÍAS

No existe en Derecho interno español ninguna norma que regule con carácter específico los avales o garantías electrónicos, por lo que habrá que estar a lo dispuesto por las normas generales contenidas en la LSSICE, dando por sentada la plena equivalencia funcional entre soportes convencionales y soportes electrónicos (art. 23).

En el orden internacional los avales o garantías pueden ser de dos tipos: el accesorio y el independiente. En el primer caso, el avalista puede esgrimir las excepciones y defensas que correspondan al deudor-avalado en relación con el acreedor-beneficiario de la garantía. En este supuesto el acreedor se ve obligado a probar el incumplimiento del deudor y solo podrá reclamar en caso de un efectivo incumplimiento. En la hipótesis de garantía independiente (que en Estados Unidos suele denominarse carta *standby*), se puede ejecutar a primer requerimiento, no siendo precisa la prueba del incumplimiento.

En el ámbito internacional para regular las garantías y avales a primer requerimiento existen las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías de primer requerimiento (URDG 758) (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*), que fueron aprobadas en Bruselas en 2009 y entraron en vigor el 1 de julio de 2010. Estas reglas son normas privadas de buenas prácticas redactadas por la Cámara de Comercio Internacional que se aplican independientemente de la *lex causae*. Las partes pueden excluir o modificar algún precepto de las reglas.

No incluyen garantías por cuenta del propio garante e intentan equilibrar los intereses de todos los intervinientes⁹⁴.

Las reglas URDG 758 reconocen la posibilidad de utilizar documentos electrónicos. Así, el artículo 2, relativo a definiciones, cuando se refiere a documento alude a los conceptos de documento autenticado y firmado, y ya sabemos que en el ámbito del Derecho mercantil internacional la Ley Modelo de la CNUDMI consagra el criterio de equivalencia funcional entre el soporte convencional y el electrónico.

Igual equiparación entre documento electrónico y convencional encontramos en otras normas de ámbito supranacional, tales como los Usos internacionales relativos a los créditos contingentes (ISP98) (*International Standby Practices*), publicación CCI 590, y las Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales (URCB 524) (*ICC Uniform Rules for Contract Bonds*), publicación CCI 524.

⁹⁴Las actuales Reglas URDG 758 sustituyen a la versión 458, y vienen a establecer una serie de modificaciones innovadoras que hacen que tengan una aplicación más clara, más precisa, más completa y equilibrada para evitar disputas entre las partes. Contiene un modelo básico unificado para la contratación (*Model Form*). Esta versión refuerza su carácter de documento abstracto en orden a la ejecución del aval, ya que el Grupo de Trabajo del CIC sobre Garantías, órgano de expertos permanente creado por la CPI en 2003 para supervisar la práctica internacional de garantía, actuó como un órgano consultivo del Grupo de Redacción que indujo este espíritu en el documento. Adoptan el estilo, aceptado universalmente, de las reglas y usos relativos a los créditos documentarios (UCP 600) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) al presentar las definiciones en un artículo único.

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 13 de julio de 2017 y fue aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2017.