



Contratos electrónicos

Miguel Ángel Moreno Navarrete

Editorial Derecho Civil Hoy

Contratos Electrónicos

Miguel Ángel Moreno Navarrete

Este libro fue publicado en 1999 por la Editorial Marcial Pons (Madrid) teniendo en la actualidad,
mi persona, los derechos de autor en exclusiva

Esta monografía está patrocinada por:



Este libro es una reedición del original publicado en 1999 por la Editorial Marcial Pons (Madrid), ISBN: 84-7248-678-8.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Dr. MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

PERFIL INVESTIGADOR DEL AUTOR



ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4311-4457>



RESEARCHER-ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-2380-2016>



GOOGLE SCHOLAR: <https://scholar.google.es/citations?user=8oTQJycAAAAJ&hl=es>



LINKEDIN: <https://es.linkedin.com/in/miguelangelmorenonavarrete>



MENDELEY: <https://www.mendeley.com/profiles/miguel-angel-moreno-navarrete>



UGR: http://investigacion.ugr.es/ugrinvestiga/static/Buscador/*/investigadores/ficha/24815



RESEARCHGATE: https://www.researchgate.net/profile/Miguel_Angel_Moreno_Navarrete

Formato electrónico: <http://www.derehocivilhoy.com>

ISBN: 978-84-941703-5-5

Editorial: Derecho Civil Hoy

Quaestio Soluciones, S.L.

Centro de Transferencia Tecnológica de la Universidad de Granada

Gran Vía de Colón, 48, 5ª Planta, 18010, Granada, (España)



A mis padres

Contratos Electrónicos

Capítulo Primero
Sociedad de la Información y Derecho.

Capítulo Primero. Sociedad de la Información y Derecho.

Sumario: (1). Sociedad de la Información y Derecho. (2). Comercio Electrónico e Internet; (3). Declaración Conjunta entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre Comercio Electrónico; (4). El Intercambio Electrónico de Datos (EDI); (5). Marco Legal; (6). Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; (6.1). Ambito de aplicación; (6.2). Conceptos; (6.3). Interpretación; (6.4). Autonomía de la voluntad; (6.5). La forma electrónica de consentir; (6.6). El mensaje electrónico es un documento; (6.7). Es una cosa mueble; (6.8). Autoría; (6.9). La firma; (6.10). Autenticidad del mensaje electrónico; (6.11). La prueba documental electrónica; (6.12). Eficacia probatoria del documento electrónico; (6.13). Tiempo y lugar de los documentos electrónicos.

1. Sociedad de la Información y Derecho.-

No cabe duda de que hoy en día estamos asistiendo a una nueva situación tecnológica y social y, por tanto, jurídica, que ha sido denominada comúnmente como “*Sociedad de la Información*”, y que principalmente va a modificar la conciencia del mundo empresarial y de los particulares, o como afirma Davara, "nos encontramos ante una revolución sin revolución"¹.

Esta situación ha sido gráficamente descrita por Ruiz, quién afirma: "La Sociedad de la Información ha encontrado en Internet un canal de flujo hecho a medida: rápido, barato y cada vez más extendido y eficiente. En los últimos años hemos visto cómo periódicos y grandes compañías se vuelcan en su difusión por Internet, las empresas basan sus comunicaciones externas en ella y es previsible que en poco tiempo las

¹ Davara Rodríguez, M. A., *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 157.

operaciones financieras se hagan también a través de Internet, que poco a poco está reemplazando a los tradicionales medios de comunicación"²

Se va a producir un cambio en la conciencia colectiva respecto al uso y al abuso de la información. Es el modelo de sociedad postindustrial que algunos autores han llamado infoesfera y otros ciberespacio, en los que principalmente se consigue la eliminación virtual de las distancias³.

Por lo que al derecho interesa, dos son las formas por la que empresas y particulares participarán en esta Sociedad de la Información:

- *la contratación electrónica*
- *y la transferencia electrónica de fondos*⁴

Las Tecnologías de la Información ya han modificado los hábitos de las finanzas, y ahora, el de los comerciantes y consumidores⁵. Según Alvarez-Ciénfuegos, "parcelas enteras del derecho se enfrentan a una auténtica revolución: el tratamiento electrónico de los actos y negocios jurídicos"⁶.

² Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", información contenida en la página Web de SGI Soluciones Globales Internet (<http://www.esegi.es>).

³ Gallardo Ortiz, M. A., "*Criptología, seguridad informática y Derecho. Leyes del ciberespacio*", III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Resumen de Comunicaciones, en *Informática y Derecho* 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, pág. 48.

⁴ Davara Rodríguez, M. A., "*Las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información en la Empresa: Implicaciones Socio-Jurídicas*", en *Informática y Derecho* 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, pág. 29.

⁵ Devoto, M. y Lynch, H. M., "*Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*", información contenida en el sitio Web: <http://www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/BanCom1>. Originalmente, publicado en la revista jurídica LA LEY, de Buenos Aires, en su edición del 21 de abril de 1997, sobre la base del trabajo realizado por el Dr. Mauricio Devoto, "*El comercio electrónico y la firma digital*", que obtuviera el Primer premio en la XXIV Jornada Notarial Argentina, desarrollada en Buenos Aires en Noviembre de 1996.

⁶ Alvarez-Ciéfuegos Suarez, J. M., "*Las obligaciones concertadas por medios informáticos. La documentación electrónica de los actos jurídicos*", III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Resumen de Comunicaciones, en *Informática y Derecho* 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, pág. 156.

Ante estas dos nuevas figuras jurídicas, los legisladores actuales tienen un reto importante, cual es, o bien, la adaptación mediante la interpretación doctrinal y jurisprudencial en relación con la doctrina tradicional; o, por el contrario, el establecimiento de un marco jurídico propio, que sin apartarse de las bases histórico-jurídicas de nuestro tiempo, desarrolle un sistema que tenga como fin último la seguridad jurídica del justiciable.

Según Davara, los negocios de hoy dependen cada vez más de los sistemas informáticos, por lo que se han hecho particularmente vulnerables, en último término, por la falta de seguridad jurídica en la contratación electrónica⁷.

Haciendo retroacción en el tiempo, según Guerra Balic, "el primer avance tecnológico que empezó a dar lugar a la irrupción de la informática en el tráfico jurídico, y en especial en las relaciones contractuales, fue la introducción de la transferencia electrónica de fondos (...) dando a ésta un contenido liberatorio del pago de la obligación pecuniaria contraída, sentó las bases del estudio y del desarrollo de la conclusión de contratos por medios informáticos"⁸.

"Abogados. Demandas. La palabra Internet infestara los juzgados. Los abogados trataran de resarcir daños y perjuicios causados por hackers, lugares que alberguen o den servicios a hackers, y centros de información que no den adecuada protección a información privada. Empresas con servicios on-line sufrirán demandas por sus usuarios. Fabricantes de SW e integradores recibirán demandas de los anteriores por productos/instalaciones defectuosos (...) "⁹.

2. Comercio Electrónico e Internet.-

El término "comercio electrónico", en su significado original, era sinónimo de compra electrónica. Actualmente se ha extendido y abarca todos los aspectos de los

⁷ Davara Rodríguez, M. A., *"Las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información en la Empresa: Implicaciones Socio-Jurídicas"*, loc. cit., pág. 30.

⁸ Guerra Balic, J. T., *"La conclusión de contratos por medios informáticos"*, en *Informática y Derecho* 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1995, pág. 65.

⁹ Información contenida en la página Web de SGI Soluciones Globales Internet (<http://www.esegi.es>).

procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la World Wide Web¹⁰.

"Según un estudio realizado por la firma KILLEN & ASOCIATES de California para MCI, en 1994 se realizaron transacciones en el mundo por U\$S 4.6 trillones, de los cuales U\$S 595 billones, aproximadamente el 13%, fueron realizadas por catálogo, TV, EDI (Electronic Data Interchange), y redes on line, incluida Internet. Como van las cosas, se considera que todas las operaciones de este tipo tenderán a trasladarse a Internet en los próximos diez años. El informe considera que en el año 2000 se realizarán compras de bienes y servicios vía Internet por U\$S 600 billones, y por U\$S 1,5 trillones en el 2005; en cuanto a cantidad de pagos, sostiene que en el año 2000 se realizarán U\$S 7 billones por Internet, y U\$S 17 billones en el 2005. Calculando un cargo (fee) de U\$S 1,50 por transacción, las organizaciones que dominen el comercio por Internet se llevarán U\$S 11 billones en el 2000 y U\$S 26 billones en el 2005, contra un costo aproximado del 50 al 60% de dichas sumas. Mientras todos estos sistemas diferentes se desarrollan y adquieren estructuras más complejas, la pregunta clave es: ¿quién se sienta en el lugar más alto del podio? ¿la Reserva Federal, Microsoft y compañía, o la industria de los bancos?"¹¹.

Sin embargo, como han puesto de manifiesto Devoto y Lynch, "Internet continúa siendo un mundo sin reglas, un mercado en el que el comercio no puede florecer tranquilamente por carecer de normas que lo protejan".

Los mismo autores, indican los requisitos fundamentales para que el comercio electrónico funcione en Internet, son¹²:

- En primer lugar, se necesitan reglas relacionadas con la propiedad, a efectos de identificar los objetos del intercambio.
- En segundo lugar, es indispensable un sistema de pago seguro.

¹⁰ Información contenida en la página Web: <http://www.commercenet.org/commercenet/conoc/faq.htm>.

¹¹ Devoto, M. y Lynch. H. M., "*Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*", loc. cit., (<http://www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/BanCom1>).

¹² Devoto, M. y Lynch. H. M., "*Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*", loc. cit., (<http://www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/BanCom1>).

- Por último, son precisos mecanismos que permitan castigar las transgresiones a dichas reglas.

A pesar de la inseguridad jurídica que se deriva, el WWW, o Web¹³, se constituye como un verdadero canal de distribución de información y, por tanto, un instrumento, un medio por el cual se pueden realizar negocios jurídicos válidos, caracterizándose principalmente por¹⁴:

- No hegemonía o control del mismo por ninguna empresa, por tanto es un punto de entrada para nuevas empresas.

- Flexibilidad y rapidez de cambio. La información expuesta, pueda ser modificada rápidamente, y llegar a los clientes y compradores de la misma forma.

- El coste, asimilándose a la venta por catálogo.

El desarrollo del comercio electrónico en Internet, desde el punto de vista legal, plantea problemas que podrían clasificarse, según Ramos Suárez y Gallego, en¹⁵:

1.- Jurisdicción competente a la hora de resolver los conflictos derivados de contratos electrónicos.

2.- Legislación aplicable a estos contratos.

3.- Lugar, tiempo y forma de perfección de los mismos, que deben ser estudiados a la luz de las normas de Derecho Internacional Privado españolas y Tratados Internacionales que sean de aplicación, como el Convenio de Bruselas de 1968 o Convenio de Roma de 1980.

¹³ "La World Wide Web (WWW), la parte cliente-servidor de Internet, ha abierto una nueva era combinando el carácter abierto de Internet con un interfaz de usuario sencillo. La WWW fue creada en el Laboratorio de física de partículas CERN en Ginebra en 1991 (con Mosaic, el predecesor de Netscape). Le llevó dos años a Mosaic penetrar en Internet, y otros dos años antes de que las empresas y el público en general se dieran cuenta de su potencial", información contenida en la página Web: <http://www.commercenet.org/commercenet/conoc/faq.htm>.

¹⁴ Ramos Suárez, F., "*El comercio electrónico global*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

¹⁵ Ramos Suárez, F., y Gallego, F., "*Problemas jurídicos del comercio electrónico*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

Pero estos no son los únicos aspectos jurídicos que han de preocupar, son muchos los puntos a tratar en cuanto al comercio, en concreto el contrato electrónico, que no pueden encuadrarse en esa clasificación. El tema del consentimiento electrónico, la seguridad del pago, el documento electrónico como medio de prueba, etc.,.

3. Declaración Conjunta entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre Comercio Electrónico¹⁶.

Por su importancia, reproducimos en toda su extensión la declaración conjunta entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre comercio electrónico de 5 de Diciembre de 1997.

En el primer apartado, se presenta el comercio electrónico a través de Internet, como el motor de la economía del próximo siglo y como oportunidad de acceso al mercado de la pequeña y mediana empresa.

1. El comercio electrónico global, promovido por el desarrollo del Internet, será un motor importante para el crecimiento de la economía mundial del siglo XXI. El comercio electrónico ofrece nuevas oportunidades para los negocios y los ciudadanos de todas las regiones del mundo. En particular, las compañías pequeñas podrán conseguir un acceso sin precedentes a los mercados mundiales a bajo coste bajos y los consumidores podrán escoger entre un amplio abanico de productos y servicios. El comercio electrónico aumentará la productividad en todos los sectores de nuestras economías, además de promover el intercambio de bienes y servicios y la inversión, creará nuevos sectores de actividad, nuevas formas de marketing y venta, nuevos sistemas de obtención de ingresos y, lo más importante, nuevos puestos de trabajo. La liberalización de los servicios, particularmente de los servicios básicos de telecomunicaciones, juega un papel clave en el crecimiento de comercio electrónico.

El segundo apartado, concreta la necesidad de establecer un marco jurídico internacional, dada la naturaleza de las transacciones electrónicas, las cuales no tienen fronteras.

¹⁶ Información contenida en la página Web de Ribas & Rodríguez Abogados Asociados (<http://www.onnet.es>).

2. Proponemos un diálogo abierto entre los gobiernos y el sector privado mundial para construir un entorno legal y comercial idóneo para la realización de negocios en Internet. Reconocemos que el comercio electrónico requiere una aproximación coherente, coordinada internacionalmente. Cuando los acuerdos gubernamentales sean apropiados, nosotros nos comprometemos a trabajar de forma constructiva con nuestros socios en el seno de las instituciones multilaterales apropiadas y otros foros para alcanzar soluciones coherentes y eficaces preferentemente a nivel global. En este aspecto, estamos de acuerdo en la importancia de involucrar a todos los países, incluyendo los países en vías de desarrollo.

Los siguientes apartados, se limitan a dar una serie de recomendaciones, por lo que nos interesa, insta a los Gobiernos a establecer un marco legal consistente, que dé garantías de protección adecuada a objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional.

3. Acordamos trabajar para el desarrollo de un mercado global donde la competencia y la capacidad de elección del consumidor dirijan la actividad económica, de acuerdo con las siguientes recomendaciones:

- La expansión del comercio electrónico global estará orientada esencialmente al mercado y será manejada por la iniciativa privada. Debe tener en cuenta los intereses de todos los actores, en particular de consumidores, bibliotecas, escuelas y otras instituciones públicas, así como la necesidad de asegurar el uso más amplio posible de las nuevas tecnologías.

- El papel de los gobiernos es proporcionar un marco legal claro y consistente, promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda florecer y asegurar la protección adecuada de objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional.

- La autorregulación de la industria es importante. Dentro del marco legal puesto por los gobiernos, los objetivos de interés públicos pueden estar previstos en códigos de conducta internacionales o recíprocamente compatibles, contratos tipo,

recomendaciones, etc. que sean el resultado de un acuerdo entre la industria y otros estamentos del sector privado.

- Las barreras legales y reguladoras que resulten innecesarias deben ser eliminadas y debe impedirse la aparición de otras nuevas. Cuando una acción legislativa se juzgue necesaria, las ventajas o desventajas del comercio electrónico no deben ser comparadas con otras formas de comercio.

- Los impuestos en materia de comercio electrónico deben ser claros, consistentes, neutrales y no discriminadores.

- Es importante aumentar el conocimiento y la confianza de los ciudadanos y las PYME en el comercio electrónico y apoyar el desarrollo de actividades de formación respecto a la red.

- La interoperabilidad, la innovación y la competencia son importantes para el desarrollo de un mercado global, y, en este contexto, los estándares voluntarios, basados en un acuerdo, preferentemente a nivel internacional, pueden jugar un papel importante.

4. Específicamente, nosotros acordamos trabajar hacia:

- Un reconocimiento global, lo antes posible, de que, cuando los productos se soliciten electrónicamente y se entreguen físicamente, no deberán aplicarse aranceles adicionales que graven el uso de medios electrónicos. En los demás casos relacionados con el comercio electrónico, la ausencia de aranceles en las importaciones debe permanecer.

- La efectiva aplicación a partir del 1 de enero de 1998 de los compromisos adoptados en materia de servicios básicos de telecomunicaciones e incluidos en los programas y anexos del GATS y la finalización de la segunda fase del Acuerdo en materia de Productos de Tecnologías de la Información en verano de 1998.

- La ratificación y aplicación, lo antes posible, de los tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor y sobre Derechos de Ejecución y Fonogramas.

- Asegurar la protección eficaz del derecho a la intimidad con respecto al tratamiento automatizado de datos personales en redes de información globales.

- La creación de un sistema de registro, asignación y gestión de los dominios en Internet basado en el mercado global que refleje en su totalidad la diversidad geográfica y funcional de Internet.

5. Además, acordamos:

- Apoyar activamente el desarrollo, preferentemente a nivel global, de códigos de conducta basados en la autorregulación y de tecnologías que permitan aumentar la confianza del consumidor en el comercio electrónico, involucrando a todos los actores del mercado, incluso aquéllos que representan los intereses del consumidor.

- Cooperación y ayuda mutua para asegurar una administración eficaz de los impuestos y para combatir y prevenir actividades ilegales en Internet.

- El papel positivo que el comercio electrónico puede jugar en el desarrollo de una estrategia que permita mejorar el mercado de trabajo internacional y el comercio.

- Cooperación en las áreas de I+D definidas conjuntamente y en las tecnologías del comercio electrónico, en el marco del Acuerdo sobre Ciencia y Tecnología suscrito entre la Unión Europea y los EEUU, así como en los proyectos piloto en materia de negocios que resulten apropiados.

- Continuar las discusiones bilaterales a nivel de expertos, incluyendo a participantes de los gobiernos y del sector privado, respecto los temas antes expresados y otros, como las compras públicas; las leyes en materia de contratos y las profesiones reguladas; la responsabilidad civil; la comunicación comercial; los pagos electrónicos; las técnicas de cifrado de la información; la autenticación electrónica y la firma digital; y las tecnologías de filtrado y calificación de contenidos.

- Cooperación dirigida a potenciar el intercambio de datos estadísticos en materia de comercio electrónico.

6. En la medida en que sea necesario para lograr estos objetivos, continuaremos las discusiones con el fin de alcanzar un acuerdo general en los foros multilaterales apropiados, que puede incluir, por ejemplo, la OIC, la OCDE, la

OMPI y UNCITRAL. Proponemos un trabajo continuado en el seno de EU-U.S. Information Society Dialogue, the Trans-Atlantic Business Dialogue and the EU-U.S. Joint Study.

7. Analizaremos el progreso conseguido en la consecución de estos objetivos y de próximas metas.

4. El Intercambio Electrónico de Datos (EDI).-

El *Electronic Data Interchange*, es "un sistema informático que permite las transacciones comerciales y administrativas directas a través del ordenador, sin necesidad de realizar ningún trámite"¹⁷; y se define como "el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en transacciones comerciales o administrativas"¹⁸.

Según Peso Navarro, un sistema de este tipo ha de cumplir tres requisitos básicos¹⁹:

- El intercambio se ha de realizar por medios electrónicos;
- El formato tiene que estar normalizado;
- Y la conexión ha de ser de ordenador a ordenador.

Desde un punto de vista técnico, el EDI es un sistema automático de intercambio de datos entre empresas.

“Las dos áreas primarias de EDI son el intercambio de datos (para pedidos y facturas) y la transferencia electrónica de fondos (EFT) utilizada entre bancos, que generan un gran volumen en un relativamente pequeño número de datos, y una relación a largo plazo. Instalar un EDI tan caro que sólo las grandes

¹⁷ Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", en *Ambito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial XI (1996), Consejo General del Poder Judicial, págs. 198 y 199.

¹⁸ Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", loc. cit., pág. 199.

¹⁹ Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", loc. cit., pág. 199.

firmas pueden justificar una inversión en EDI. La alta seguridad de EDI ofrece transacciones muy robustas en comparación con Internet debido a que EDI funciona sobre redes de valor añadido privadas y cerradas (VANs). Pero por esa misma razón, el número de empresas con las que establecer relaciones está siempre limitado a aquellas empresas conectadas a esas VANs²⁰.

Desde el punto de vista económico:

"La ventaja que supone el bajo coste de Internet provocará que una gran parte del tráfico EDI existente se traslade a una EDI/VAN basada en Internet o en "extranets" seguras que conecten las empresas a través de canales de comunicaciones privados ("túneles"). Los proveedores de acceso a VANs privadas también jugarán un papel en el negocio del tráfico en Internet. Pero con EDI en Internet, las transacciones y procesos permitidos por EDI estarán disponibles y serán utilizados por empresas que no pueden permitirse invertir en redes EDI/VAN. Servicios parecidos a EDI se ofertarán más ampliamente, lo que puede llevarnos al final a la oficina "sin papel" que los pioneros del EDI prometieron hace dos décadas"²¹.

El EDI es el sustitutivo natural del documento formato papel, según Davara, es "la transacción comercial sin papeles" por el aprovechamiento de la informática y las nuevas tecnologías²².

5. Marco Legal.-

En la declaración conjunta entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre comercio electrónico, se advertía de la necesidad de creación de un marco jurídico internacional dada la naturaleza de las transacciones electrónicas que no tienen fronteras.

En concreto, y como ejemplo a seguir, el Código de Comercio (*Uniform Commercial Code*) de los Estados Unidos, ha sido adaptado al nuevo mercado

²⁰ Información contenida en la página Web: <http://www.commercenet.org/commercenet/conoc/faq.htm>.

²¹ Información contenida en la página Web: <http://www.commercenet.org/commercenet/conoc/faq.htm>.

²² Davara Rodríguez, M. A., *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, op. cit., pág. 152.

emergente, posibilitando de esta forma una base reguladora de las transacciones comerciales que en él se desarrollen. Del mismo modo, a través de la UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) se ha completado un estudio provisional sobre una ley modelo, capaz de aglutinar todos aquellos usos comerciales internacionales que puedan incidir directamente en el comercio electrónico global²³.

6. La Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico²⁴.-

La Comisión de las Naciones Unidas sobre la Ley internacional del Comercio, se reunió en su 29 sesión de Asamblea General desde el 28 de Mayo hasta el 14 de Junio de 1996.

El resultado de dicha reunión fue la redacción del modelo de ley sobre comercio electrónico. El trabajo se apoya en los usos internacionales sobre contratos en esta materia. En dicho modelo de ley se establecen las reglas y normas que validan y dan reconocimiento a los contratos formados electrónicamente y sienta las bases de desarrollo del comercio electrónico. Sistemáticamente, el texto se divide en:

1ª. Comercio electrónico en general.

I). Disposiciones generales. Artículos 1 a 4.

II). Aplicación de requisitos legales a los mensajes de datos. Artículos 5 a 10.

III). Las comunicaciones de mensajes electrónicos. Artículos 11 a 15.

2ª. Comercio electrónico en áreas específicas. En concreto el Transporte de mercancías. Artículos 16 y 17.

Sólo trataremos los apartados relativos al comercio electrónico en general.

6.1. Ambito de aplicación.-

²³ Ramos Suárez, F., "*El comercio electrónico global*", loc. cit., (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

²⁴ Ramos Suárez, F., "*El comercio electrónico global*", loc. cit., (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

La ley establece que se considerará dentro del ámbito de su aplicación, los mensajes electrónicos, que se utilicen en el contexto de una actividad comercial.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 1, "Ámbito de aplicación. Esta ley es objeto de aplicación a todo tipo de información elaborada bajo la forma de un mensaje electrónico y utilizada en el contexto de las actividades comerciales".

6.2. Conceptos.-

El artículo 2, de la ley, se ocupa de las definiciones más importantes.

Según el texto normativo, se considera:

- "*Mensaje electrónico*" significa toda "información generada, enviada, recibida o almacenada de forma electrónica, óptica u otras formas que incluyan pero no se limiten al EDI (Electronic Data Interchange), correo electrónico, telegrama, telex o telecopia".

- "*Intercambio Electrónico de Datos*" (EDI) significa transferencia electrónica de información de ordenador a ordenador utilizando un acuerdo estándar para estructurar la información.

- "*Autor*" del mensaje electrónico. Es aquella persona por quién o bajo la responsabilidad de quien, el mensaje electrónico es enviado o generado antes de su almacenamiento, no incluyendo aquella persona que pueda actuar como intermediaria de dicho mensaje electrónico.

- "*Destinatario*" del mensaje electrónico. Es aquella persona designada por el Autor como receptor del mensaje electrónico, no incluyendo aquella persona que pueda actuar como intermediaria de dicho mensaje electrónico.

- "*Intermediario*" respecto de un determinado mensaje electrónico. Es aquella persona que actúa bajo responsabilidad de otra, enviando, recibiendo o almacenando el mensaje electrónico o aquella que proporciona otro tipo de servicios relativos a dicho mensaje electrónico.

- "*Sistema de información*". Es aquel sistema que genera, envía, recibe, almacena o procesa el mensaje electrónico.

6.3. Interpretación.-

La ley se ha de interpretar, dado su espíritu universal, de acuerdo con los principios rectores contenidos en la misma, en especial el de la buena fe, pues, su interpretación local, Estatal, no contribuye al establecimiento de una marco jurídico común.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 3.1, "Interpretación. A la hora de interpretar esta ley, hay que tener en cuenta su origen internacional y atender a la necesidad de promocionar la uniformidad en su aplicación, así como la observancia de los principios de la buena fe".

Por este motivo, y para evitar que los Estados adapten el texto a sus intereses normativos, se establece un orden de prelación por el que en caso de que alguna cuestión no pudiera resolverse de acuerdo con su articulado, se resolvería conforme a los principios contenidos en la misma.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 3.2, "Interpretación. Aquellos temas o cuestiones tratados por esta ley que no hayan sido establecidos expresamente, serán tratados de conformidad con los principios generales sentados por este modelo de ley.

6.4. Autonomía de la voluntad.-

El capítulo 3º de la ley, referido a las comunicaciones de mensajes electrónicos, las partes, pueden establecer, salvo norma específica en contrario, lo que estimen conveniente, son normas de carácter dispositivo.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 4.1, "Variación por acuerdo. Aquellas partes que generen, envíen, reciban, almacenen o procesen mensajes electrónicos, podrán variar lo establecido en el capítulo 3 mediante acuerdo, salvo que se establezca otra cosa al respecto".

Al contrario, las normas contenidas en el capítulo 2º, sobre aplicación de los requisitos legales a los mensajes electrónicos, tienen carácter de *ius cogens*, y, por tanto, las partes no pueden disponer sobre los derechos que se contienen en el mismo.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 4.2, "El apartado anterior no afecta a cualquier derecho que pueda existir para modificar por acuerdo cualquier regla de lo establecido legalmente por el capítulo 2".

6.5. *La forma electrónica de consentir.-*

El consentimiento, a través de medios electrónicos, es perfectamente válido para el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 11, "Formación y validez de los contratos.

1. En el contexto de la formación de los contratos, si las partes no dicen al respecto otra cosa, una oferta y su aceptación pueden ser expresadas por medio del mensaje electrónico. Cuando el mensaje electrónico es utilizado para la formación de un contrato, no se le puede negar su validez y obligatoriedad por el mero hecho de utilizarse dicho mensaje para ese propósito.

2. Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes.....".

6.6. *El mensaje electrónico es un documento.-*

El artículo 5º, reconoce efectos jurídicos al mensaje electrónico.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 5, "Reconocimiento legal de los mensajes electrónicos. Por el mero hecho de que la información tenga la forma de un mensaje electrónico no puede serle negado su efecto legal, su validez y su obligatoriedad".

El mensaje electrónico, según el texto de la ley, es un documento, y participa de la naturaleza de los escritos, siempre y cuando se pueda materializar en papel escrito por los procedimientos técnicos adecuados.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 6.1, "Escritura. Donde la ley establezca como requisito primordial que la información debe ser escrita, será cumplido por el mensaje electrónico, si la información contenida allí es accesible de forma tal que pueda ser usada para un subsiguiente informe".

Si para la validez de los negocios jurídicos, la ley, compele a su forma escrita, tanto como condición esencial, como para los efectos de su interpretación, el documento electrónico, es perfectamente válido para la formación válida de los negocios jurídicos *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 6.2, "El apartado anterior será de aplicación aunque el requisito de escritura esté determinado por la ley bien como una obligación o bien cuando simplemente prevea las consecuencias para aquella información que no esté escrita.

Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes.....".

6.7. Es una cosa mueble.-

El documento electrónico participa de la naturaleza mueble de los documentos en general. Así, es susceptible de ser retenido en los casos y formas que la ley determine, al igual que los documentos, siempre y cuando pueda ser tratado para su transcripción, que sea íntegro, y puedan identificarse las partes y la *data*.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 10, "Retención del mensaje electrónico.

1. Donde la ley requiera que ciertos documentos, discos o información debe ser retenida, será cumplido dicho requisito una vez reteniendo el mensaje electrónico, si se cumplen las siguientes condiciones:

- a). Si la información allí contenida es susceptible de posterior tratamiento.
- b). Si el mensaje electrónico es retenido en el formato en el que fue generado, enviado, o recibido, o en el formato en el que se pueda demostrar que representa exactamente la información generada, enviada o recibida.

c). Si esa información retenida es capaz de identificar el origen y destino del mensaje y, el día y hora de envío y recepción.

2. La obligación de retención de documentos, discos o información de acuerdo con el apartado anterior no se extiende a cualquier información que tenga el solo propósito de ser enviada y recibida.

3. Una persona puede satisfacer los requisitos del apartado primero a través de los servicios de otra persona si las condiciones 1. a), b), y c) son cumplidas.

6.8. Autoría.-

La autoría de un mensaje o documento electrónico ha de ser atribuida a la persona que envía el mensaje, tanto si lo hace por sí mismo, como si lo hace otra persona a ruego de éste y bajo la responsabilidad del primero, o por un sistema de información programado bajo la responsabilidad del autor para quién actúe automáticamente.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 13.1 y 2, "La atribución de mensaje electrónico.

1). Un mensaje electrónico es de su autor si fue enviado solo por el mismo.

2). Entre el autor y el destinatario, un mensaje electrónico será de su autor si fue enviado:

a). Por una persona que tenía la autoridad de actuar bajo la responsabilidad del autor respecto de ese determinado mensaje electrónico.

b). Por un sistema de información programado por o bajo la responsabilidad del autor para que actúe automáticamente".

Desde el punto de vista del destinatario, es autor del documento, y por tanto será reconocido por éste, aquel que acordó con el destinatario esta forma de comunicación aunque figure otra persona, la cual tenga acceso al sistema de comunicación convenido.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 13.3, "Entre el autor y el destinatario, un destinatario reconocerá el mensaje de su autor y actuará como si fuere de este sí:

a). Si aplicó para su averiguación un procedimiento previamente acordado por el autor para ese propósito.

b). Si el mensaje electrónico ha sido recibido por el destinatario como resultado de las acciones realizadas por una persona, la cual posee una relación con el autor o con cualquier agente del mismo, que le posibilitan el acceso al método utilizado por el autor y por tanto identificar dicho mensaje electrónico como si fuere del mismo".

El mensaje viciado, de autoría incierta, no afectará al destinatario del mismo desde que tuvo noticias de que el mensaje no era del autor aparente, o hubiere debido conocer con el cuidado debido o con la aplicación del procedimiento acordado.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 13.4-6, "4. El apartado 3 no se aplica:

a). Si cuando en el momento en que el destinatario recibe ambas noticias del autor diciendo que no es el mensaje electrónico el del autor, ha tenido éste tiempo suficiente como para actuar debidamente.

b). Si en cualquier caso se acerca al apartado 3.b. y el destinatario conoció o hubiera debido conocer con el cuidado debido o con la aplicación del procedimiento acordado, que el mensaje electrónico no era el del autor.

5. Cuando el mensaje electrónico es del autor, o se creyó ser del autor, o el destinatario esta autorizado a actuar en tal supuesto, entonces, el destinatario esta autorizado a considerar el mensaje electrónico como recibido, es decir, como lo que el autor intentó mandar y por tanto actuar como tal. No obstante el destinatario no está tan autorizado cuando conoció o hubiera debido conocer con el cuidado debido o con la aplicación del procedimiento acordado, que el mensaje se recibió con un error.

6. El destinatario esta autorizado a considerar cada mensaje como un mensaje electrónico separado y por tanto a actuar como tal supuesto, excepto en la

medida en que se duplica otro mensaje electrónico y el destinatario conoció o hubiera debido conocer con el cuidado debido o con la aplicación del procedimiento acordado, que el mensaje electrónico estaba duplicado".

6.9. La Firma.-

Como se ha expuesto, el documento o mensaje electrónico se asimila a la forma escrita. Si los documentos, generalmente, han de ser firmados, el mensaje electrónico puede serlo y con los mismos efectos que el escrito.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 7, "La firma.

1). Cuando la ley exija firma de una persona, este requisito será cumplido por el mensaje electrónico:

a). Si se utiliza un método para identificar a la persona y para indicar la conformidad que tiene de la información contenida en el mensaje electrónico.

b). El método es tan veraz como lo fue el propósito por el que el mensaje fue creado o comunicado, a la luz de todas las circunstancias incluyendo cualquier acuerdo relevante.

2). El apartado anterior será de aplicación aunque el requisito de firma esté determinado por la ley bien como una obligación o bien cuando simplemente prevea las consecuencias para aquel mensaje que no esté firmado.

3). Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes...

6.10. Autenticidad del mensaje electrónico.-

El documento electrónico, siempre se presenta en su forma original, pues no existe diferencia entre original y copia. Por este motivo, cuando la ley modelo se refiere a mensaje original, lo afirma en el sentido de no modificado.

En este sentido, el mensaje electrónico será auténtico siempre y cuando sea *íntegro y disponible* por el receptor.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 8.1 y 2, "Original. 1. Donde la ley requiera que la información debe ser presentada o contenida en su forma original, será cumplido por el mensaje electrónico:

a). Si existe una seguridad veraz de que la información de un mensaje electrónico es íntegra desde el momento en que fue por primera vez generada hasta su forma final.

b). Si donde se requiere que la información tiene que ser presentada, dicha información es capaz de ser expuesta a la persona mencionada.

2. El apartado anterior será de aplicación aunque el requisito de integridad esté determinado por la ley bien como una obligación o bien cuando simplemente prevea las consecuencias para aquel mensaje que no se presente en su forma original.

La integridad se asegura por el hecho de que la información permanezca completa e inalterada, aunque se haya podido añadirse o modificarse algo en el normal curso de la comunicación.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 8.3 y 4, "3. Para los propósitos del apartado 1.a):

a). El criterio para asegurar la integridad debe ser en todo caso, que la información haya permanecido completa e inalterada, aparte de que se haya podido hacer algún endoso o cambio y este venga en el normal curso de la comunicación, almacenaje o exposición.

b). El estándar de seguridad debe ser dado a la luz del propósito por el que mensaje fue originado y a la luz de todas aquellas circunstancias relevantes.

4. Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes.....".

6.11. La prueba documental electrónica.-

Los documentos electrónicos hacen prueba, y por tanto, han de considerarse entre los medios probatorios aunque no se presente en su forma general.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 9.1, "La admisibilidad y el peso específico de los mensajes electrónicos.

En cualquier procedimiento legal, y en concreto en la aplicación de los principios generales de la prueba, nada puede ser alegado de forma tal que se deniegue la admisión de un mensaje electrónico en el periodo de prueba:

- a). Por el mero hecho de ser un mensaje electrónico.
- b). Si es la mejor prueba que se pudiera razonablemente esperar obtener por los hechos, de que dicho mensaje electrónico no esta en su forma original.

6.12. Eficacia probatoria del documento electrónico.-

El documento electrónico es eficaz siempre y cuando sea auténtico, y por tanto, íntegro y de autoría cierta.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 9.2, "2. La información en forma de mensaje electrónico debe tener un peso específico. Para darle ese peso específico, hay que prestar atención tanto la veracidad de la manera en que el mensaje electrónico se originó, almacenó o comunicó, como a la veracidad de la forma en que la integridad de la información fue mantenida, además de la manera en que el autor fue identificado y a cualquier otro factor relevante.

Si el mensaje fuese puesto en duda, es decir, se le niega la pretendida autenticidad, el reconocimiento de una de las partes tendrá los efectos jurídicos probatorios a que hubiese lugar de acuerdo con la legislación de cada Estado.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 12, "Reconocimiento de las partes de los mensajes electrónicos.

1. Entre el autor y el destinatario de un mensaje electrónico, una de declaración de reconocimiento no podrá ser negado su efecto legal, validez, obligatoriedad por el mero hecho de que este en la forma de un mensaje electrónico.

2. Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes.....".

El reconocimiento puede ser solicitado por el emisor antes de enviar el mensaje o junto al mensaje. Este reconocimiento, a falta de pacto especial, puede darse por cualquier medio de comunicación automática o cualquier otro conducto suficiente.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.1 y 2,
"Reconocimiento de la recepción.

1. Los apartados 2, 3 y 4 de este artículo se aplican cuando antes de enviar el mensaje o por medio del mensaje, el autor ha requerido o ha acordado que la recepción del mensaje electrónico sea reconocida.

2. Cuando el autor del mensaje no ha acordado con el destinatario que el reconocimiento del mensaje sea dado de una forma particular o por un método determinado, un reconocimiento puede ser dado por:

- a). Cualquier comunicación por el destinatario, automática.
- b). Cualquier conducto del destinatario, suficiente como para indicar al autor que el mensaje ha sido recibido.

El mensaje electrónico, puede estar condicionado su validez al reconocimiento por parte del destinatario del mismo. Cuando esto ocurre el mensaje electrónico es tratado como si nunca fuese recibido, hasta que el reconocimiento sea enviado.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.3, "Cuando el autor ha establecido que el mensaje electrónico está condicionado a la recepción del reconocimiento, el mensaje electrónico es tratado como si nunca fuese recibido, hasta que el reconocimiento sea enviado".

El tiempo en que debe recibirse el documento queda especificado en el apartado 4º, del artículo 14.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.4, "Cuando el autor no ha establecido que el mensaje electrónico no se condiciona a la recepción del reconocimiento, y el recibimiento no ha sido recibido por el autor cerca del tiempo especificado en el acuerdo, o no se especificó tiempo o acuerdo, en tiempo razonable el autor:

a). Podrá notificar al destinatario que no ha sido recibido ningún reconocimiento y podrá especificar el tiempo razonable en el que el reconocimiento deberá ser entregado.

b). Si el reconocimiento no ha sido recibido en el tiempo especificado en el apartado 4.a). podrá previa notificación al destinatario tratar el mensaje electrónico como si nunca hubiere sido enviado, o ejercitar los derechos que pueda tener".

Cuando se recibe el reconocimiento por parte del destinatario, se presume que el mensaje ha sido recibido, pero dicha presunción no implica que el mensaje original sea el mensaje recibido.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.5, "Cuando el autor reciba del destinatario el reconocimiento de la recepción, se presume que el referido mensaje electrónico ha sido recibido por el destinatario. Esta presunción no implica que el mensaje electrónico corresponda con el mensaje recibido".

La misma presunción, en el caso de que se hubiesen acordado condiciones técnicas del mensaje.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.6, "Cuando el reconocimiento recibido exprese que el referido mensaje electrónico cumple determinados requisitos técnicos, acordados sobre o para establecer la aplicación de determinados estándares, se presume que dichos requisitos técnicos son cumplidos".

Por último, en cuando al envío y recepción de los mensajes electrónicos, el artículo comentado, no ha tratado de establecer las consecuencias legales que puedan deducirse tanto del mensaje electrónico como del reconocimiento de la recepción.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 14.7, "Excepto de lo que se deduzca del envío y recepción del mensaje electrónico este artículo no ha tratado de establecer las consecuencias legales que se pueden deducir tanto del mensaje electrónico como del reconocimiento de la recepción".

6.13. Tiempo y lugar de los documentos electrónicos.-

La fecha de envío de un documento electrónico es el momento en que entra en un sistema de información fuera de toda posible acción de su autor o persona que lo represente.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 15.1, "Tiempo y lugar del despacho y recepción de mensajes electrónicos.

1. A menos que exista un acuerdo entre el autor y destinatario, el despacho o envío de un mensaje electrónico ocurre cuando entra en un sistema de información fuera del control del autor o de la persona que envió el mensaje bajo la responsabilidad del autor".

La fecha de recepción depende de que el destinatario haya diseñado un sistema de información para la recepción de documentos o no.

Si ha diseñado alguno, la recepción se produce en el momento en que el mensaje electrónico entra en el sistema de información designado, es decir, es efectivamente recibido por el destinatario. Si no se ha diseñado ningún sistema, el mensaje se recibe cuando entra en el sistema de información del destinatario.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 15.2 y 3, "2. A menos que exista un acuerdo entre el autor y el destinatario, el tiempo de recepción de un mensaje electrónico se determina de la forma siguiente:

a). Si el destinatario ha diseñado un sistema de información para la recepción de mensajes electrónicos, la recepción ocurre:

i). en el momento en que el mensaje electrónico entra en el sistema de información designado.

ii). si el mensaje electrónico se envía a un determinado sistema no diseñado para tal recepción, en el momento en que el mensaje electrónico sea recibido por el destinatario.

b). Si el destinatario no ha diseñado un sistema de información, la recepción ocurre cuando el mensaje entra en el sistema de información del destinatario.

3. El apartado 2º de este artículo se aplica aunque el lugar de localización del sistema de información pueda ser diferente del lugar donde el mensaje electrónico esté autorizado a ser recibido (apartado 4).

A efectos de domicilio, y salvo pacto especial, el lugar de trabajo tanto de emisor como de destinatario, es el sitio oportuno de envío y recepción de mensajes. En su defecto, el lugar de residencia.

Ley modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 15.4, "Salvo que exista un acuerdo entre el autor y el destinatario, un mensaje electrónico está autorizado a ser despachado o enviado al lugar donde el autor tenga su residencia de trabajo, y esta autorizado a ser recibido al lugar donde el destinatario mantenga su lugar de trabajo. Para los propósitos de este apartado:

a). Si el autor o el destinatario tienen más de un lugar de trabajo, éste será aquel que se encuentre más cercano a la relación transaccional fundamental o en caso de no existir dicha transacción fundamental se tomará el lugar principal del negocio.

b). Si el autor o el destinatario no poseen lugar de trabajo, se tomará el lugar de su habitual residencia. 5). Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los siguientes.....".

Capítulo Segundo
La Contratación Electrónica.

Capítulo Segundo. El Contrato Electrónico.

Sumario: (1). El Concepto de Contratación Electrónica; (2). El Consentimiento: ¿Electrónico?; (3). La Oferta y Aceptación Electrónica; (4). La Perfección del Contrato Electrónico; (5). El Cumplimiento del Contrato; (5.1). El Dinero Electrónico; (5.2). La Transferencia Electrónica de Fondos; (5.3). Pago mediante Tarjeta de Crédito.

1. El Concepto de Contratación Electrónica.-

Según Davara, "la posibilidad de transmitir datos o información en grandes cantidades y superando los clásicos inconvenientes de tiempo y distancia, condicionan algunas de las teorías en las que se ha basado, tradicionalmente, el análisis de la contratación"²⁵.

Ahora bien, ¿Qué es la contratación electrónica?, siguiendo al mismo autor, es "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo"²⁶.

El contrato electrónico es fundamentalmente un contrato a distancia, con las siguientes particularidades:

- Se utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad (la forma electrónica de consentir).

²⁵ Davara Rodríguez, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 166.

²⁶ Davara Rodríguez, M.A., *Manual de Derecho Informático*, op. cit., pág. 165.

- A través del medio electrónico permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva, es un contrato escrito *sui generis* (documento electrónico).

2. El Consentimiento: ¿Electrónico?.-

Si los contratos necesariamente han de contener el consentimiento de los contratantes, el objeto, y el fin económico-social o causa, conforme al artículo 1261 del *Código Civil*²⁷, tratándose de un contrato electrónico, éstas dos últimas condiciones no varían respecto al tradicional, el contrato sigue teniendo el mismo objeto y el mismo fin. Es en su conclusión y en el modo de consentir donde existen las principales diferencias.

El artículo 1262 del *Código Civil*, expresa que "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta [*electrónica*] y la aceptación [*electrónica*] sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". A las palabras oferta y aceptación hemos interpolado la calificación de electrónica. Pero para que tenga sentido, tenemos que averiguar si puede existir un *consentimiento electrónico*.

Esta cuestión ya ha sido planteada por Davara, quién no da respuesta específica²⁸.

La doctrina italiana por su parte, ha querido ver que el denominado *Elaborador Electrónico*, en ocasiones, pueden actuar casi autónomamente, de tomar sus propias decisiones, y no sólo transmitir las, ser el medio de exteriorización de la voluntad²⁹. Se afirma que "el elaborador electrónico goza de una verdadera autonomía respecto a la voluntad de las partes contratantes"³⁰.

²⁷ Código Civil, artículo 1261, "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia de contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca".

²⁸ Davara Rodríguez, M.A., *Manual de Derecho Informático*, op. cit., pág. 176.

²⁹ Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., págs. 80.

³⁰ Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., págs. 83.

Para ello, parten de la tesis fundamental del pensamiento cibernético por el cual, la estructura y función de una máquina cibernética es similar a la del hombre. Por tanto, siguiendo el pensamiento de Rossi, el hombre puede ser considerado estructural y funcionalmente como una máquina cibernética³¹.

Desde el punto de vista estructural, el elaborador electrónico es una máquina constituida por una serie de dispositivos (*hardware*) y de programas (*software*)³².

Nosotros entendemos que el consentimiento es la exteriorización de la voluntad humana, y que éste puede manifestarse de muy diferentes "*formas*" (por un gesto, palabras, escritura, fax, correo electrónico, etc.), por tanto, no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de consentir. Si afirmásemos que existe un consentimiento electrónico, estaríamos diciendo que existe una voluntad electrónica, y negando al mismo tiempo, la naturaleza humana del concepto. La voluntad es lo que diferencia al hombre de la máquina y de los animales.

Lo que diferencia un contrato tradicional de un contrato electrónico es, tan sólo, la formación del mismo, la forma de prestación del consentimiento, de perfección del negocio y, en consecuencia, su prueba, tanto judicial como extrajudicial.

3. La Oferta y Aceptación *Electrónica*.-

Según Díez-Picazo y Gullón, la oferta "es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato"; y la aceptación es "la declaración de voluntad que emite el destinatario de una oferta dando su conformidad a ella"³³.

³¹ Giannantonio, E., *Introduzione all'informatica giuridica*, en *Informatica e Ordinamento Giuridico*, Giuffrè Editore, Milano 1984, pág. 5.

³² Giannantonio, E., *Introduzione all'informatica giuridica*, op. cit., pág. 21.

³³ Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., págs. 69 y 71.

Para que la oferta y aceptación fuesen electrónicas, ésta primera habría de proponerse por medios electrónicos, y la segunda celebrarse por estos mismos. De este modo, oferta electrónica es una declaración de voluntad emitida *por medios electrónicos* por una persona, y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato; y aceptación electrónica es una declaración de voluntad que emite el destinatario *de forma electrónica* de una oferta dando su conformidad a ella.

La proposición por medios electrónicos y la forma electrónica de celebración del contrato van inexcusablemente unidos. Pues, si sólo apareciese la oferta electrónica (ej. anuncio televisivo de un coche con características y precio), pero el contrato se ha de concluir en la forma escrita (ej. en el concesionario oficial), el negocio no es electrónico.

No ocurre lo mismo al contrario, la celebración o forma electrónica es suficiente para que el contrato sea electrónico aunque no exista oferta electrónica. Así la llamada telefónica para comprar un artículo visto en catálogo formato papel.

Por este motivo, podemos concluir, que para que el contrato sea electrónico, la forma de la aceptación ha de ser electrónica.

4. La Perfección del Contrato Electrónico.-

Según Díez-Picazo y Gullón, cuando los contratantes se encuentran ausentes, el Código Civil, sólo admite la aceptación por carta, y afirma que es "un medio que obliga a un intervalo temporal entre la oferta y la aceptación significativo"³⁴. Así, el artículo 1262.2, dice que "la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento". En este sentido, nuestro Código Civil, sigue la teoría del conocimiento por el oferente o más bien la teoría de la recepción. En el sentido contrario, existe otra teoría denominada de la declaración, es decir, el contrato se perfecciona desde la

³⁴ Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pág. 72.

declaración del aceptante, desde la emisión de la aceptación (teoría de la emisión)³⁵.

El Código de Comercio, en su artículo 54, sigue la teoría de la emisión, expresando que "los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada".

Característica fundamental de la contratación electrónica, es la ausencia de las partes en la perfección del negocio. Los contratantes no están presentes en la conclusión del contrato, pero a diferencia de la tradicional contratación entre ausentes, por correspondencia, en la contratación electrónica podemos hablar, aunque no en términos absolutos, de *contratación entre ausentes en tiempo real*.

Si el contrato tiene naturaleza civil, de acuerdo con lo expuesto, el contrato electrónico se perfeccionaría desde la recepción del mensaje de aceptación por el oferente; y si fuera mercantil, desde la emisión del mensaje por el aceptante. En ambos casos, el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede convertirse en irrisorio (ej. compra por catalogo en página web). Por éste motivo, el contrato electrónico está más cerca de la contratación entre presentes que entre ausentes.

Pero siguiendo con nuestro razonamiento, esto no siempre es así. El intervalo temporal entre oferta y aceptación puede ser despreciable a efectos de prueba, pero puede que este se alargue, que exista intervalo temporal.

Si somos una empresa que ofrece a sus clientes habituales vía correo electrónico una serie de condiciones sobre sus productos, la respuesta, no tiene por que ser inmediata, sino que la empresa-cliente, a pesar de llegar la oferta casi en tiempo real, su aceptación puede retrasarse. En este caso, estamos más cerca de la contratación entre ausentes.

Pero, si somos un particular que rellena un formulario de una página web, adhiriéndonos a las condiciones de la empresa oferente sobre el producto, y enviamos esos datos, entre la oferta recibida y la aceptación no hay intervalo

³⁵ Osorio Morales, J., *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos (Parte General)*, Segunda Edición, Ed. Comares, Granada 1986, pág. 213.

temporal, sino que se fusionan en el tiempo. En este caso, estamos más cerca de la contratación entre presentes.

Concluyendo, en ambos casos, no tiene sentido hablar de teorías del conocimiento y de la emisión, pues la emisión de la aceptación y la recepción de la misma se produce casi en tiempo real.

5. El Cumplimiento del Contrato.

5.1 El Dinero Electrónico.-

El dinero, en su sentido tradicional, a efectos de cumplimiento de la obligación, es considerado por el legislador como *papel-moneda*. Así se desprende del artículo 1170 del Código Civil que establece que "el pago de las deudas de dinero, deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España (...)"³⁶.

Ni tan siquiera, conforme al párrafo segundo del mismo artículo, la entrega de letras de cambio u otros efectos se consideran medios de pago, pues no determinan el cumplimiento, careciendo de eficacia liberatoria hasta su definitiva realización³⁷.

Código Civil, artículo 1170, "(...) La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

La interpretación tradicional del dinero como *papel-moneda*, no es óbice para que sean consideradas otras formas de cumplimiento, que sin llegar a tener su eficacia, se asimilan a la forma tradicional de pago monetario. No son formas

³⁶ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Ed. Comares, Granada 1997, pág. 32.

- Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., pág. 109.

³⁷ Entre otras, Setencias de 9.3.82 y 30.4.83.

plenamente liberatorias, pero "facilitan el tráfico civil y mercantil"³⁸. En definitiva, el progreso económico.

Una concepción más descriptiva y, sin duda, más adaptada a la realidad, es la posición del legislador que se deriva en el Código Penal, en su artículo 387, según el cual, "A los efectos del artículo anterior [Delito de falsificación de moneda y efectos timbrados] se entiende por moneda la metálica y papel de curso legal. A los mismos efectos se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje. Igualmente se equiparán a la moneda nacional, la de la Unión Europea y las extranjeras".

Hemos de advertir, que aunque el contrato sea electrónico, por el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden compelerse al pago tradicional en *papel-moneda*.

Si esto no ocurre, el pago podrá realizarse por los mismos medios por los que se perfeccionó el contrato electrónico, es lo que se denomina *pago electrónico*. Y el cumplimiento, en este caso, ha de verificarse mediante el *dinero electrónico*.

Según los autores, Carrascosa, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro, el dinero electrónico es "aquel instrumento de pago reflejado en un soporte informático y que a través de las Transferencias Electrónicas de Fondos, persigue la misma finalidad que el dinero tradicional, dependiendo la efectividad del mismo de su realización"³⁹. Es decir, el dinero electrónico carece de eficacia liberatoria hasta su definitiva realización en *papel-moneda* por el estricto cumplimiento del artículo 1170.

Para otros, el dinero electrónico, es una representación del *papel-moneda* tradicional, así, se define como "la representación por medio de un soporte informático de depósitos de Dinero de Curso Legal u otros valores o activos

³⁸ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., pág. 33.

³⁹ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., pág. 34.

financieros cuantificables, cuya circulación se realiza por medio de una Transferencia Electrónica de Fondos⁴⁰.

La *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el inicio, el ejercicio y la supervisión cautelar de las actividades de las entidades de dinero electrónico*, viene a llenar una laguna legislativa en cuanto a la emisión de dinero electrónico o "*dinero de red*". En la exposición de motivos, se determina que esta forma de pago es la culminación del desarrollo del comercio electrónico a través de internet como forma de las transacciones empresariales y particulares. El dinero electrónico, de acuerdo con la Propuesta, ha de entenderse como una forma digital de efectivo, es decir, de *papel-moneda*. Y, a diferencia de la *Transferencia electrónica de fondos*, en la que interviene un tercero (banco o entidad), el dinero electrónico no necesita de la autorización ni la participación de persona o entidad alguna.

En este sentido, se diferencia tanto de la tarjeta de débito, para lo cual se necesita una cuenta bancaria, como de la tarjeta de crédito, para lo que se necesita un acuerdo entre la empresa o banco emisor y un crédito o anticipo de fondos.

El dinero electrónico, es decir, su valor monetario, se almacena o bien en una "*tarjeta inteligente*", o en forma de programa informático. Ambos tipos, a su vez pueden delimitarse en función de la utilidad que tengan, en:

- De *uso único*, es decir, sólo puede existir un receptor del pago, que es el mismo que emite la tarjeta o dispone del programa informático (tarjetas telefónicas, de fotocopias). Este tipo queda fuera del concepto de dinero electrónico y, por tanto, fuera del ámbito de la Propuesta de Directiva.

- De *uso múltiple*, existen varios receptores de pago distintos de la entidad de dinero electrónico que emite la tarjeta o cede el programa informático.

Del mismo modo, la tarjeta o programa informático tanto de uso único como múltiple se caracteriza por estar "*prepagada*", es decir, el usuario anticipa las cantidades, es un pago anticipado. Si esta condición no se cumpliera, la tarjeta inteligente o programa informático no representaría un valor monetario

⁴⁰ Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., pág. 114.

almacenado, sino un crédito con intervención y autorización de tercero (banco o entidad).

De acuerdo con el artículo 1º de la Propuesta, se define y caracteriza el "*dinero electrónico*" como "un valor monetario almacenado en un soporte electrónico, por ejemplo, una tarjeta inteligente o una memoria de ordenador; aceptado como medio de pago por empresas distintas de la entidad emisora; generado con objeto de ponerlo a disposición de los usuarios como substitutivo electrónico de monedas y billetes bancarios; y generado a los efectos de realizar pagos de escasa cuantía por medios electrónicos".

5.2. *La Transferencia Electrónica de Fondos.-*

La *Transferencia Electrónica de Fondos* (T.E.F), es el traspaso de fondos de una cuenta a otra sin necesidad de desplazamiento material del dinero⁴¹, con efectos liberatorios.

Los autores citados *supra*, al analizar la naturaleza jurídica de la figura, afirman que se acerca al negocio jurídico de mandato⁴². Pero entendemos que es más exacta la figura del *pago por tercero*, aunque ésta puede tener su origen en el mandato⁴³, pues el tercero que paga por otro, en su nombre y por su cuenta, se constituye en gestor oficioso de los negocios de este deudor y opera en forma extintiva de las obligaciones (Sentencia T.S. 25.6.92).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), basándose en la naturaleza jurídico-probatoria documental de la transferencia electrónica, define T.E.F., como aquella que una o

⁴¹ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., pág. 35.

⁴² Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., pág. 35.

⁴³ De acuerdo con el artículo 1158 del Código Civil, "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago".

más de las operaciones del proceso, que antes se desarrollaban sobre la base de técnicas documentales, se efectúan ahora mediante técnicas electrónicas⁴⁴.

Según los autores, Carrascosa, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro, las principales formas que pueden revestir las T.E.F., son⁴⁵:

- cajeros automáticos bancarios.
- pago con tarjeta en establecimiento mercantil.
- banca por teléfono (Home Banking).
- *clearing* bancario automático. Es el procesamiento de transacciones en cuentas de depósito a la vista por medios electrónicos, sin utilización del cheque.
- y la domiciliación bancaria.

5.3. *Pago Mediante Tarjeta de Crédito.-*

La tarjeta magnética es el medio en el que se concretan las T.E.F⁴⁶.

Se ha convertido en un medio de pago cada vez más importante en el tráfico jurídico civil y mercantil, sustituyendo poco a poco al tradicional *papel-moneda*, y al cheque⁴⁷.

⁴⁴ Citado por Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M ., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., págs. 36 y 37.

- Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", loc. cit., págs. 200 y 201.

⁴⁵ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M ., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., págs. 40 y 41.

⁴⁶ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M ., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, op. cit., pág. 43.

⁴⁷ Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", loc. cit., pág. 202.

En la Recomendación de 8 de Diciembre del *Código Europeo de Buena Conducta*, en materia de pago electrónico, respecto a los contratos se afirma que⁴⁸:

a) Los contratos celebrados entre los emisores o su representante y los prestadores o los consumidores revestirán la forma escrita y deberán ser objeto de una petición previa. Definirán con precisión las condiciones generales y específicas del acuerdo.

b) Se redactarán en la/s lengua/s oficiales del Estado miembro en que se haya celebrado.

c) Cualquier tarificación del baremo de cargas se fijará con transparencia teniendo en cuenta las cargas y riesgos reales y no supondrá ningún obstáculo a la libre competencia.

d) Todas las condiciones, siempre que sean conforme a la Ley, serán libremente negociables y se establecerán claramente en el contrato.

e) Las condiciones específicas de rescisión del contrato se precisarán y comunicarán a las partes en la celebración del contrato.

El artículo 46 de la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, desarrolla el pago mediante tarjeta de crédito, en los términos siguientes:

1. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y de abono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán con la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del

⁴⁸ Citado por Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", loc. cit., pág. 207.

correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.

La *Directiva 97/7/CE*, en su artículo 8, contempla la posibilidad de pago mediante tarjeta, y los derechos del consumidor que adopte este medio de pago. Así, dispone que "los Estados miembros velarán por que existan medidas apropiadas para que:

- El consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la presente Directiva;

- En caso de utilización fraudulenta, se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan".

Capítulo Tercero

El Contrato de Compraventa a Distancia.

Capítulo Tercero. El Contrato de Compraventa a Distancia.

Sumario: (1). El Contrato de Compraventa a Distancia; (2). Concepto; (3). No son Ventas a Distancia; (4). Elementos del Contrato de Compraventa a Distancia; (5). Derecho de Información del Consumidor; (6). El Cumplimiento del Contrato; (7). Derecho de Resolución; (8). El Registro de Empresas de Ventas a Distancia.

1. El contrato de Compraventa a Distancia.-

El marco legal en el que pueden encuadrarse, las operaciones de comercio electrónico actualmente en España, se limita a las ventas a distancia de productos entre empresa-consumidor, es decir, a las compraventas civiles⁴⁹, sin que se haya estipulado nada respecto a las transacciones más importantes, la compraventa mercantil⁵⁰, y con el único fin de protección de los consumidores. Por tanto, se trata de normas parciales, sin que se haya establecido un marco legal total.

Por orden de prelación de fuentes, la normativa es la siguiente:

- *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.*

- *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista.*

⁴⁹ Código Civil, artículo 1445, “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

⁵⁰ Código de Comercio, artículo 325, “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”.

El artículo 1 de la Directiva, al delimitar su objeto, cual es la unificación legal de los Estados miembros⁵¹, establece claramente su ámbito de protección: los contratos a distancia entre consumidores y proveedores. Por tanto, el único carácter que ha de darse a este negocio jurídico es el de civil y no mercantil⁵².

2. Concepto.-

Tratándose del negocio jurídico de compraventa (electrónica), la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, declara en su artículo 38.1, que "se consideran *ventas a distancia* las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza".

Al igual que en la norma referida, en el marco de la Directiva, no se establece una determinada técnica de comunicación a distancia, pudiendo ésta ser de cualquier naturaleza. ¿Cuál es la razón?, en el preámbulo de la misma se da una respuesta satisfactoria: el avance tecnológico.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, Preámbulo, Considerando 9, "Considerando que los

⁵¹ *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, Preambulo, *Considerando 10* , "Considerando que una misma operación, que implique la realización de prestaciones sucesivas o escalonadas, puede dar lugar a calificaciones jurídicas diferentes según el Derecho aplicable en cada Estado miembro; que las disposiciones contenidas en la presente Directiva no podrán, sin embargo, ser objeto de aplicaciones distintas conforme al Derecho vigente en cada caso en los Estados miembros, sin perjuicio de que éstos puedan recurrir al artículo 14; que, a tal fin y por lo tanto, ha de considerarse que las disposiciones contenidas en la presente Directiva deberán, como mínimo, respetarse con ocasión de la primera operación de una serie de operaciones sucesivas o escalonadas que puedan considerarse como un todo, bien si constituye el objeto de un solo contrato, bien si lo constituye de una serie de contratos sucesivos distintos".

⁵² *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, artículo 1, "La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia entre consumidores y proveedores".

contratos negociados a distancia se caracterizan por la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia; que esas diferentes técnicas se utilizan en el marco de un sistema organizado de venta o de prestación de servicios a distancia sin que se dé la presencia simultánea del proveedor y del consumidor; que la evolución permanente de estas técnicas no permite establecer una lista exhaustiva, pero requiere que se definan unos principios válidos incluso para aquéllas que todavía se utilizan poco en la actualidad".

Del mismo modo, el párrafo segundo del artículo 38.1, considera venta a distancia una forma tradicional, cual es, la venta por catálogo: "En particular estarán incluidas en este concepto aquellas que se realicen mediante pedidos sobre catálogos previamente distribuidos a los posibles compradores".

Tal es la importancia de esta forma comercial, que en la misma ley se previó, en su artículo 38.2, la necesidad de autorización administrativa de las empresas y la inscripción de las mismas en un registro creado al efecto. Este punto será tratado más adelante.

El Ordenamiento Comunitario también se ha ocupado de definir lo que es venta a distancia. Así, el artículo 2 de la *Directiva 97/7/CE*, expone que "a efectos de la presente Directiva, se entenderá por «contrato a distancia»: todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato".

La misma disposición establece el concepto de consumidor y proveedor respectivamente. Así, es "«consumidor»: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional"⁵³; y "«proveedor»: toda persona física o jurídica que, en los contratos

⁵³ *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, artículo 2.2.

contemplados en la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional"⁵⁴.

Lo que diferencia un contrato tradicional de un contrato electrónico es la formación del mismo, la forma de prestación del consentimiento, de perfección del negocio, y en consecuencia, la prueba, tanto judicial como extrajudicial.

Para que el consentimiento pueda prestarse en esta forma, se necesita de elementos ajenos al contrato, tanto objetivos (*Técnica de comunicación a distancia*), como subjetivos (*Operador de técnicas de comunicación*).

La propia Directiva, define éstos en los puntos 4 y 5, del artículo 2 . Así, "«técnica de comunicación a distancia»: todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor. En el Anexo I figura una lista indicativa de las técnicas contempladas en la presente Directiva"⁵⁵; y "«operador de técnicas de comunicación»: toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia"⁵⁶.

A la llamada legalmente *Técnica de comunicación a distancia*, la doctrina italiana denominó como "*Elaborador electrónico*", atribuyéndole este carácter a la máquina que facilita la formación de un negocio jurídico entre dos individuos. El *Elaborador Electrónico*, según Guerra Balic, es "todo tipo de aparato capaz de procesar electrónicamente información y transmitir un mensaje cuyos efectos tengan una trascendencia jurídica de carácter contractual entre dos personas"; y podría definirse como "una máquina capaz de recoger y procesar información, normalmente codificada electrónicamente, y tras procesarla según un programa previamente determinado, ejecuta unas ordenes precisas de acuerdo a dicho programa. Con diferencia esencial de que dicho procesamiento sirve como medio

⁵⁴ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2.3.

⁵⁵ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2.4.

⁵⁶ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, artículo 2.5.

para canalizar dicha información electrónica y reflejar con ello la voluntad de las partes contratantes"⁵⁷.

El *Elaborador Electrónico* (Hardware), necesita un *Programa* (Software) para manifestarse al mundo exterior, pues es el que procesará la información⁵⁸.

3. No son Ventas a Distancia.-

En sentido negativo, no se consideran *ventas a distancia*, de acuerdo con el texto de la ley (artículo 38.3), y por tanto quedan excluidas del ámbito de aplicación de la misma:

- "a) La venta mediante máquinas automáticas.
- b) Los productos realizados a medida.
- c) Los contratos de suministros de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente".

De acuerdo con el texto legal, quedan exentas del ámbito de aplicación de la *Directiva 97/7/CE*, de acuerdo con su artículo 3.1, las relaciones jurídicas siguientes:

- a) Las que se refieran a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en el Anexo II.

En particular, son: los servicios de inversión; operaciones de seguro y reaseguro; servicios bancarios; operaciones relativas a fondos de pensiones; servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción. Entre éstos últimos servicios ha de incluirse: los servicios de inversión a que se refiere al Anexo de la *Directiva 93/22/CEE*⁵⁹; los servicios de empresas de inversiones colectivas; los servicios correspondientes a actividades que gozan de reconocimiento mutuo y a

⁵⁷ Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., págs. 69 y 70.

⁵⁸ Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", loc. cit., págs. 70 y 71.

⁵⁹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 141 de 11. 6. 1993, pág. 27.

los que se refiere el Anexo de la *Directiva 89/646/CEE*⁶⁰; las operaciones correspondientes a actividades de seguro y reaseguro a que se refieren: el artículo 1 de la *Directiva 73/239/CEE*⁶¹; el Anexo de la *Directiva 79/267/CEE*⁶²; la *Directiva 64/225/CEE*⁶³; las *Directivas 92/49/CEE*⁶⁴; y *92/96/CEE*⁶⁵.

b) Los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados.

c) Los celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos.

d) Los celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles ni a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arriendo.

e) Los celebrados en subastas.

Del mismo modo, conforme al artículo 3.2, quedan excluidas parcialmente de la aplicación de la *Directiva*, en particular de los artículos 4, 5, 6 y el apartado 1 del artículo 7 . Es decir, no será de aplicación el derecho de información previa del consumidor; la obligación de confirmación escrita de la información; el derecho de resolución del consumidor; y, el plazo de ejecución del contrato, a las siguientes relaciones jurídicas:

a) Los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del

⁶⁰ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 386 de 30. 12. 1989, pág. 1. Directiva modificada por la Directiva 92/30/CEE (Doc. núm. L 110 de 28. 4. 1992, pág. 52).

⁶¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 228 de 16. 8. 1973, pág. 3. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 92/49/CEE (Doc. núm. L 228 de 11. 8. 1992, pág. 1).

⁶² *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 63 de 13. 3. 1979, pág. 1. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 90/619/CEE (Doc. núm. L 330 de 29.11.1990, pág. 50).

⁶³ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. 56 de 4. 4. 1964, pág. 878/64. Directiva modificada por el Acta de adhesión de 1973.

⁶⁴ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 228 de 11. 8. 1992, pág. 1.

⁶⁵ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Doc. núm. L 360 de 9. 12. 1992, pág. 1.

consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares.

b) Los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto; excepcionalmente en el caso de las actividades de esparcimiento al aire libre, el suministrador puede reservarse el derecho de no aplicar el apartado 2 del artículo 7 en circunstancias específicas.

4. Elementos del Contrato de Compraventa a Distancia.-

Tratándose de *ventas a distancia*, el artículo 41.1 de la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, requiere el consentimiento expreso, sin que la falta de respuesta a la oferta pueda considerarse como aceptación de aquella⁶⁶.

El artículo 39 de la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, se dedica a la propuesta u oferta de contratación, en la que se especifica que deberá constar: que se trata de una propuesta comercial de forma inequívoca (artículo 39.1); se deberá informar al consumidor de que la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido tiene carácter oneroso, a menos que este extremo resulte evidente (artículo 39.2); y en último término, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal* y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales (artículo 39.3).

⁶⁶ *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 41, "Necesidad de consentimiento expreso. 1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de aquélla. 2. Si el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente".

En cualquier caso, conforme al artículo 40 de la citada Ley, la oferta de contratación electrónica deberá contener, al menos: a) identidad del proveedor; b) características especiales del producto; c) precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos del transporte; d) forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; y e) plazo de validez de la oferta.

El artículo 4.1, de la *Directiva 97/7/CE*, enuncia el contenido de la oferta, como un derecho de información previa del consumidor. Previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente:

a) Identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección.

b) Características esenciales del bien o del servicio.

c) Precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos.

d) Gastos de entrega, en su caso.

e) Modalidades de pago, entrega o ejecución.

f) Existencia de un derecho de resolución, salvo en los casos mencionados en el artículo 6.3⁶⁷.

g) Coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.

h) Plazo de validez de la oferta o del precio.

⁶⁷ *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, artículo 6.3, "Salvo si las partes conviniesen en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos: de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1; de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar; de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor; de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; de servicios de apuestas y loterías".

i) Cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos a servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 4.2, "La información contemplada en el apartado 1, cuya finalidad comercial debe resultar inequívoca, deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y deberá respetar, en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar según la legislación nacional de los diferentes Estados miembros, como los menores".

Si se tratara de una comunicación telefónica, se dispone, de acuerdo con el párrafo 3, del citado artículo, que "deberá precisarse explícita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada".

Como ya se expuso *supra*, el consentimiento ha de ser expreso, como consecuencia de ello, el envío del producto ofertado por parte del oferente, sin aceptación explícita del aceptante, deberá considerarse como "*envío no solicitado*"⁶⁸.

Los envíos no solicitados están prohibidos, si bien, dependiendo de la voluntad consciente o del error del oferente, las consecuencias legales son distintas.

a) Si el envío no solicitado se realiza por la voluntad consciente del oferente, el destinatario no estaría obligado a la devolución del producto, ni al

⁶⁸ Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículo 41, "Necesidad de consentimiento expreso. 1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de aquélla. 2. Si el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente".

pago del precio. Si lo devuelve por su propia voluntad, no estaría obligado a indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto⁶⁹.

b) Si el envío no solicitado se produce por error, el destinatario debería guardar el producto durante un mes, teniendo derecho a retenerlo si no se le indemniza con el 10% del valor de venta del producto, o a hacerlo suyo si esta indemnización no se verifica en el plazo indicado⁷⁰.

El texto de la *Directiva 97/7/CE*, lo denomina como "*suministro no solicitado*", y dispone en su artículo 9, que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para:

- Prohibir los suministros de bienes o de servicios al consumidor sin encargo previo de éste, cuando dichos suministros incluyan una petición de pago.

- Dispensar al consumidor de toda contraprestación en caso de suministro no solicitado, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento.

5. Derecho de Información del Consumidor.-

Del *Considerando 11* de la Directiva, se desprende un derecho de información del consumidor.

⁶⁹ *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 42.1, "Prohibición de envíos no solicitados. 1. Queda prohibido enviar al consumidor o usuario artículos o mercancías no pedidas por él al comerciante, exceptuándose las muestras comerciales. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio. Caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto".

⁷⁰ *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 42.2, "Prohibición de envíos no solicitados. No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando sea evidente que el envío se debía a un error, ya que tenía la finalidad de responder a una demanda que, en realidad, no se había producido. En este caso, el receptor deberá guardarlo a disposición del vendedor durante un mes desde que comunique la recepción errónea del objeto, teniendo derecho a retenerlo hasta ser indemnizado con una cantidad igual al 10 por 100 de su valor en venta o hacerlo suyo definitivamente, si esta indemnización no le fuera satisfecha en el plazo antes indicado".

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, Preámbulo, Considerando 11, "Considerando que la utilización de estas técnicas no debe conducir a una reducción de la información facilitada al consumidor; que es conveniente, por tanto, determinar la información que debe transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada; que esta transmisión de la información debe realizarse, además, de conformidad con las demás normas comunitarias pertinentes, y, en particular, con la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; que, si se establecen excepciones a la obligación de suministrar información, corresponde al consumidor, con carácter discrecional, la facultad de solicitar una información básica, tal como la identidad del suministrador, las principales características de los bienes o servicios y su precio".

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 47, a la ejecución del contrato, el comprador deberá haber recibido información escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación, información comprensiva de todos los datos señalados en el artículo 40 y, además, de los siguientes:

- a) Dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social.
- b) En su caso, condiciones de crédito o pago escalonado.
- c) Documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal conteniendo el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

Dada la dificultad de prueba de estas formas de relaciones jurídicas, el texto de la *Directiva 97/7/CE*, dispone toda una serie de cautelas, en especial, la obligación de comunicación escrita. En este sentido, de acuerdo con su artículo 5.1, "El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras

a) a f) del apartado 1 del artículo 4, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él. En todo caso, deberá facilitarse:

- Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución, con arreglo al artículo 6, incluidos los casos citados en el primer guión del apartado 3 del artículo 6;

- La dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones;

- Información relativa a los servicios posventa y a las garantías comerciales existentes;

- En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato".

No será de aplicación esta obligación de comunicación escrita del proveedor, de acuerdo con el párrafo 2 del citado artículo, siempre y cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- a) Que la ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia.

- b) Que el servicio se preste una sola vez.

- c) Que la facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación.

No obstante, el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones.

Del mismo modo, los derechos contenidos en la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, de acuerdo con su artículo 48, son irrenunciables desde el punto de vista del consumidor⁷¹.

6. El Cumplimiento del Contrato.-

Desde el punto de vista del ofertante-vendedor, el contrato habrá de cumplirse dentro de los 30 días siguientes de la recepción de la aceptación, salvo pacto en contrario⁷².

El artículo 7.1, de la *Directiva 97/7/CE*, afirma que salvo pacto en contrario, el proveedor debería ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días a partir del día siguiente a aquél en que el consumidor le hubiese comunicado su pedido.

Si la causa de la no ejecución del contrato por parte del proveedor es la no disponibilidad del bien o el servicio objeto del negocio jurídico, de acuerdo con el artículo 7.2, el consumidor debería ser informado de esta falta de disponibilidad y debería poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo 3, del citado artículo, "los Estados miembros podrán establecer que el proveedor suministre al consumidor un bien o un servicio de calidad y precio equivalentes si esa posibilidad se hubiese previsto antes de la celebración del contrato o en el contrato. Se deberá informar al consumidor de esta posibilidad de forma clara y comprensible. Los gastos de devolución consecutivos al ejercicio del derecho de resolución, en dicho caso, correrán por cuenta del proveedor, y el consumidor deberá ser informado de ello.

⁷¹ *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 48, "Irrenunciabilidad de los derechos. La renuncia efectuada, explícita o implícitamente, por el consumidor a los derechos que le son reconocidos en el presente capítulo será nula y no impedirá la debida aplicación de las normas contenidas en el mismo".

⁷² *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 43, "De no indicarse en la oferta el plazo de ejecución del pedido, éste deberá cumplimentarse dentro de los treinta días siguientes al de su recepción por el vendedor".

En tales casos, el suministro de un bien o de un servicio no podrá asimilarse al suministro no solicitado a que se refiere el artículo 9".

Desde el punto de vista del aceptante-comprador, sólo estará obligado al pago anticipado, cuando el producto solicitado tenga algún elemento diferenciador para un cliente específico (e.g. unas camisetas con el logotipo de la empresa)⁷³.

Si el pago se realiza mediante tarjeta de crédito, el artículo 46 de la *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, desarrolla dicha pago, en los términos siguientes:

1. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y de abono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán con la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.

La *Directiva 97/7/CE*, en su artículo 8, contempla la posibilidad de pago mediante tarjeta, y los derechos del consumidor que adopte este medio de pago. Así, dispone que "los Estados miembros velarán por que existan medidas apropiadas para que:

- El consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la presente Directiva;

- En caso de utilización fraudulenta, se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan".

⁷³ *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 43, "Sólo podrá exigirse el pago antes de la entrega del producto cuando se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo".

7. Derecho de Resolución.-

Según el artículo 44 de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, el comprador tendrá derecho de desistir libremente, en los términos siguientes:

1. El comprador podrá desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto. En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquél.

2. El ejercicio del derecho o desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite, en cualquier forma admitida en Derecho.

3. El derecho de desistimiento del comprador no puede implicar la imposición de penalidad alguna, si bien, el comprador deberá satisfacer los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra.

El artículo siguiente (art. 55), se enuncia las excepciones al derecho de desistimiento, no siendo de aplicación a los siguientes supuestos:

1) A las transacciones de valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor.

2) A los contratos celebrados con intervención de fedatario público.

3) Tampoco se extenderá el derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario, a las ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos.

Del mismo modo, en el articulado de la *Directiva 97/7/CE*, el artículo 6, dispone que, "respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor. A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

- En el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5.

- Por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente.

Cuando el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr:

- Para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor.
- Para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento".

Si se ejerciera el derecho de rescisión por parte del consumidor, de acuerdo con el párrafo 2 del citado artículo, el proveedor estaría obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Y únicamente podría imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas debería efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

Salvo pacto en contrario, de acuerdo con el artículo 6.3, el consumidor no tendrá derecho de resolución en las siguientes relaciones jurídicas:

- De prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1.

- De suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar.

- De suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

- De suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor.

- De suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

- De servicios de apuestas y loterías.

El texto de la *Directiva 97/7/CE*, extremadamente cauteloso, en su artículo 6.4, exhorta a los Estados miembros para que sus legislaciones adopten las medidas oportunas para que puedan, junto al negocio jurídico principal, se rescinda los accesorios. Así:

- En caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor.

- También, en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

En cualquier caso, los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito.

8. El Registro de Empresas de Ventas a Distancia.-

Por el artículo 38.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista*, se previó la necesidad de autorización administrativa y la creación del Registro de Empresas de Ventas a Distancia, cuya competencia recayó en el Ministerio de Economía y Hacienda, en concreto a la Dirección

General de Comercio Interior, y no como dicta la norma en el Ministerio de Comercio y Turismo⁷⁴.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista*, artículo 38.2, "La autorización de las ventas a distancia, así como la inscripción de las respectivas empresas en el correspondiente Registro y expedición de credenciales corresponderán al Ministerio de Comercio y Turismo, cuando las propuestas se difundan por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma. El Ministerio de Comercio y Turismo informará a las Comunidades Autónomas de las empresas de venta a distancia registradas".

Por el Real Decreto 1133/1997, de 11 de julio, por el que se regula la autorización de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de venta a Distancia previsto en el artículo 38.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se desarrolla en toda su extensión el citado artículo 38.2.

De acuerdo con esta norma, se compele a todas las empresas cuyo objeto o actividad sea el comercio electrónico a través de la red a inscribirse en el Registro.

El artículo 3 del Real Decreto, especifica la documentación necesaria para la solicitud de autorización e inscripción de las empresas en el Registro.

- Las solicitudes de autorización e inscripción de las empresas en el Registro podrán presentarse en el Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda, (...) o en cualquiera de los lugares que enumera el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

⁷⁴ Real Decreto 1133/1997, de 11 de julio, por el que se regula la autorización de las ventas a distancia y la inscripción en el Registro de empresas de venta a Distancia previsto en el artículo 38.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Preambulo, "(...) Estas funciones deben ser asumidas en la actualidad por el Ministerio de Economía y Hacienda, al que el Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, encomienda las competencias que correspondían al anterior Ministerio de Comercio y Turismo, las cuales serán ejercidas a través de la Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, que fue configurada por el Real Decreto 765/1996, de 7 de mayo. Asimismo el Real Decreto 1884/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, en su artículo 17, f), atribuye a la Dirección General de Comercio Interior las funciones de registro, control y seguimiento de aquellas modalidades de comercialización de carácter especial de ámbito nacional (...)"

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

1. Los que acrediten la existencia y, en su caso, legal constitución de la empresa, su denominación y domicilio, número de identificación fiscal, número e identidad de los establecimientos en los que ejerza o pretenda ejercer la actividad y estructura del órgano de gobierno con identificación, a través del nombre y apellidos o razón social y domicilio, de los administradores.

2. Memoria explicativa de la actividad a realizar, relación de productos o servicios que configuran la oferta comercial, ámbito de actuación, clase o clases de medios de comunicación para transmitir las propuestas de contratación y para recibir la aceptación de los clientes.

3. Certificación de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, expedida en los términos previstos en los artículos 7 a 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. Los comerciantes que practiquen este sistema de distribución comercial deberán acreditar que cumplen los requisitos establecidos en las reglamentaciones específicas aplicables a los productos objeto de su comercio.

El artículo 4 determina el procedimiento a seguir para la autorización de la actividad de ventas a distancia y su revocación.

1. A la vista de la documentación presentada y de las aclaraciones que en relación con ella se estime necesario recabar, la Dirección General de Comercio Interior resolverá, en el plazo máximo de un mes, sobre la solicitud. De otorgarse la autorización, se inscribirá de oficio la empresa en el Registro, que expedirá la oportuna credencial. Se entenderá otorgada dicha autorización si no se hubiera dictado resolución expresa en dicho plazo.

2. Podrá revocarse la autorización de la actividad por incumplimiento sobrevenido de los requisitos establecidos en el artículo 3 o por pérdida de los mismos o por cese en la actividad de la empresa.

En caso de denegación de la autorización, se establece en el artículo 6, la posibilidad de recurso. Así, contra la resolución denegatoria de autorización de la actividad de ventas a distancia e inscripción de las empresas en el Registro, podrá interponerse recurso ordinario ante el Secretario de Estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, en el plazo de un mes.

Las obligaciones de las empresas inscritas en el Registro se disponen en el artículo 5.

Las empresas de ventas a distancia inscritas en el Registro deberán comunicar, en el plazo de tres meses desde que se produzca cualquier alteración de los datos que sirvieron de base para la concesión de la autorización de la actividad y su posterior inscripción, y especialmente los siguientes:

1. Los que afecten a la naturaleza de la empresa o signifiquen cambio de su objeto, orientación o actividad de venta.
2. Las modificaciones en la composición y estructura de sus órganos de gobierno, y los datos de identificación correspondientes, en su caso, de los nuevos administradores.
3. Los cambios de domicilio social y la apertura o cierre de establecimientos.

Capítulo Cuarto
La Factura Telemática.

Capítulo Cuarto. La Factura Telemática.

Sumario: (1). La Factura Telemática; (1.1). Conceptos; (1.2). Obligación de expedir facturas de empresarios y profesionales; (1.3). Sustitución del formato papel; (1.4). Solicitud para la autorización de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos; (1.5). Adhesión de los usuarios a un sistema implantado; (2). Obligaciones del Empresario o Profesional Emisor y Receptor; (3). Obligaciones del Promotor en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática; (4). Obligaciones del Usuario en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática; (5). Obligaciones de los Prestadores de Servicios Informáticos en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática.

1. La Factura Telemática.-

1.1. Conceptos.-

El artículo 9 bis.5, del *Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales*, afirma que lo dispuesto en el artículo citado no será de aplicación en tanto no se dicten por el Ministerio de Economía y Hacienda las correspondientes normas de aplicación del mismo.

El Ministerio de Economía y Hacienda publicó la *Orden de 22 de Marzo de 1996 por la que se dictan las normas de aplicación del sistema de facturación telemática*.

El artículo 1º de la *Orden Ministerial*, se refiere al concepto y demás definiciones, el cual reproducimos íntegramente.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 1, "Primero. Conceptos y definiciones.

Uno. Factura electrónica.-

Se entenderá por factura electrónica un conjunto de registros lógicos, almacenados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos, que documentan las operaciones empresariales o profesionales, con los requisitos exigidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre. En las líneas de las facturas electrónicas, que en todo caso deberán respetar los mencionados requisitos, podrán sustituirse las descripciones de los bienes o servicios que constituyan el objeto de las operaciones facturadas por sus correspondientes códigos estables.

Se entiende por códigos estables aquellos códigos alfanuméricos que identifican de forma única e inequívoca, entre otros, los bienes, servicios, lugares, personas, etcétera, cuya información se transmite a través de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos y que tienen un carácter de permanencia en su aplicación, y con idéntico significado para cualquier usuario del sistema. Las listas de códigos estables y la descripción de los mismos deberán constar en tablas históricas que puedan ser utilizadas automáticamente por los programas de los usuarios para el tratamiento de los ficheros producidos.

Dos. Sistemas de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

A los efectos de la presente Orden, se entenderá por sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, aquel sistema en el que intervienen un promotor del mismo, uno o más centros servidores, los usuarios del sistema y, en su caso, los prestadores de servicios informáticos, con la finalidad de efectuar intercambios de facturas por medios electrónicos conforme a las especificaciones definidas por la presente Orden y la normativa que se dicte en desarrollo de la misma.

Los sistemas que operen con varios centros servidores deberán adoptar un único estándar de normas de intercambio electrónico de datos, de

manera tal que se respeten íntegramente los formatos físicos y lógicos de los documentos intercambiados entre emisor y receptor. Asimismo, deberán especificarse los mecanismos de intercambio entre centros servidores que aseguren la continuidad del control definido en esta Orden.

Tres. Promotor de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Tendrán tal consideración los empresarios, profesionales, o sus agrupaciones, que sean titulares de la autorización de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, conforme al artículo 9 bis, punto 2, del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre.

Cuatro. Usuarios de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Se consideran como tales a los empresarios, profesionales o sus agrupaciones que sean autorizados a operar en cualquiera de los sistemas definidos en esta Orden, conforme al párrafo 5 del artículo 9 bis, punto 2, del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre.

Cinco. Centro servidor de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Se entiende por tal el prestador del servicio de teletransmisión o asimilado que asegura la transparencia e integridad de los datos transmitidos entre usuarios o partícipes del mismo, al que se refiere el artículo 9 bis, punto 4, del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre.

Seis. Prestador de Servicios Informáticos.-

Se entiende por tal, a los efectos de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, a los empresarios, profesionales o sus agrupaciones que desarrollen o comercialicen programas o equipos suministrados a uno de dichos sistemas".

1.2. Obligación de expedir facturas de empresarios y profesionales.-

De acuerdo con el artículo 7, del *Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales*, tanto los empresarios como los profesionales, tienen el deber de expedir facturas y conservarlas dentro del periodo de tiempo en que prescriban las deudas tributarias.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 7.1, "Los empresarios y profesionales están obligados a conservar las copias de las facturas o documentos que las sustituyan, expedidas por ellos o por su cuenta durante el periodo de prescripción del derecho de la administración para determinar las deudas tributarias afectadas por las operaciones correspondientes".

1.3. Sustitución del formato papel.-

La factura formato papel, podrá sustituirse por películas microfilmadas o soportes magnéticos, siempre y cuando contengan todos los datos obligatorios.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 7.2, "La obligación a que se refiere el párrafo anterior podrá sustituirse por la utilización de películas microfilmadas o soportes magnéticos que contengan todos los datos de dichos documentos".

La admisión en nuestro Ordenamiento de la factura telemática, se debe al apartado 2º, del artículo 88.2 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido, el cual admite la posibilidad de repercusión del impuesto mediante factura por vía telemática en las condiciones y requisitos que se determinen reglamentariamente.

Ley 37/1992 del Impuesto del Valor Añadido, artículo 88.2, "La repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento

análogo, que podrán emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente".

Del mismo modo, el artículo 9bis, del citado Real Decreto 2402/1985, admite el uso de la factura telemática, otorgándole igual validez que las facturas originales siempre y cuando la factura original y la telemática sean idénticas.

La Administración se reserva el derecho a obligar a los empresarios y profesionales, a hacer que las facturas sean transformadas, con los medios apropiados, a un lenguaje legible, así como en formato papel.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 9bis.1, "Las facturas transmitidas por vía telemática a que se refiere el artículo 88, apartado dos, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, tendrán la misma validez que las facturas originales.

La información contenida en la factura emitida y recibida debe ser idéntica.

La Administración tributaria podrá exigir en cualquier momento al empresario o profesional emisor o receptor su transformación en lenguaje legible, así como su emisión en soporte de papel".

1.4. Solicitud para la autorización de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Los empresarios y profesionales que quieran usar el sistema de facturación telemática, deberán de solicitarlo ante la Administración Tributaria, junto con el

sistema de transmisión a distancia que se vaya a utilizar⁷⁵. La Administración resolverá en el plazo de seis meses, pudiendo hacer las comprobaciones que estime necesarias. En cualquier caso, concedida la solicitud, se deberá comunicar

⁷⁵ Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 3, "Características técnicas de los soportes Informáticos. Las características técnicas que deben cumplir los soportes informáticos para la conservación de datos relativos a las facturas electrónicas emitidas en los sistemas de intercambio de facturación por medios telemáticos, deberán ajustarse a lo dispuesto en el anexo I.

Anexo I. "Características técnicas que deben cumplir los soportes informáticos, para la conservación de datos relativos a las facturas electrónicas emitidas en los sistemas de intercambio de facturación por medios telemáticos.

Los ficheros generados o recibidos por los promotores, usuarios y centros servidores, en su caso, que intervienen en un sistema de facturación por medios telemáticos definidos por la Orden ministerial y que deban ser conservados, se ajustarán a las siguientes características técnicas: a) Cinta magnética:

Pistas: 9.

Densidad: 1.600 ó 6.250 BPI.

Código: EBCDIC ó ASCII en mayúsculas con campos numéricos no empaquetados, sin caracteres de control o tabulación.

Etiquetas: Sin etiquetas.

Marcas: Sin marca en principio de cinta y con marca de fin de fichero y fin de cinta. b) Disquetes:

De 3 1/2" doble cara. Doble densidad. 720 KB. Sistema operativo MS-DOS.

De 3 1/2" doble cara. Alta densidad. 1,44 MB. Sistema operativo MS-DOS.

Código ASCII en mayúsculas, con campos numéricos no empaquetados, con terminadores de registro, hexadecimal 0D 0A, y sin otros caracteres de control o tabulación.

Los campos numéricos deberán estar justificados por la derecha y los alfanuméricos por la izquierda.

El soporte magnético deberá tener una etiqueta adherida en el exterior en la que se harán constar los datos que se especifican a continuación y necesariamente, por el mismo orden:

1) NIF del emisor o receptor del fichero según corresponda.

2) Apellidos y nombre o razón social.

3) Nombre de los ficheros contenidos en el soporte.

4) Número total de registros que contiene el soporte.

5) Densidad del soporte: 1.600 ó 6.250 BPI para el caso de cintas, y 720 KB o 1,44 MB en el caso de los disquetes de 3 1/2".

En el supuesto de que el archivo conste de más de un soporte magnético, todos llevarán su etiqueta numerada secuencialmente: 1/n, 2/n, ... n/n, siendo n el número total de soportes. En la etiqueta del segundo y sucesivos soportes solo será necesario consignar los datos indicados en los números uno, dos y tres anteriores.

c) Otros soportes legibles por medios electrónicos: Si las características de los equipos no permiten ajustarse a las especificaciones técnicas exigidas, deberán dirigirse por escrito al Director del Departamento de

a la Administración Tributaria el inicio de las operaciones con una anticipación mínima de treinta días.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 9bis.2, "Los empresarios o profesionales o sus agrupaciones, que deseen utilizar el sistema de facturación telemática deberán solicitarlo a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, indicando los elementos que permitan comprobar que el sistema de transmisión a distancia propuesto cumple las condiciones exigidas en este artículo.

La Agencia Estatal resolverá sobre la solicitud en el plazo de los seis meses siguientes a su recepción, sin perjuicio del requerimiento de cuantos datos o nuevas informaciones resulten necesarios para la resolución del expediente, en cuyo caso se interrumpirá dicho plazo.

Las modificaciones del sistema autorizado deberán comunicarse previamente a la Agencia Estatal, entendiéndose aceptadas si no se deniegan en el plazo de los seis meses siguientes.

Durante la tramitación de la solicitud inicial o de la modificación del sistema, el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal podrá realizar controles en el establecimiento del emisor, del receptor o del prestador del servicio de teletransmisión.

Una vez autorizado el sistema, los interesados presentarán a la Administración tributaria una declaración de inicio de su uso con una anticipación mínima de treinta días a su puesta en servicio.

El escrito de solicitud necesariamente ha de contener, de acuerdo con el artículo 4.1 de la *Orden Ministerial de 22 de Marzo de 1996*, lo siguiente:

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 2.1, "Procedimiento de autorización de la implantación o modificación de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.

Uno. Solicitud.-

Los interesados en promover la implantación de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, o la modificación de uno ya autorizado, deberán dirigir un escrito de solicitud al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Dicha solicitud podrá ser presentada ante la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que corresponda por razón del domicilio del promotor.

Dos. Documentación a aportar.-

Deberá adjuntarse al escrito de solicitud una memoria detallada con el siguiente contenido mínimo:

a) Motivación de la solicitud, con especial referencia a las razones que aconsejan la implantación de un sistema de intercambio de facturación a través de medios telemáticos en el colectivo de contribuyentes afectado.

b) Estatutos que regulan las relaciones a establecer entre todos los participantes del sistema.

c) Estudio económico con estimación de las ventajas que la implantación del sistema representa.

d) Descripción general del sistema y de los estándares de intercambio propuestos.

e) Configuración física y lógica del sistema incluyendo:

- Protocolos de comunicaciones.

- Formatos o estructuras de ficheros a transmitir y conservar por los usuarios.

- Análisis orgánicos y funcionales de los programas relacionados con la facturación electrónica con indicación de los lenguajes de programación utilizados.

- Programas suministrados a los usuarios, fuentes y ejecutables, por el promotor o los centros servidores.

- Tablas completas de codificación de mensajes, incluidos los de error de las comunicaciones.

f) Descripción de las medidas de seguridad incorporadas en los centros servidores, así como de las fórmulas o mecanismos que aseguran la integridad y exactitud de la información transmitida. g) Características técnicas y especificaciones en general de las opciones de entornos de usuarios aceptados por el promotor, tanto de equipos como de programas, así como los manuales de usuario y de explotación correspondientes.

h) Modelo de contrato de adhesión al sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos y sus anexos, que como mínimo deberá identificar a las partes contratantes, código de usuario, fecha de inicio de las operaciones, compromiso explícito por parte del promotor de haber comunicado las especificaciones jurídicas y técnicas autorizadas al sistema, así como de informar al usuario de cuantas modificaciones se produzcan y su reconocimiento y aceptación expresa por parte del usuario.

Asimismo, deberá definir de forma precisa la identificación temporal de los momentos de emisión y recepción, el cifrado, en su caso, normas de seguridad, de aceptación, y de tratamiento de excepciones, entre otras la repudiación, la modificación y la anulación de documentos.

i) Acreditación del cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos por la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre.

j) Identificación de los centros servidores del sistema.

A petición de la Inspección de los Tributos, se aportará cualquier otro tipo de información y documentación adicional necesaria para la resolución del expediente.

Tres. Modificación de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Cualquier alteración en las especificaciones técnicas de un sistema, así como los supuestos de sucesión, fusión, absorción o

transformación del promotor, o cualquier otra variación que implique cambio en la titularidad de la actividad del mismo, se considerarán modificaciones y deberán ser autorizadas siguiendo el procedimiento establecido en este apartado.

Toda vez que se hubiese concedido la autorización, o con anterioridad, la Administración tributaria podrá comprobar que el sistema de transmisión cumple las condiciones exigidas en la autorización, mediante las operaciones técnicas necesarias para constatar su fiabilidad, recogiendo su resultado en diligencias, y en caso desfavorable, autorizando la suspensión de la autorización de facturación telemática.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 9bis.4, "La Administración tributaria podrá comprobar en cualquier momento en los locales de los empresarios y profesionales autorizados, así como de los prestadores del servicio de teletransmisión que el sistema cumple las condiciones exigidas en la autorización, mediante las operaciones técnicas necesarias para constatar su fiabilidad.

El resultado de la comprobación se recogerá en diligencias, haciéndose constar la conformidad del sistema o el incumplimiento de las condiciones exigidas.

Sin perjuicio de la incoación del expediente sancionador que, en su caso, proceda, la negativa a permitir el acceso a los locales o la resistencia u obstrucción a la realización de los controles determinarán la caducidad automática de la autorización. El incumplimiento de las condiciones establecidas para el funcionamiento de los sistemas telemáticos, determinará la suspensión de la autorización, concediéndose al interesado un plazo de tres meses para que regularice la situación, produciéndose, en otro caso, la caducidad de la autorización del sistema de facturación telemática".

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 4.4, "Resolución de las solicitudes de autorización de la implantación o de modificación de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

Previamente a la concesión de la autorización, podrán realizarse, tanto en el establecimiento del emisor como en el del receptor o en el de los prestadores del servicio de teletransmisión, los controles pertinentes conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9 bis, punto 2, del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre".

La Administración Tributaria necesariamente habrá de resolver en el plazo de seis meses desde la fecha de solicitud, interrumpiéndose el mismo, por las diligencias de comprobación que realice el Organismo administrativo, y considerando el silencio administrativo como positivo. En cualquier caso, la decisión del Organismo administrativo será recurrible en vía económico-administrativa.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 9bis.2, "(...) La Agencia Estatal resolverá sobre la solicitud en el plazo de los seis meses siguientes a su recepción (...)".

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 4.4 "El Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria resolverá de forma expresa, en el plazo de seis meses, las solicitudes de autorización y modificación. El mencionado plazo se interrumpirá por el requerimiento al promotor de cuantos datos o nuevas informaciones resulten necesarias para la resolución del expediente.

La solicitud de modificaciones de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos se entenderá aceptada si no se deniega en el plazo de seis meses.

Las resoluciones dictadas por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria serán reclamables en vía económico-administrativa, previo recurso de reposición, si el interesado decidiera interponerlo".

Serán causas de denegación de la solicitud conforme al artículo 4.4, de la citada Orden.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 4.4 "Serán causas de denegación de la autorización el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, en esta Orden, y en las Resoluciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que la desarrollen y, en particular:

a) La falta de colaboración con la Inspección de los Tributos respecto a la comprobación del cumplimiento de los requisitos fijados para el establecimiento del sistema.

b) La carencia de medidas de seguridad suficientes que permitan garantizar la existencia, exactitud e integridad de las comunicaciones y su correcta transmisión, o en caso contrario, la conservación adecuada de los mensajes de error conformes a esta Orden.

c) La inexistencia de programas y ficheros de datos necesarios que permitan la reconstrucción completa del camino de auditoría del sistema.

d) La falta de procedimientos y controles que aseguren la conservación del contenido original, y en el orden cronológico, de la información que está obligado a tener a disposición de la Administración Tributaria durante el período de prescripción.

El Ministerio de Economía y Hacienda, en concreto, el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, llevará un registro de las autorizaciones de implantación, así como de sus modificaciones.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 4.5, "Registro de las autorizaciones de Sistema de Intercambio de Facturación por Medios Telemáticos.-

El Departamento de Inspección Financiera y Tributaria llevará un Registro con el debido detalle de las autorizaciones de implantación, así como de sus modificaciones.

Las modificaciones debidamente autorizadas surtirán los efectos en todos los usuarios o partícipes sin que sea preciso solicitar modificación

por los mismos de forma individualizada. A estos efectos, deberán ser notificados por los promotores del sistema de las referidas modificaciones".

1.5. Adhesión de los usuarios a un sistema implantado.-

Del mismo modo que los promotores, los usuarios que quieran adherirse a un sistema implantado, deberán solicitarlo a la Administración Tributaria, con un mes de antelación a su puesta en servicio y acompañando copia del contrato de adhesión al sistema de intercambio correspondiente. Es condición previa, que el sistema telemático al que se pretende adherir el usuario este autorizado.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 5.1, "Procedimiento de autorización a usuarios de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.

Uno. Solicitud.-

Los empresarios o profesionales o sus agrupaciones que deseen operar como usuarios de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, deberán dirigir una solicitud de autorización al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con una anticipación mínima de treinta días a su puesta en servicio.

La solicitud se acompañará de una copia legitimada del contrato de adhesión al sistema de intercambio correspondiente. En el supuesto de que el sistema dispusiera de varias opciones de conexión al mismo, deberá hacerse mención expresa de la opción elegida. Se efectuarán tantas solicitudes como sistemas a los que se desee adherirse.

Es requisito previo al inicio de este procedimiento, que el sistema de facturación al que se solicita la incorporación haya sido autorizado con anterioridad.

El procedimiento es el mismo, como si se tratara de un promotor, salvo el plazo para autorizar o denegar que se reduce a un mes.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 5.2, "Resolución de las solicitudes de autorización de usuarios de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.-

El Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria resolverá sobre las solicitudes de autorización recibidas, en el plazo de un mes desde su recepción, sin perjuicio del requerimiento al usuario de cuantos datos o nuevas informaciones resulten necesarias para la resolución del expediente de autorización, en cuyo caso se interrumpirá dicho plazo.

Transcurridos los plazos señalados anteriormente sin mediar resolución expresa del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, se entenderá concedida la autorización.

Las relaciones de usuarios autorizados se comunicarán al promotor, que las pondrá en conocimiento de los centros servidores, al objeto de que procedan a la conservación de los datos de control conforme a lo dispuesto en esta Orden.

Las resoluciones dictadas por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria serán reclamables en vía económico-administrativa, previo el recurso de reposición, si el interesado decidiera interponerlo (...)".

Causas de denegación:

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 5.2, "(...) Será causa de denegación de la autorización el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones establecidas en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, en esta Orden, y en las Resoluciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que la desarrollen, y en particular:

- a) La falta de aportación de la información solicitada.
- b) La falta de colaboración con la Inspección de los Tributos respecto a la comprobación del cumplimiento de los requisitos fijados para el establecimiento del sistema.

c) El incumplimiento de los requisitos derivados de las especificaciones jurídicas y técnicas contenidas en el expediente de autorización del sistema al que solicita su adhesión.

d) La falta de procedimientos y controles que aseguren la conservación del contenido original y, en el orden cronológico, de la información que está obligado a tener a disposición de la Administración Tributaria durante el período de prescripción. Así como la inexistencia de programas y ficheros de datos necesarios que permitan la reconstrucción completa del camino de auditoría del usuario.

Del mismo modo, que con los promotores, la Administración Tributaria llevará un registro de autorizaciones de usuarios.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 5.3, "Registro de las autorizaciones de usuarios.-

El Departamento de Inspección Financiera y Tributaria llevará un registro con el debido detalle de las autorizaciones concedidas".

2. Obligaciones del Empresario o Profesional Emisor y Receptor.-

Los empresarios o profesionales, tanto si son emisores, como receptores de facturas telemáticas, están obligados a conservar las facturas en original y orden cronológico, así como en soporte papel una lista secuencial de los mensajes tanto emitidos como recibidos y las eventualidades que se hubiesen presentado durante los plazos referidos en el Real Decreto.

Real Decreto 2402/1985, de 18 de Diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, artículo 9bis.3, "Las facturas deben conservarse con su contenido original y en el orden cronológico de su emisión por el empresario o profesional emisor y de su recepción por el empresario o profesional receptor, en los plazos y condiciones fijados por este Real Decreto. Sólo deberán conservarse en soporte papel, durante los plazos señalados, una lista

secuencial de los mensajes emitidos y recibidos y de correcciones o anomalías eventuales.

Además de la obligación de conservación expuesta, los empresarios y profesionales, están obligados a conservar los siguientes ficheros y documentos.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 9, "(...) Los empresarios, profesionales o sus agrupaciones que lleven por medios informáticos sus libros, facturación o registros fiscalmente exigibles, deberán conservar en soporte magnético u óptico, durante el período de prescripción, además, los ficheros y documentos siguientes:

a) Ficheros de datos, tanto históricos como maestros generados por sus aplicaciones informáticas y de los que se deriven los libros a diligenciar.

b) Ficheros de los programas fuentes, con los cuales se procesan los ficheros de datos anteriores.

c) Todos aquellos ficheros, programas y documentación necesarios que permitan la reconstrucción total del camino de auditoría informática del sistema de información del contribuyente u obligado tributario.

En los supuestos en los que el desarrollo y mantenimiento del sistema informático se haya efectuado por un prestador de servicios informáticos externo, el obligado tributario deberá adoptar las medidas necesarias que garanticen la colaboración de dicho prestador, para atender las pruebas auditoras referidas en el párrafo anterior".

3. Obligaciones del Promotor en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática.-

Con carácter general, el Promotor de un sistema de intercambio de facturación telemática es responsable del control de cumplimiento de las condiciones y requisitos establecido en la *Orden de 22 de Marzo de 1996* y demás normas que se dicten.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 6.1, "Obligaciones del promotor de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.

Uno. Obligaciones.-

El promotor es responsable de la adopción de los controles suficientes para asegurar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en esta Orden, en las resoluciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que se dicten en desarrollo de la misma, así como en el expediente de autorización, (...)"

Es también responsable, con arreglo al texto de la Orden, de las siguientes acciones:

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 6.1, "(...) y, asimismo, estará obligado a:

a) Facilitar a la Inspección de los Tributos el acceso a sus instalaciones y a proporcionar todo tipo de datos, antecedentes y justificantes, incluidos los registrados en soportes electrónicos, y permitir la obtención de copias y la realización de las pruebas necesarias para verificar si el sistema ajusta sus especificaciones a los requerimientos administrativos. Asimismo, deberá facilitar los documentos y pruebas de auditoría informática que, en su caso, se realicen sobre el sistema por auditores externos.

b) Conservar, durante el período de prescripción del derecho de la Administración para determinar las deudas tributarias afectadas por las operaciones correspondientes, un fichero histórico de los usuarios del sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos gestionado con indicación de su fecha de alta y baja, en su caso, así como razón social, número de identificación fiscal y código interno de usuario. Copia de este fichero será presentada ante el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria con carácter anual durante el mes de enero de cada año.

c) Disponer, en los centros servidores, de los debidos procedimientos y controles que aseguren la conservación del contenido

original, en orden cronológico, de la información que está obligado a tener a disposición de la Administración Tributaria durante el período de prescripción.

d) Conservar durante el mismo período un diario por el método de partida doble de la actividad de cada centro servidor, en el que figuren debidamente saldadas, a nivel de cada transmisión, las facturas recibidas con las imputaciones realizadas en la recepción, y las facturas transmitidas con sus respectivos orígenes en la emisión de cada centro servidor. Los asientos incorporarán como referencia obligatoria un número interno y seriado de operación.

El contenido del diario mencionado en el párrafo anterior se conservará en soporte magnético u óptico, con las características que se desarrollan en el anexo II de la presente Orden⁷⁶.

e) En los supuestos de intercambio de facturas electrónicas con mediación de más de un centro servidor, será obligatoria la información

⁷⁶ Orden de 22 de Marzo de 1996, Anexo II, "Contenido del diario a conservar en soporte magnético u óptico por el promotor.

En la partida:

- Número interno seriado de operación, tomando el número 1 la primera comunicación del año, sin rupturas.
- Identificación del tipo de comunicación, si se trata de recepción o emisión ordinaria o de autofacturación.
- Código de centro servidor interlocutor.
- Código de usuario emisor o receptor.
- Número de comunicación, seriado para cada usuario, tomando el número 1 la primera comunicación del año, sin rupturas. Este número lo proporcionará el sistema de control del centro servidor. Fecha y hora de inicio de la transmisión.
- Tiempo de la transmisión.
- Bytes transmitidos.
- Número de facturas transmitidas.
- Código de conformidad de la transmisión.

En las contrapartidas:

- Referencia que contendrá el número interno de la partida de origen de la imputación.
- Código de centro servidor interlocutor.
- Código de usuario imputado, receptor o emisor.
- Número de facturas imputadas.

relativa al código de centro servidor interlocutor de origen o destino de la información en el diario antes mencionado.

f) El promotor deberá conservar separadamente, durante el período de prescripción, el diario histórico de los mensajes de incidencias que se produzcan, que contendrá información suficiente que permita identificar a los usuarios afectados, día y hora de la transmisión e identificación de la incidencia ocurrida, así como del documento en el que se originó.

En los casos de incidencias o anomalías en la transmisión, se realizarán los asientos de ajustes que procedan conforme al diario histórico de mensajes de incidencia.

g) Notificar a los usuarios del sistema todas las modificaciones debidamente autorizadas, así como los supuestos de suspensión o caducidad.

h) Comunicar al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria los casos de cese y cualquier cambio en la titularidad de la actividad por el promotor. La comunicación deberá efectuarse mediante un escrito dirigido al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, haciendo constar las circunstancias de dicho cese o cambio, la fecha del mismo y, en su caso, la identificación de la persona o entidad que vaya a sucederle en la actividad del promotor. Dicho escrito deberá presentarse en el plazo máximo de los treinta días naturales siguientes a la fecha del cese".

En el caso de que el centro servidor del sistema sea ajeno al promotor, el responsable de éste, responderá de las obligaciones impuestas al promotor de la misma forma que éste.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 6.2, "Responsabilidad en el caso de centros servidores ajenos al promotor.-

En el caso de que los centros servidores del sistema sean ajenos al promotor, las obligaciones anteriores también serán exigibles a los mismos".

4. Obligaciones del Usuario en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática.-

Las obligaciones del usuario son básicamente: la de conservación de las facturas, tanto transmitidas como recibidas, en un soporte magnético u óptico; hacer copias de los mismos como medida de seguridad; e imprimir en soporte papel toda vez que le sea solicitado.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 7, "Obligaciones del usuario de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.

Cualquier usuario autorizado a operar en un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos estará obligado a:

a) Conservar de forma adecuada, en soporte magnético u óptico y en el mismo orden de transmisión o recepción, e íntegramente, los ficheros de facturas transmitidos y recibidos.

Los ficheros aludidos deberán contener la información con el detalle recogido en el concepto de factura electrónica y con el desglose exigido por el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, y deberán conservarse de forma separada del resto de los demás documentos transmitidos o recibidos telemáticamente, cuya conservación viene genéricamente recogida por el artículo 30 del Código de Comercio.

Las facturas emitidas e intercambiadas a través del sistema desarrollado en esta Orden, podrán figurar en serie distinta de aquellas que existan para las facturas ordinarias emitidas en soporte papel.

b) Adoptar las medidas de seguridad necesarias, tales como doble copia, grabación periódica, o cualquier otra que, técnicamente, permita garantizar la lectura y recuperación de los datos que deba conservar durante el período de prescripción al objeto de facilitar su visualización en pantalla, su impresión en soporte papel o copia en soporte magnético a petición de la Inspección de los Tributos.

Los soportes aludidos deberán respetar las características reguladas en el anexo I de la presente Orden.

c) Conservar un listado recapitulativo en soporte magnético u óptico y en papel, por cada transmisión efectuada o recibida; opcionalmente, podrán integrarse en un listado resumen diario todas las transmisiones efectuadas en el mismo día, conservando el orden de transmisión, con carácter secuencial y con la estructura que se define en el anexo III⁷⁷.

Los listados recapitulativos se conservarán en orden cronológico, con la debida separación de facturas emitidas y facturas recibidas, generando dos libros, para cuya llevanza se estará a lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre. Esta obligación se entiende sin perjuicio de la de anotar simultáneamente en el Libro-Registro correspondiente el resto de la facturación emitida y recibida.

d) El usuario que asigne códigos estables deberá realizar la correcta descripción de los mismos, de forma que permita su identificación biunívoca e inequívoca.

⁷⁷ Orden de 22 de Marzo de 1996, Anexo III, "Estructura del listado resumen a conservar por los usuarios.

Cabecera de listado:

- Versión y opción del sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos.
- Fecha de la transmisión.
- Líneas del listado, una por factura:
- Número de la comunicación.
- Hora de inicio de la transmisión de datos.
- Número de factura.
- Fecha de factura.
- Código del centro servidor interlocutor.
- Código del emisor o destinatario de la factura según proceda. Número de líneas de la factura.
- Importe bruto de la factura.
- Minoraciones del importe bruto.
- Incrementos del importe bruto.
- Subvenciones vinculadas al precio.
- Bases impositivas.
- Cuotas resultantes.
- Importe íntegro de la factura.

Pie del listado: Contendrá los totales de los campos numéricos que componen las líneas del listado.

Todos los usuarios del sistema deberán asegurarse de la exactitud y estabilidad de las descripciones de los códigos utilizados, así como conservar las tablas históricas de los mismos durante el período de prescripción.

e) Facilitar a la Inspección de los Tributos el acceso a sus instalaciones, la realización de las pruebas que se estimen necesarias y la obtención de copias de los datos en papel o soporte magnético u óptico, de todos o parte de los ficheros originales, incluidas las tablas de códigos estables. Igualmente deberá ordenar cualquier proceso informático que le sea requerido sobre los mencionados ficheros y cuantos documentos sean necesarios, al objeto de facilitar el control del sistema y la propia situación fiscal del contribuyente inspeccionado.

f) A petición expresa de cualquier cliente o parte interesada, imprimir las facturas que le sean solicitadas en soporte papel".

5. Obligaciones de los Prestadores de Servicios Informáticos en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática.-

Los prestadores de servicios informáticos están fundamentalmente obligados a colaborar con la Administración, en especial, con la Inspección de los Tributos, además de generar los programas informáticos de acuerdo con las especificaciones legales.

Orden de 22 de Marzo de 1996, artículo 8, "Obligaciones de los prestadores de servicios informáticos.

Los prestadores de servicios informáticos estarán obligados a colaborar con la Inspección de los Tributos en la realización de los controles fiscales sobre promotores, centros servidores o usuarios de cualquiera de los sistemas de intercambio de facturación por medios telemáticos autorizados, debiendo aportar a requerimiento de ésta cuanta información sea precisa incluyendo documentación de análisis, copias de programas fuentes y

ejecutables, a los solos efectos de la función inspectora y de control del sistema.

Los programas informáticos que realicen la generación de las facturas electrónicas, los que gestionen las comunicaciones entre sistemas y los que realicen su consulta, impresión y visualización, deberán respetar íntegramente el contenido de los ficheros conforme a las especificaciones del sistema al cual se destinen y generar los estados que se definen en soporte papel".

Capítulo Quinto
La Prueba Documental Electrónica (I).

Capítulo Quinto. La Prueba Documental Electrónica (I).

Sumario: (1). Historia, Prueba, Documentos y Documento Electrónico; (2). Concepto de Documento; (3). El Documento Electrónico: ¿Es un Documento?; (4). Naturaleza Jurídica *Ad Probationem*; (5). Marco Legal; (6). La Prueba Documental Electrónica; (7). Elementos que Configuran la Prueba Documental Electrónica; (7.1). Autoría y Suscripción; (7.2). Autenticidad Documental y Seguridad Informática; (7.3). La *Criptografía*; (7.4). La Firma Digital; (7.5). Los Certificados Digitales y Autoridad de Certificación; (8). Prueba Documental Electrónica: ¿Pública o Privada?; (9). Eficacia Jurídica de las Pruebas; (10). Autenticidad Documental y Eficacia Probatoria; (11). Autenticidad y Falsedad Documental.

1. Historia, Prueba, Documentos y Documento Electrónico.-

La acción de probar, lo que se denomina prueba, "es el procedimiento de verificación de una afirmación (*hecho afirmado*)"⁷⁸, según la definición de Carnelutti (*prueba material*), la cual se dirige siempre a suscitar en la mente del

⁷⁸ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, Traducido por Alcalá-Zamora, N., y Sentís Melendo, S., con las adiciones al derecho español por Alcalá-Zamora, N., Buenos Aires 1944, pág. 399.

- "*Convicción psicológica del juzgador*", en Guasp, J., "*La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*", Revista de la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, VI (1945), pág. 25.

destinatario (*juez u otra persona*) una imagen (*prueba formal*), una representación de la existencia del hecho⁷⁹.

Esta acción de probar corresponde a quién realiza la afirmación, no a quién la niega según el principio *affirmantis est probare*⁸⁰.

Es el instrumento fundamental, no tanto del proceso como del derecho en general, por que sin las pruebas el derecho no conseguiría su objeto, o como dice Pirenne: "*toute la organization juridique de la vie repose sur le mode de preuve*"⁸¹.

Esta es la razón por la cual, el tema probatorio sea tanto una cuestión de derecho material como de derecho procesal⁸². Aunque, a juicio de Guasp, la prueba de derecho material o civil, no tiene identidad de esencia respecto a la prueba procesal o formal⁸³.

La justificación de la existencia de una prueba civil radica en que el derecho actúa por medio de las pretensiones de su titular que, aún antes de que se origine controversia alguna, se exige continuamente la verificación de las mismas. Por este motivo, la institución de la prueba, ha de presentarse como perteneciente tanto al derecho material como al derecho procesal y en los Ordenamientos jurídicos modernos aparece regulada tanto en los Códigos civiles como en los de procedimiento⁸⁴.

⁷⁹ Calamandrei, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Traducción de Sentís Melendo, S., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1945, pág. 378.

⁸⁰ Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, pág. 327.

⁸¹ Pirenne, J. "*La preuve dans la civilisation de l'Egypte antique*", Recueils de la Société Jean Bodin XVI (1964), pág. 23.

⁸² Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 398 y 399.

⁸³ Guasp, J., "*La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*", loc. cit., págs. 26 y 27.

⁸⁴ El documento y la prueba documental se hallan regulados en la legislación española nada menos que en cinco cuerpos legales: el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, la Ley del Notariado y su Reglamento, Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona 1985, pág. 706.

Existe pues, una *prueba procesal o judicial*, y una *prueba material*⁸⁵. Es en ésta última, donde puede justificarse la utilización inmemorial de documentos con finalidad probatoria.

¿Porqué se documentan las relaciones jurídicas?, ¿se piensa en un proceso cuando se realizan compraventas en internet o el testamento ante un notario?, creemos que no.

El documento es un buen medio de prueba judicial, pero sus efectos comienzan con anterioridad al propio proceso, en la vida real, en el tráfico jurídico. Por este motivo, es el derecho sustantivo y no procesal, quién regula su formación.

En su origen, el uso del documento como prueba en cualquier sociedad y tiempo es consecuencia directa del desarrollo social y económico, y su campo de aplicación se concretó, *a priori*, en las relaciones jurídicas extraprocesales.

Cuando las relaciones sociales se hacen complejas -dice Bonnier- "es cuando más se ha reconocido la utilidad de las pruebas exentas de eventualidades de corrupción, de error o de mortalidad, que hacen tan peligroso el uso de la prueba testimonial"⁸⁶.

Después del periodo protohistórico, en plena revolución del conocimiento, las transacciones comerciales comenzaron a ser el eje económico, tal desarrollo tuvo como consecuencia un incremento de los negocios que hacían imposible su contabilización mental. El documento escrito era un buen instrumento de contabilización de las deudas por parte del acreedor, pues permitía representar la obligación misma, relevando al *signo*.

En este sentido, el documento cumplió una doble función, consecuencia una de otra, es su función memoratoria y contable, no exclusivamente judicial.

"Cada templo sumerio disponía, (...), de grandes propiedades territoriales, rebaños, manadas y rentas enormes. Esta riqueza se empleaba y

⁸⁵ Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 322.

⁸⁶ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Traducido y anotado con arreglo al derecho español por Vicente y Caravantes, J., Quinta Edición, Tomo II, Ed. Reus, Madrid 1929, pág. 5.

crecía, ayudando a sus adeptos con anticipos y empréstitos. Los sacerdotes que administraban estos ingresos tenían que dar cuenta a su divino señor del manejo de su propiedad, asegurando la conservación y enriquecimiento de la misma. Ante ellos se planteaba un problema sin precedentes en la historia humana; nunca antes había habido semejante riqueza concentrada bajo un control unitario. Para llevar registro de los tributos del dios y sus transacciones, el sacerdote no se atrevía a confiar en su memoria. No le podía servir artificio mnemotécnico alguno como, por ejemplo, el de hacer nudos en un pañuelo. El sacerdote era individualmente mortal, pero la corporación a la cual pertenecía era inmortal, como el dios al que servía. El sacerdote podía morir antes de que el préstamo fuera pagado a su señor, pero su deber de acreedor exigente sería cumplido por algún colega o sucesor. El ministro del dios debía registrar cuántas tinajas de semilla, y de qué calidad, había entregado como anticipo, lo mismo que el número de ovejas y de crías entregadas a un pastor. Y la transacción tenía que registrarse de tal manera que todo el sacerdocio, y no sólo el propio sacerdote, pudiera interpretar el registro y asegurar al dios su cumplimiento. En suma, la escritura como sistema socialmente reconocido de registro resultó fundamental para llevar satisfactoriamente las cuentas del templo⁸⁷.

El siguiente "*momento*" histórico, fue el nacimiento de la prueba documental pública, tal y como hoy la concebimos. Se debe a los glosadores el mérito de haber creado la moderna teoría acerca de la prueba documental bajo el método escolástico-casuístico sobre las escasas fuentes justinianas. Se atribuyó, por parte de éstos, el máximo valor al documento *quae a tabellione conscribantur*⁸⁸, es decir, al *instrumentum publicum*, al que sólo podría atacarse proponiendo las excepciones materiales de pago, compensación o prescripción, o impugnar el documento por falsedad o pérdida⁸⁹.

⁸⁷ Gordon Childe, V., *Los orígenes de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, Méjico 1954, pág. 239.

⁸⁸ Código de Justiniano 4.21.17, *Lex Contractus*, "(...) sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa (...)".

⁸⁹ Salvioli G., *Storia della procedura civile e criminale*, Vol. III, Parte Prima e Parte Seconda, Storia Diritto Italiano, bajo la dirección de Del Giudice, P., Firenze 1969, págs. 239 y 240.

Hoy en día, estamos aconteciendo al nacimiento de una nueva forma documental: el documento electrónico. Se trata de uno de esos "momentos" históricos, pues su desarrollo va a condicionar toda la teoría documental forjada desde el siglo XIII.

2. Concepto de Documento.-

La palabra documento en su significado etimológico deriva del verbo *doceo* que significa enseñar, mostrar, indicar, es decir, todo aquello de lo que se puede aprender cualquier cosa. Según Guidi, "es el medio a través del cual viene representado un determinado hecho (*acto*)"⁹⁰, y es en su contenido representativo donde encuentra su fundamento. Del mismo modo, para Carnelutti, el documento "es una cosa que sirve para representar a otra (*un hecho*)", pero la representación es siempre obra del hombre, por lo cual, más que una cosa es el resultado de un trabajo, de una actividad, un *opus*, dirigido expresamente a su creación⁹¹.

Tradicionalmente ha correspondido a la ciencia procesal el estudio e indagación acerca del concepto de documento, pues es donde se ha entendido encontrar su campo de aplicación. El documento ha sido considerado por los procesalistas como medio para la búsqueda de la verdad de hecho como fundamento de la pretensión de la parte. Y se ha estudiado como prueba documental en comparación con la prueba testimonial u oral⁹².

Según Schultze, por documento ha de entenderse "todo objeto corporal, el cual presenta indicios de actividad humana dirigida a consignar una noticia a posteriori", el mismo autor, afirma que el término documento presupone la existencia de la escritura como forma, y la declaración de voluntad como contenido. Para Planck, considera como esencial la escritura, es decir, sólo se detiene en el concepto de documento como escrito. Chiovenda, por su parte, considera como esencial el concepto de documento como toda representación

⁹⁰ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, Ed. Giuffrè, Milano 1950, pág. 11.

⁹¹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 414; Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 36.

⁹² Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 17.

material que manifiesta una voluntad, un pensamiento⁹³. Para Heusler, lo importante es que a través del documento venga probado en juicio un hecho relevante en la decisión final de la causa⁹⁴.

El documento jurídico es el signo visible de la declaración de voluntad misma, como medio probatorio, el juez percibe esta declaración por sus sentidos, como si se reprodujera delante de él mismo. De esta manera, se ha querido ver a la prueba documental como una especie de prueba por inspección ocular. Se trata de la teoría de la percepción directa del hecho sobre el documento, defendida por Bähr y Planck para los cuales, el documento es la forma exterior del negocio jurídico mismo, con lo cual, el juez, en el acto de apreciación de la prueba, pronuncia las mismas palabras que debieron ser leídas en el acto de formación del documento⁹⁵.

En España, Guasp se detiene en la naturaleza real del documento y lo considera como "aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del Juez", es decir, asimila documento a *pieza de convicción* penal⁹⁶.

3. El Documento Electrónico: ¿es un Documento?.-

Según Carrascosa López, se define documento electrónico, como aquel que proviene de elaboración electrónica⁹⁷.

Pero, el documento electrónico, ¿es un documento?.

⁹³ Chioventa, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción española de la tercera edición italiana (prólogo y notas) por Casáis y Santaló, J., Tomo II, Ed. Reus, Madrid 1922, pág. 369.

⁹⁴ Citados por Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., págs. 21-25.

⁹⁵ Teoría y autores citados por Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., págs. 37 y 38.

⁹⁶ Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 391; el mismo, "*La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*", loc. cit., págs. 64 y 65.

⁹⁷ Carrascosa López, V., "*Valor probatorio del documento electrónico*", en *Informática y Derecho* 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1995, pág. 155.

Si históricamente el documento ha sido identificado como escrito (*prueba literal*)⁹⁸, sobre todo por la doctrina notarial⁹⁹, en la actualidad, "el concepto de documento trasciende al de simple escrito"¹⁰⁰, o como dice Asís Roig, se ha desarraigado "del concepto tradicional de información incorporada a un soporte físico"¹⁰¹.

Si lo normal es la presentación de escritos como prueba en un proceso, el avance tecnológico, que ha conducido a la tecnificación de las relaciones humanas, ha hecho posible otras formas documentales distintas de los simples escritos.

Por este motivo, el propio concepto se ha ido adaptando a los tiempos, fruto del trabajo doctrinal y jurisprudencial, no así del legislador, ya que, desde que en el derecho de Partidas se diera un concepto de documento, no ha habido norma jurídica alguna que llevara a cabo este cometido.

Partidas 3.18.1, "(...) es testimonio de las cosas pasadas, e aueriguamiento del pleyto sobre que es fecha. (...)".

El documento era la *expresión* de un pensamiento (*es testimonio*), pero había de llegar a constituirse, según Carnelutti, en la *representación* de un pensamiento¹⁰².

Hasta no hace mucho tiempo, existía una necesidad de que por el Ordenamiento jurídico se determinase si procede, o no, la inclusión de elementos de extremado interés probatorio como planos, dibujos técnicos, fotografías, vídeos, cine, cintas magnetofónicas, discos informáticos, etc., entre los

⁹⁸ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 6.

⁹⁹ Bono, J., "*Conceptos fundamentales de la diplomática notarial*", Historia, Instituciones y Documentos XIX (1992), pág. 76.

¹⁰⁰ Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1980, pág. 514.

¹⁰¹ Asís Roig, A. de, "*Documento electrónico en la Administración Pública*", en *Ambito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial XI (1996), Consejo General del Poder Judicial, pág. 144.

¹⁰² Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 414.

- Navarro Hernán, M., *El documento auténtico y la casación civil y penal*, Ed. Montecorvo, Madrid 1977, pág. 73.

"documentos", pues la escritura no es la nota esencial del documento, sino su naturaleza mueble y probatoria, judicial en el proceso, extrajudicial en el tráfico jurídico. El Código Civil italiano si atiende a tal necesidad, admitiendo tales elementos entre los medios probatorios.

Código Civil italiano, artículo 2712, "Le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fotografiche e, in genere, ogni altra rappresentazioni meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate (...)".

Más concretamente, referido al documento electrónico, el Decreto de la Presidencia de la República de 10 de noviembre de 1997, el cual desarrolla el artículo 15.2 de la Ley de 15 de marzo de 1997, establece el régimen de la formación, el archivo y la transmisión del documento informático y telemático.

La doctrina jurisprudencial si ha estimado el concepto amplio de documento, admitiendo en la práctica entre los mismos a los documentos informáticos en su manifestación material como soporte (disquetes).

Sentencia de 19 de abril de 1991, "El concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. Una inspiración ampliatoria late en el art. 560 del C. P. [Código Penal de 1973] al aludir, diferenciadamente, a «papeles o documentos». En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora".

Sentencia de 25 de marzo de 1997, "(...) que se acredite el contenido de una prueba incorporada a los autos y que sea de naturaleza inequívocamente documental o sea que conste sobre un soporte material, que tradicionalmente era un escrito y ahora puede incluir también un vídeo, un film, un diskette u otro documento informático, cuya resultancia sea relevante y trascendente (...)".

Y en su manifestación como fichero informático independientemente de la forma de almacenamiento.

Sentencia de 3 de noviembre de 1997, "Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con transcendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles".

Ha sido paradójicamente, un Código Penal, y a los efectos exclusivos de su aplicación, quién ha legalizado la inclusión de todas estas pruebas reales dentro del concepto de documento, en cuanto sean expresión de un hecho, no su representación, por tanto no es acogida por nuestro Ordenamiento la teoría de la representación, sino la que considera el documento como un objeto mueble (*soporte material*) seguida por Guasp.

Código Penal de 1995, artículo 26, "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica"¹⁰³.

¹⁰³ *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de Noviembre.

A nuestro juicio, este es un concepto global, no exclusivamente penal, pues no existe un concepto civil, penal o procesal de documento, sino uno sólo, el jurídico.

De lo expuesto se desprende que ha habido concepciones diferentes en torno a la naturaleza jurídica del documento.

- Desde su origen hasta el siglo XX, se consideró el documento como escrito (mueble) de naturaleza probatoria (sentido restrictivo).

- En la actualidad se considera al documento como una cosa mueble (escrito y no escrito) probatoria (sentido amplio).

El documento electrónico participa de la naturaleza escrita, pero, ¿y de la corporal?

Habría que volver a preguntarse entonces, ¿es un documento?, o por el contrario, asistimos ante una nueva forma de prueba.

La naturaleza escrita del documento electrónico es innegable, ya sea en su forma denominada "*texto en claro*", es decir legible y entendible, o en su forma "*encriptada*", es decir, con posibilidad de ser leído y entendido mediante un procedimiento informático normalizado.

En el mismo sentido se manifiesta Rouanet Moscardó, al afirmar que "la electrónica debe ser considerada escritura, a todos los efectos, y que, por tanto, el documento electrónico pertenece a la categoría de los documentos en sentido jurídico"¹⁰⁴.

Respecto a su naturaleza corporal, entendemos que hay argumentos suficientes para considerarlo como cosa mueble. En este sentido podemos decir:

1. Que el soporte material del documento electrónico es un disco informático o cualquier otra forma tecnológicamente posible de almacenamiento de información.

¹⁰⁴ Rouanet Moscardó, J., "*Valor probatorio procesal del documento electrónico*", en *Informática y Derecho I*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, pág. 169.

2. Que el contenido puede ser revelado a través de un procedimiento informático normalizado.

3. Que en cualquier caso, puede transformarse en un documento escrito formato papel.

Todas estas razones, nos han hecho considerar al documento electrónico como verdadero documento, y por tanto, participar de la naturaleza jurídica del mismo, de acuerdo con la interpretación auténtica que lo considera como "todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica".

En cualquier caso no es una cuestión pacífica, pues hay autores que no lo consideran documento, como Wonsiak. Y otros por el contrario, lo consideran sin género de dudas. Entre otros, Giannantonio, Vaz Flores, etc.,¹⁰⁵.

En el mismo sentido, Davara con rotundidad afirma "el llamado documento electrónico se encuentra enmarcado en la gran clase de los documentos en el más estricto sentido jurídico y que, como tal, tendrá la misma consideración y validez que cualesquiera otros de los documentos tradicionalmente aceptados y manejados en la actividad jurídica"¹⁰⁶.

4. Naturaleza jurídica *Ad Probationem*.-

El ordenamiento jurídico, de forma directa, puede que subordine la eficacia y validez de un acto jurídico concreto a su formación mediante documento (*ad solemnitatem*), o restringe la posibilidad de presentar prueba que no sea la documental (*ad probationem*)¹⁰⁷. Es decir, hay documentos que únicamente sirven de prueba, es su única función; y por el contrario documentos, que además de servir de prueba, contienen la declaración constitutiva del derecho, cumplen una función en el campo del derecho privado jurídico-constitutiva (*ad solemnitatem*). Ambos documentos cumplen una función *ad probationem*, pero a diferencia de

¹⁰⁵ Carrascosa López, V., "Valor probatorio del documento electrónico", loc. cit., pág. 148.

¹⁰⁶ Davara Rodríguez, M.A., *Manual de Derecho Informático*, op. cit., pág. 355.

¹⁰⁷ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 449.

los estrictamente probatorios, el documento constitutivo prueba el acto jurídico mismo¹⁰⁸.

El documento electrónico, no participa de naturaleza jurídica *ad solemnitatem*, pues no ha sido incorporado como condición de validez en la formación de ninguna relación jurídica.

5. Marco Legal.-

En la actualidad, el documento electrónico es referido en las siguientes normas jurídicas:

Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, artículo 45.1, "La Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes".

Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, artículo 45.5, "Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismo medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes".

Real Decreto 263/1996, de 16 de Febrero, sobre *utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado*. El artículo 3.d, entiende por documento, "entidad

¹⁰⁸ Gomez Orbaneja, E., *La prueba preconstituida*, Anales de la Academia Matritense del Notariado II (1950), pág. 95.

identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de información o usuarios como una unidad diferenciada".

El artículo 27.2, del *Código de Comercio*¹⁰⁹, dice que "será válida la realización de asientos o anotaciones por cualquier procedimiento idóneo"; y el artículo 27.3, "lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará al libro registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas y en comandita por acciones y al libro registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada, que podrán llevarse por medios informáticos, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente".

El artículo 30, del *Reglamento del Registro Mercantil*, afirma la obligación de los Registradores de llevar por procedimientos informáticos y orden alfabético un índice del Registro. Así, "Los Registradores llevarán obligatoriamente, por orden alfabético y mediante procedimientos informáticos, un índice del Registro, en el que se incorporará, al menos, la identificación del sujeto inscrito indicando, en su caso, la denominación social, el domicilio, tomo, folio de inscripción y el número de hoja, así como su número de identificación fiscal".

Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 230.1, "Los Juzgados y tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, y demás leyes que resulten de aplicación"; y el artículo 230.2, "Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales".

¹⁰⁹ Redactado conforme el artículo 2º, de la *Ley 19/1989*, de 25 de Julio, de *Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de Sociedades*.

Código Penal de 1995, artículo 26, "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica"¹¹⁰.

Además de las normas referentes a la factura telemática.

6. La Prueba Documental Electrónica.-

Establecido el concepto y la naturaleza jurídico probatoria de los documentos, vamos a proceder, siguiendo la doctrina tradicional procesalística, a sintetizar los caracteres de este medio probatorio. Según la doctrina mayoritaria, el documento como prueba o prueba documental, y por tanto, el documento electrónico:

a) Es una *prueba racional*.-

Históricamente, hasta el periodo de desarrollo del derecho común, existieron dos géneros de prueba, las *irracionales*, basadas en creencias y supersticiones; y las *racionales*. Ambos géneros coexistieron sin que pudiera predicarse la victoria de uno de ellos, aunque fueron las pruebas racionales (*testigos, documentos*) los medios principales de verificación de los hechos en juicio¹¹¹.

Desde la Baja Edad Media, comenzó a discutirse desde el punto de vista científico por la doctrina romano-canónica, la naturaleza racional o irracional de las pruebas, llegándose a la conclusión según la cual, frente a la irracionalidad de las pruebas religiosas, se proclamó un concepto de prueba como *ratio faciens fidem* en un proceso¹¹².

¹¹⁰ *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de Noviembre.

¹¹¹ Levy, E., "*L'evolution de la preuve des origines a nos jours*", Recueils de la Société Jean Bodin XVII (1965), pág. 37.

¹¹² Levy, E., "*L'evolution de la preuve des origines a nos jours*", loc. cit., pág. 13.

Se asignó este carácter al testimonio y los escritos. Ya desde el tercer milenio antes de nuestra era, el testimonio y el documento, conjunta o separadamente, fueron los modos normales de administración de la prueba, eran los medios comúnmente invocados por los pleiteantes y suficientes para hacer decidir a un juez sobre un caso concreto¹¹³.

Según Scialoja, en cualquier periodo histórico considerado, "las pruebas siguen siendo las mismas (y difícilmente se podrán nunca modificar el tipo general de las pruebas; son cuestión de lógica más bien que de regla de derecho), siendo principalísimas el documento escrito y la prueba testifical"¹¹⁴.

Ahora bien, ¿es el documento electrónico una prueba racional?. Evidentemente sí.

b) Es una *prueba parcial*.-

La prueba, según Furno, tiene como fin "la demostración y control de la certidumbre, con el fin de hacer posible la formulación de un juicio histórico", es decir, la verificación de los hechos pasados que fundamentan una petición¹¹⁵.

En este sentido se pregunta Carnelutti, si el fin de la prueba es la verificación de la pretensión, de la petición en sí, o por el contrario, de las razones que fundamentan esa pretensión, de los hechos. Cuando por el instituto de la prueba, continúa el mismo autor, se acredita la pretensión, implícitamente se están verificando las razones en que se apoya, en este caso, la prueba es *integral*. Por el contrario, los documentos, salvo excepciones, en cuanto verifican las razones de la pretensión, es una prueba *parcial*¹¹⁶.

¹¹³ Boyer, G., "*La preuve dans les anciens droits du Proche-Orient*", Recueils de la Société Jean Bodin XVI (1964), pág. 75.

¹¹⁴ Scialoja, V., *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, Trad. de Sentis Melendo, S., y Ayerra Redin, M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1954, pág. 390.

¹¹⁵ Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, Traducción de González Collado, S., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pág. 143.

¹¹⁶ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 400.

La prueba integral ha sido históricamente admitida en los procesos romanos y germánicos (*iusiurandum in iuro* y el juicio de Dios), y con posterioridad la prueba documental basada en *títulos ejecutivos* y de *crédito*¹¹⁷.

El documento electrónico, es una prueba parcial, pues acredita los hechos.

c) Es una *prueba indirecta* de *naturaleza mueble* y *representativa*.-

La prueba racional, también pueden clasificarse desde el punto de vista del verificador (*juex*) en *directa* o *indirecta*, de esta forma, si los hechos son percibidos por éste, la prueba es directa, ya que proporciona el resultado de la certeza, en otro caso es indirecta, y sólo proporciona la convicción. En la generalidad de las situaciones, la prueba es indirecta, por que entre el sujeto y el objeto (hecho afirmado), se interpone un tercer elemento, el medio de prueba¹¹⁸.

Existen tres categorías de prueba: la que proporcionan los propios litigantes, a través de la *confesión*, el *juramento*, o mediante sus actos que servirán de base para las *presunciones*. Los terceros, a través de su *testimonio*. Y, por último, las *cosas*.

Estas a su vez, se dividen en *inmuebles*, es decir, sin posibilidad de ser desplazadas, siendo ésta la razón por la cual, el verificador ha de presentarse en el sitio donde se ubican (*inspección ocular*). Y *muebles*, los cuales pueden llevarse al litigio¹¹⁹.

Dentro de los muebles, se subdividen en representativos de algo, y no representativos. Los representativos son los *documentos*¹²⁰.

Como se expuso más arriba, el documento electrónico, es una prueba mueble y, consecuentemente, representativa.

¹¹⁷ Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, op. cit., pág. 145; Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 401.

¹¹⁸ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 401.

¹¹⁹ Guasp, J., "La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales", loc. cit., pág. 65.

¹²⁰ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 404.

d) Es una *prueba histórica*.-

Las pruebas indirectas, pueden dividirse, a su vez, en *históricas* y *críticas*. Son pruebas históricas el testimonio y los documentos, pues son manifestación o representación del hecho que se trata de probar, el cual lo convierten en presente. A juicio de Stein, para diferenciarla de las pruebas lógicas y dialéctica, afirma que toda prueba judicial es histórica¹²¹.

Son críticas, aquellas que sin representar el hecho, proporcionan al juez un medio para deducir la existencia o no del hecho por probar¹²². Por su parte Furno, considera que las pruebas indirectas son "*pruebas legales*", pues se trata de "hechos que acreditan (legalmente) otros hechos"¹²³.

Las pruebas indirectas no operan en el mismo momento, el testimonio de forma mediata a través de la memoria humana, el documento en el futuro, de forma inmediata¹²⁴. El documento es una *vox mortua*, mientras que el testimonio es una *vox viva*¹²⁵.

e) Es una *prueba preconstituida*.-

Si el documento puede desplegar sus efectos más allá del tiempo en que se constituyó, el autor puede predefinir su eficacia para el futuro, y siendo lo normal que éste sirva de prueba, el documentador puede realizarlo con ésta intención. Cuando esto ocurre se denomina "*prueba preconstituida*".

La formulación del término se debió por primera vez a Bentham, quién distinguió entre *prueba casual* como aquella "que se presenta por escrito sin intención directa por parte de su autor de que fuese empleado como prueba jurídica", entre éstos, nombra documentos privados tales como recibos, cartas,

¹²¹ Citado en Calamandrei, P., *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pág. 378.

¹²² Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 406 y 407; Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 48.

¹²³ Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, op. cit., pág. 172.

¹²⁴ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 409; Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., págs. 18 y 19.

¹²⁵ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 43.

diarios privados, etc.,. Y *prueba preconstituida* como aquel "escrito autentico realizado con arreglo a ciertas formalidades para ser empleado eventualmente con el carácter de prueba jurídica". El documento preconstituído a su vez, puede ser realizado *ex parte*, por una sola persona (libros de comercio), o *a partibus*, por varias (contratos)¹²⁶.

Es en este carácter de prueba preconstituida donde el documento encuentra su diferencia esencial con las pruebas testimoniales¹²⁷. En la actualidad, el concepto de prueba preconstituida se identifica con el de prueba documental¹²⁸, y por tanto, con el de prueba documental electrónica.

7. Elementos que Configuran la Prueba Documental Electrónica.-

7.1. Autoría y Suscripción.-

En general, el hombre cumple en el proceso una función representativa, la cual se lleva a cabo de dos formas diferentes, como testigo o como documentador o autor de una cosa mueble u objeto corporal¹²⁹ que representa el hecho mismo, y que se ha acordado en denominarse *documento*¹³⁰.

Se considera autor del documento a aquel que materialmente lo forma, de su propia mano, o aquel por cuenta de quién se forma¹³¹.

Guidi pone de relieve que llegar a conocer la paternidad documental, es decir, "la verificación de la persona del autor del documento es una necesidad de orden, más que teórica, aunque, y sobre todo práctica"¹³².

¹²⁶ Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. I, Traducción de Osorio, M., Buenos Aires 1959, pág. 32.

¹²⁷ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 18.

¹²⁸ Gomez Orbaneja, E., *La prueba preconstituida*, loc. cit., pág. 83.

¹²⁹ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 1.

¹³⁰ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 409.

¹³¹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 415.

¹³² Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 62.

La importancia de la autoría documental radica en que fundamenta la autenticidad del propio documento, "el documento merece la fe que goce su autor" dice Carnelutti, de ahí la distinción histórica entre documento público y privado¹³³.

Existen casos, en que el documentador es una persona especial, que reviste un especial carácter, es el caso de los notarios y funcionarios, los cuales dan la cualidad de público a los escritos. Junto al documentador, el escrito puede confeccionarse con la ayuda de colaboradores, quién verifican la realidad de la narración, *testigos instrumentales*, o la realidad de la formación del documento, simplemente *testigos*¹³⁴.

El documento público intrínsecamente lleva la prueba de su procedencia, su autor, por expresa disposición legal, es por esto mismo, por lo que es considerado como documento auténtico. Por ello el documento público representa dos actos, aquel que manifiesta su contenido, y aquel que manifiesta su formación¹³⁵.

La doctrina del derecho común consideró autor del documento privado a aquél que lo suscribe, doctrina que continuó viva en el derecho moderno. Tal presunción se basa en que el que suscribía había leído y aprobado el contenido del documento¹³⁶.

La suscripción es el medio de conocimiento del autor de un documento. Para la seguridad de la prueba, el autor deja su rastro sobre el documento mismo, de modo que el documento no sólo contiene la manifestación sino la prueba de veracidad en cuanto al autor, para ello, éste escribe de su propia mano su nombre al pie del documento¹³⁷.

En ocasiones, junto o en vez del autor, el documento puede ser suscrito por otras personas, así, la suscripción puede ser una declaración de haber emitido (suscripción del autor), o de haber recibido la declaración que otro ha

¹³³ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 415.

¹³⁴ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 409.

¹³⁵ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., pág. 65.

¹³⁶ Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, op. cit., págs. 68 y 71.

¹³⁷ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 426.

documentado (suscripción del declarante), o de haber asistido a la formación del documento (suscripción del testigo instrumental), etc.,. La suscripción debe constar del nombre de la persona que suscribe de manera autógrafa, es decir, de su propia mano a través de la escritura, sello o estampilla¹³⁸. Esta es una síntesis de la teoría tradicional.

7.2. *Autenticidad Documental y Seguridad Informática.-*

La eficacia jurídica de un documento depende de la autenticidad del mismo. Si éste es electrónico, es una información más disponible en Internet y, dada la facilidad de acceso a la red de cualquier persona, es muy importante que se establezcan controles y que se adopten medidas de protección de la información, en definitiva, de la autenticidad o genuinidad del documento electrónico.

Pero, ¿como se puede proteger la información en una red anónima, descentralizada y global como Internet?.

Siguiendo el esquema teórico de Ruiz¹³⁹, el centro proveedor de información (*Servidor Web*), deberá tener en cuenta tres aspectos:

1. Control de acceso.-

Que se traduce en la *autenticación* de la autoría de la persona que realiza un negocio jurídico y, consecuentemente, de la posibilidad de realizar cualquier operación con esa persona, es decir, si está autorizado (*autorización*).

2. Integridad de la información transmitida.-

Se han de adoptar las medidas tendentes a asegurar que el contenido de la información, del documento electrónico, sea veraz.

3. Confidencialidad.-

¹³⁸ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 427, 428 y 431.

¹³⁹ Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", información contenida en la página Web de SGI Soluciones Globales Internet (<http://www.esegi.es>).

Las informaciones contenidas en los documentos han de ser restringidas para el público en general, y sólo podrán ser consultadas por las partes.

Tradicionalmente, desde la recepción del derecho romano-canónico, el documento ha gozado de validez en función de su autoría (*in manu publica confecta*), y de su forma (*in publica forma*).

En los documentos electrónicos, ninguna de estas dos condiciones se cumplen. Son documentos privados, sin una determinada forma preestablecida. Por tanto, las medidas de protección o cautelas se han de conseguir por medio de la *criptografía*.

7.3. *La Criptografía.-*

La Criptografía es "el arte de proteger en secreto una correspondencia por medio de una escritura convencional"; pero, más modernamente, es un "conjunto de técnicas que permiten cifrar y descifrar"¹⁴⁰.

Estas técnicas o métodos, son los basados en algoritmos matemáticos de claves simétricas (DES, IDEA, RC2) y asimétricas (RSA)¹⁴¹.

Los algoritmos criptológicos representan, directa o indirectamente, el único procedimiento conocido para garantizar la confidencialidad y la autenticidad de los documentos, mediante la clave secreta y la firma electrónica¹⁴².

¹⁴⁰ Voz "*Criptografía*", Gran Enciclopedia Larousse, tomo 6º, Ed. Planeta, Barcelona 1987.

¹⁴¹ Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", loc. cit., (<http://www.esegi.es>).

¹⁴² Gallardo Ortiz, M. A., "*Criptología, seguridad informática y Derecho. Leyes del ciberespacio*", loc. cit., pág. 47.

El cifrado del documento electrónico se produce como consecuencia del uso de claves¹⁴³.

Como ya se ha expuesto más arriba, existen dos técnicas o métodos de cifrado: el simétrico y asimétrico. En la técnica de cifrado simétrico, tanto emisor del documento (autor) como el receptor, usan la misma clave para cifrar (texto cifrado) y descifrar el documento (texto en claro)¹⁴⁴. Por el contrario, en el método de cifrado asimétrico, se usan dos claves que se encuentran asociadas, una pública y otra privada. El emisor (autor) tiene una clave privada sólo por él conocida, y una pública suceptible de ser conocida. Del mismo modo el receptor tiene su clave privada y su clave pública. El autor cuando quiere enviar un mensaje (documento electrónico) utiliza la clave pública del destinatario o receptor, asegurándose de esta forma que sólo podrá descifrarse (texto en claro) mediante la clave privada del receptor¹⁴⁵.

7.4. La Firma Digital.-

¹⁴³ "El cifrado se basa en el uso de claves. Las claves son números de gran longitud (de 56 a 128 bits) que se usan para cifrar o descifrar un texto siguiendo un algoritmo matemático conocido. Dicho algoritmo es público, ya que la seguridad del algoritmo no se debe basar en la ocultación del mismo, sino en el hecho de que conocido el texto cifrado no sea posible obtener el texto en claro que lo originó, ya sea porque la función matemática es irreversible o bien porque probar con todas y cada una de las claves sea computacionalmente inabordable", en Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", loc. cit., (<http://www.esegi.es>).

¹⁴⁴ "Se basa en el uso de una misma clave para cifrar y descifrar la información. Podríamos compararlo con el intercambio de información mediante un maletín con combinación. Las dos partes deben conocer dicha combinación", en Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", loc. cit., (<http://www.esegi.es>).

¹⁴⁵ "Cifrado asimétrico: consiste en el uso de dos claves asociadas, generadas de tal forma que lo que una cifra sólo se puede descifrar con la otra, y viceversa. (...) El cifrado asimétrico se usa en esquemas clave pública/clave privada, en los que cada parte tiene una clave privada que sólo ella conoce y una clave pública asociada conocida por todos. Este tipo de cifrado permite proporcionar tanto confidencialidad como autenticidad. Si lo que se quiere es dotar de confidencialidad al mensaje el autor utiliza la clave pública del destinatario para cifrar con ella los datos. El receptor utilizará su clave privada para recuperar el mensaje original. Dado que sólo él tiene acceso a su clave privada, queda garantizado que sólo el receptor podrá descifrar el mensaje", en Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", loc. cit., (<http://www.esegi.es>).

Del mismo modo que el documento tradicional, el documento electrónico también es susceptible de ser suscrito, pues es la prueba de su autoría. A la suscripción del documento electrónico, se le denomina *firma digital* o *electrónica*.

Mediante la firma electrónica, se permite al receptor de unos datos transmitidos por medios electrónicos (documento electrónico) verificar su origen (autenticación) y comprobar que están completos y no han sufrido alteración (integridad). Es decir, se acredita la autoría (genuinidad) y la integridad del contenido (autenticidad) del documento electrónico.

La firma digital basada en la *criptografía de clave pública* constituye en la actualidad la forma más reconocida de firma electrónica.

Como explica Ramos Suárez, ésta se genera a partir de la clave privada del autor, por lo que firma digital y clave privada (autoría) forman un par inseparable que hace que el documento firmado electrónicamente no pueda ser negado por quién lo realiza¹⁴⁶. Ahora bien, ¿como se comprueba la validez de dicha firma?, el sistema es sencillo, mediante el uso de la clave pública del autor, la cual es conocida¹⁴⁷.

La Unión Europea ha sido sensible al tema de la firma digital, así la Comunicación de la Comisión Europea de fecha 8 de octubre de 1997 persigue el fin de sensibilizar a los Estados miembro sobre el creciente uso de Internet como plataforma de comunicación y de comercio, así como de la necesidad de establecer un marco uniforme en materia de cifrado de la información y firma digital¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ramos Suárez, F., "*Autoridades de certificación*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

¹⁴⁷ "Como he comentado antes es necesario la clave pública del autor para poder verificar la validez del documento o fichero. El procedimiento sería el siguiente: el software del receptor previa introducción en el mismo de la clave pública del remitente (obtenida a través de una autoridad de certificación), descifraría el extracto cifrado del autor, a continuación calcularía el extracto hash que le correspondería al texto del mensaje, y si el resultado coincide con el extracto anteriormente descifrado se consideraría válida, en caso contrario significaría que el documento ha sufrido una modificación posterior y por tanto no es válido", en Ramos Suárez, F., "*Autoridades de certificación*", loc. cit., (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

¹⁴⁸ Información contenida en el sitio web: <http://a01-unix.gsync.inf.uc3m.es/~aie/lro9798/presentacion.html#componentes>.

El resultado de este trabajo ha sido la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica*, de 13 de mayo de 1998¹⁴⁹.

De acuerdo con el texto de la Propuesta, en su artículo 1º, el objeto de la firma electrónica se concreta en el reconocimiento legal de la misma como forma de suscripción válida de los documentos¹⁵⁰.

El artículo 2º de la Propuesta, se refiere exclusivamente a definir los diferentes elementos de la suscripción electrónica, así:

1.- Se considera firma electrónica aquella "firma en forma digital integrada en unos datos, aneja a los mismos o asociada con ellos, que utiliza un signatario [autor] para expresar conformidad con su contenido [consentimiento]", debiendo cumplir los siguientes requisitos:

(a) estar vinculada al signatario de manera única;

(b) permitir la identificación del signatario;

(c) haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control, y

(d) estar vinculada a los datos relacionados de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos;

De acuerdo con el texto de la definición, se desprende que la suscripción electrónica es una forma válida de prestación del consentimiento contractual.

2.- Al autor se le denomina "signatario", y es aquella "persona física que, firmando en nombre propio o en nombre de una persona jurídica, crea una firma electrónica".

¹⁴⁹ COM (1998) 297 final.

¹⁵⁰ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica*, artículo 5.1, "Los Estados miembros velarán por que no se nieguen efectos jurídicos, validez ni obligatoriedad a una firma electrónica por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido o en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado".

3.- “Dispositivo de creación de firma”, los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, o un dispositivo físico de configuración única, que el signatario utiliza para crear la firma electrónica.

4. “Dispositivo de verificación de firma”, los datos únicos, tales como códigos o claves criptográficas públicas, o un dispositivo físico de configuración única, utilizado para verificar la firma electrónica.

La doctrina jurisprudencial, ante la falta de normas jurídicas al respecto, si ha admitido la posibilidad de suscripción electrónica de los documentos.

Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Recurso contencioso-administrativo núm. 544/1995), "En definitiva, de esta fragmentaria regulación se desprende la realidad de admisión del documento electrónico, bajo condición de que quede garantizada su autenticidad, y que esto es factible, inclusive mediante lo que podría calificarse hor de firma electrónica -cifras, códigos, claves y similares procedimientos-, es algo universalmente admitido".

Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Recurso contencioso-administrativo núm. 532/1995), "(...) la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos con firmas en el sentido indicado. (...) En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, es especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido".

7.5. Los Certificados Digitales y Autoridad de Certificación.-

Un certificado (también conocido como certificado de clave-pública o Identificador digital) es un documento electrónico, emitido por una Autoridad Certificadora, que identifica de forma segura al poseedor del mismo evitando la suplantación de identidad por terceros¹⁵¹.

La función principal de un certificado es asegurar la validez de una clave pública. Resulta evidente la importancia de estar realmente seguros de que la clave pública que manejamos para verificar una firma o cifrar un texto, pertenece realmente a quien creemos que pertenece.

Desde un punto de vista técnico, según Ramos Suárez, los certificados, son¹⁵²:

"Registros electrónicos que atestiguan que una clave pública pertenece a determinado individuo o entidad. Permiten verificar que una clave pública pertenece a una determinada persona. Los certificados intentan evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro. Contienen una clave pública y un nombre, la fecha de vencimiento de la clave, el nombre de la autoridad certificante, el número de serie del certificado y la firma digital del que otorga el certificado. Los certificados se inscriben en un Registro (repository), considerado como una base de datos a la que el público puede acceder directamente en línea (on-line) para conocer acerca de la validez de los mismos. Los usuarios o firmantes son aquellas personas que detentan la clave privada que corresponde a la clave pública identificada en el certificado. Por lo tanto, la principal función del certificado es identificar el par de claves con el usuario o firmante, de forma tal que quien pretende verificar una firma digital con la clave pública que surge de un certificado tenga la seguridad que la correspondiente clave privada es detentada por el firmante".

Con la firma digital, los certificados pueden ser de lo más fiables, pero, como expresa Ramos Suárez, cualquier persona podría crearse un certificado con su clave pública, firmándolo digitalmente con su clave privada, y con el resto de

¹⁵¹ Información contenida en la página Web: <http://a01-unix.gsync.inf.uc3m.es/%7Esmartine/lro9798/>.

¹⁵² Ramos Suárez, F., "*Autoridades de certificación*", loc. cit., (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

datos falsos (personales u otros). Por este motivo, hemos de proveernos de un tercero que nos asegure que no podrán alterar los datos del documento, es la autoridad de certificación, que es la que emite los certificados digitales.

La autoridad certificante puede emitir distintos tipos de certificados de acuerdo con el esquema teórico de Ramos Suárez¹⁵³:

1. Certificados de identificación: por los mismos se asocia el autor del documento a su clave pública.

2. Certificados de autorización: son los que contienen más información del autor. Es importante la constancia del lugar de emisión del mensaje como información complementaria de la simple autoría, a los efectos de lugar de celebración del contrato y, por tanto, de determinación del competencia judicial.

3. Certificados de conocimiento de un determinado hecho o circunstancia.

4. Certificados que acreditan la data, es decir, el día y hora en que el documento electrónico fue firmado digitalmente.

Dentro del ámbito del derecho internacional, el plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), que celebró su 29º periodo de sesiones en Newyork del 28 de marzo al 14 de Junio de 1996. Examinó el proyecto de ley Modelo sobre distintos aspectos del intercambio electrónico de datos (EDI), aprobándolo con la denominación de Ley Modelo sobre comercio electrónico. La Comisión encomendó al Grupo de Trabajo, ahora denominado "sobre Comercio Electrónico" que se ocupara de examinar las cuestiones relativas a las firmas digitales y las autoridades de certificación¹⁵⁴.

“La Comisión pidió a la secretaria que preparara un estudio de antecedentes sobre cuestiones relativas a las firmas digitales y a los proveedores de servicios, basándose en un análisis de las leyes que se estaban

¹⁵³ Ramos Suárez, F., "*Autoridades de certificación*", loc. cit., (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

¹⁵⁴ Madrid Parra, A., "*Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL*", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Julio de 1997, pág. 1.

elaborando en varios países. Dicho estudio quedó recogido en el documento A/CN.9/WGIV/WP.71 de 31 de Diciembre de 1996¹⁵⁵.

Igualmente, en el ámbito de la Unión Eruropea, la Propuesta de Directiva sobre firma electrónica citada más arriba se ocupa muy especialmente de los certificados digitales y de la autoridad de certificación, a los que denomina "*certificados reconocidos*"¹⁵⁶ y "*proveedor de servicios de certificación*"¹⁵⁷ respectivamente.

En el *Considerando* 10º y en el artículo 5º de la Propuesta, se enuncia un principio general a tener en cuenta. Se establece la presunción de que la firma electrónica vinculada a una autoridad de certificación establecida legalmente es eficaz desde el punto de vista probatorio al igual que la firma manuscrita¹⁵⁸.

Ahora bien, el certificado digital o electrónico para su validez ha de cumplir una serie de condiciones, las cuales se regulan en el Anexo I de la Propuesta. De esta forma, el certificado reconocido deberá contener necesariamente:

- (a) el identificador del proveedor de servicios de certificación que expide el certificado;
- (b) el nombre inconfundible del titular o un pseudónimo inequívoco y señalado como tal;

¹⁵⁵ Madrid Parra, A., "*Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL*", loc. cit., pág. 1.

¹⁵⁶ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica*, artículo 2.5, "Certificado reconocido: el certificado electrónico que vincula un dispositivo de verificación de firma a una persona y confirma su identidad, y que cumple los requisitos establecidos en el Anexo I".

¹⁵⁷ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica*, artículo 2.6, "Proveedor de servicios de certificación: la persona o entidad independiente que expide certificados o presta otros servicios al público en relación con la firma electrónica".

¹⁵⁸ *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica*, artículo 5.2, "Los Estados miembros velarán por que la firma electrónica basada en un certificado reconocido que haya expedido un proveedor de servicios de certificación, que cumpla lo prescrito en el Anexo II, sea por un lado, considerada como firma que cumple los requisitos legales de una firma manuscrita y sea, por otro, admisible como prueba a efectos procesales de la misma forma que una firma manuscrita".

(c) un atributo específico del titular, como su dirección, su capacidad de actuar en nombre de una empresa, su solvencia, su número de IVA u otro código de identificación fiscal, o la existencia de garantías de pago o de licencias y permisos específicos;

(d) un dispositivo de verificación de firma que corresponda a un dispositivo de creación de firma bajo control del titular;

(e) el comienzo y fin del período de validez del certificado;

(f) el código identificativo único del certificado;

(g) la firma electrónica del proveedor de servicios de certificación que expide el certificado;

(h) los límites de uso del certificado, si procede; y

(i) los límites de la responsabilidad del proveedor de servicios de certificación y del valor de las transacciones para las que tiene validez el certificado".

8. Prueba Documental Electrónica: ¿Pública o Privada?.-

Por razón del autor, los documentos escritos se clasifican en *públicos* y *privados*: son documentos públicos aquellos que provienen de un "documentador público", privados, aquellos que se forman "en el ejercicio de una actividad privada". Los documentos públicos tienen una eficacia probatoria privilegiada debido a que poseen dos requisitos de carácter esencial: autoría pública, que desemboca en la legitimación de su autor, el cual es un "oficial público investido en especial de la función documentadora"; y en segundo lugar, la forma pública, que en cada orden jurídico sean exigidas por la ley¹⁵⁹.

Por razón de la forma (*sollemnitas*), del mismo modo, los documentos se dividen en públicos y privados, dependiendo o no, de que los intervinientes en el

¹⁵⁹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 506 y 507.

acto de escrituración estén constreñidos al cumplimiento de determinadas normas de forma (*stilus o consuetudo vel usus scribendo vel dictando*)¹⁶⁰.

El documento electrónico, por el momento, es una prueba documental privada.

Como se ha expuesto más arriba, en la actualidad, la autoridad de certificación es un tercero que goza de una determinada fama, y por lo tanto, se hace más o menos fiable, pero, en cualquier caso, es una persona privada que emite documentos privados.

Pero, sin duda, a partir del diseño de las entidades o autoridades de certificación, se ha de llegar en un futuro que no puede alejarse, a la emisión de certificados que gocen de la autoridad pública, a través de lo que se ha denominado *fedatario electrónico*. Estas funciones deberán recaer en las instituciones tradicionales de emisión de documentos públicos como los Notarios, Registradores, Corredores de Comercio y en el Funcionario Público. De esta forma, podríamos llegar al nacimiento del documento público electrónico.

9. Eficacia Jurídica de las Pruebas.-

Determinar la eficacia de las pruebas es fijar su valor o valorar la prueba¹⁶¹.

Históricamente, los diferentes ordenes jurídicos han atribuido diferente valoración o eficacia a cada uno de los medios probatorios. Cuando ésta valoración viene regulada por el derecho, el sistema probatorio se denomina "*legal*". Es el propio ordenamiento quién determina la eficacia de un determinado medio probatorio y su posición respecto a los otros medios, con lo cual "queda excluida toda actividad de valoración de las resultancias por parte del juez"¹⁶².

Cuando la valoración no es regulada normativamente, el sistema probatorio se denomina "*libre*", son los juzgadores quién se encargan de su valoración según

¹⁶⁰ Bono, J., "*Conceptos fundamentales de la diplomática notarial*", loc. cit., pág. 81.

¹⁶¹ Según la afirmación de Rodríguez Espejo, citado en Navarro Hernán, M., *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., pág. 37.

¹⁶² Calamandrei, P., *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit., pág. 381.

su convicción (*scire per se*)¹⁶³. Según Furno, "el problema de la libertad o de la legalidad de la prueba en el proceso se refiere a la posición crítica del juez respecto a los medios instructorios, según que esté libre o esté ligado por vínculos normativos para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho"¹⁶⁴.

El resultado de este juicio valorativo es que su eficacia o ineficacia sea reconocida para el establecimiento de los hechos verdaderos. Si su eficacia es reconocida la prueba es "*plena*" o hace "*plena fe*". Si se condiciona su eficacia a la aportación de otras pruebas, se denomina "*semiplena*"; a su vez, si ésta estuviera más cerca de la prueba plena se denomina "*principio de prueba*", si se encuentra más cerca de la no prueba, se denomina "*indicio*"¹⁶⁵.

10. Autenticidad Documental y Eficacia Probatoria.-

Cabe distinguir entre autenticidad subjetiva, extrínseca e intrínseca¹⁶⁶.

a) Autenticidad subjetiva o *genuinidad*.-

Desde el punto de vista de la prueba, el documento es eficaz si es auténtico, y la *autenticidad* es un concepto que va íntimamente ligado al autor del escrito, poniéndose de relieve la importancia que para cualquier prueba histórica tiene este elemento. Puede definirse la autenticidad como "la certeza de la procedencia del documento, del autor indicado"¹⁶⁷.

Este concepto de autenticidad estuvo presente en todos los ordenes jurídicos, desde las primeras sociedades (Sumeria, Egipcia, etc.). Por este motivo, se arbitró la intervención de un escribano profesional que redactaba los actos

¹⁶³ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 471.

¹⁶⁴ Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, op. cit., pág. 144.

¹⁶⁵ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 471 y 472.

¹⁶⁶ Navarro Hernán, M., *El documento auténtico y la casación civil y penal*, op. cit., págs. 112 y siguientes.

¹⁶⁷ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 425.

jurídicos y que tenía la posibilidad de testimoniar en juicio acerca del contenido de los documentos¹⁶⁸.

Las pruebas pueden ser verdaderas o falsas, estando en función de que sean idóneas para fundar un juicio verdadero o falso. Si en proceso tiene como último fin, la búsqueda de la verdad, los ordenes jurídicos han de regular las precauciones que han de adoptarse con el fin de evitar pruebas falsas. Si el rasgo de autenticidad del documento viene avalado por la autoría del mismo, la precaución más importante, es que la formación documental deba tener lugar por obra "de personas cuya idoneidad moral y técnica sea cuidadosamente comprobada", por lo que se reservó desde su origen tal función al Estado. Dentro de este tipo de precauciones, la figura más conocida es la del *notario*, que tiene la condición de funcionario público¹⁶⁹.

El documento público, a diferencia del privado, "hace fe de su autor", es un "*documento nominal*", por ello hoy en día se designa también como "*acto auténtico*", aunque recibe también esta denominación el documento privado reconocido o verificado. Por su parte, "la escritura privada no prueba su autor", por lo que si no hay agnición de la otra parte al documento presentado, es decir, no hay reconocimiento, deberá demostrarse la autenticidad (autoría de quién lo ha formado o ha hecho formar) por otros medios probatorios, en especial, la suscripción del documento (confesión o pericial), pues se ha de presumir que quién lo suscribe es al mismo tiempo autor del mismo¹⁷⁰.

Dentro de la esfera de la autenticidad subjetiva, se encuentra otra de las precauciones o cautelas en la formación de las pruebas que con relación a los documentos se han adoptado, es la prescripción de testigos, que en esta función, como ya se ha expresado, reciben el nombre de instrumentales¹⁷¹.

¹⁶⁸ Boyer, G., "*La preuve dans les anciens droits du Proche-Orient*", loc. cit., pág. 70.

¹⁶⁹ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 23; Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 458 y siguientes.

¹⁷⁰ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 507 y siguientes.

¹⁷¹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 460.

La autenticidad subjetiva del documento electrónico se demuestra por la firma digital, la cual proviene de su autor y, en consecuencia, deberá ser valorado.

Respecto a los testigos, nada se ha prescrito en el ámbito del documento electrónico, pero el testimonio de la autoridad de certificación será una prueba válida para conocer la realidad de los hechos.

b) Autenticidad *extrínseca*.-

Se trata de las prescripciones formales que los diferentes Ordenamientos históricos dispusieron para darle legitimidad al documento. Son las formalidades jurídicas para su creación. Se subdividen en solemnidades *intradocumentales* (*solemnia probantia*) y *extradocumentales* (*solemnia completoria*)¹⁷².

El documento electrónico no tendrá una forma predefinida mientras no se establezca un marco jurídico que lo defina.

c) Autenticidad *intrínseca*.-

Respecto al contenido, dice Carnelutti, el documento público "hace plena fe de los hechos que se representan en él como ocurridos en presencia del oficial que lo ha formado", es decir, se prueba a sí mismo (*acta probant se ipsa*) según la expresión de Dumoulin¹⁷³; por el contrario, el documento privado ha de ser reconocido y "hace prueba en contra de su autor"¹⁷⁴.

El eficacia jurídica del documento electrónico, dada su naturaleza jurídica, es igual que la del documento tradicional.

11. Autenticidad y Falsedad Documental.-

¹⁷² Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 37.

¹⁷³ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., págs. 102 y 304.

¹⁷⁴ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 518.

A pesar de todas estas cautelas, las pruebas pueden ser falsificadas y dar como resultado una solución errónea en el proceso. Por lo que los Ordenamientos jurídicos han regulado toda una serie de medidas que eviten la falsedad de las pruebas, incluso penales.

Según Carnelutti, "la eliminación de la falsedad puede ser directa o indirecta". La eliminación directa se produce cuando se sustituye la situación de hecho resultante de la falsificación por la situación verdadera. La eliminación indirecta se corresponde con la declaración de la falsedad de la prueba, o "mediante la creación de una contraprueba"¹⁷⁵, que paralice la eficacia de la prueba falsa¹⁷⁶.

Dentro de la eliminación directa encontramos la confiscación como la medida penal tendente a la eliminación de la situación de hecho falsa, pero esta medida no restablece el estado de hecho verdadero, pues sólo se produce una simple retirada de la prueba del mundo exterior, no pudiendo ser dispuesta por el hombre (ej. confiscación de unos documentos). Por ello la medida más completa según Carnelutti, es la denominada "rectificación de la prueba falsa", que bien pudiera llamarse "rectificación del documento falso"¹⁷⁷.

Específicamente para la prueba documental, los ordenes jurídicos han regulado la verificación de la prueba, mediante la comparación de escrituras y el juicio de falsedad¹⁷⁸.

La comparación de escrituras tiene como fin la verificación de la procedencia del documento, de su autoría, es decir, la autenticidad¹⁷⁹.

El procedimiento es el siguiente: ante la presentación de un documento por una de las partes, el contrario puede actuar de diferentes formas. En primer lugar,

¹⁷⁵ Puede tratarse de una *contraescritura*, en Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 125.

¹⁷⁶ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 461 y 462.

¹⁷⁷ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 462 y siguientes.

¹⁷⁸ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 466.

¹⁷⁹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 466.

puede no hacer nada, con lo cual tácitamente está reconociendo el documento como auténtico si se trata de instrumento público, pues en el privado, corresponde a la parte que lo propone, la carga de probar su autenticidad con otras pruebas, en especial la suscripción. En segundo lugar, el contrario puede pretender servirse del propio documento, con lo cual el propio escrito hace prueba pues se trata de hechos que admiten ambas partes. En tercer lugar, el contrario puede no reconocer el documento, o lo que es lo mismo impugnarlo (*falsedad incidental civil*)¹⁸⁰, ésta impugnación ha de ser específica e inmediata, es decir, en el primer acto procesal que tenga lugar¹⁸¹. En este instante, el documento se declara dudoso, por lo que según la carga probatoria de cada parte, corresponde al que edita en juicio la escritura la carga de solicitar la verificación de su autenticidad¹⁸².

El procedimiento de verificación de los documentos, que tradicionalmente se ha designado como *cotejo*, comienza tras la impugnación de los mismos. Tiene como fin la prueba de la autografía de la firma, o del texto o cuerpo de escritura. Estas dos cuestiones han de verificarse con la comparación con otros escritos de procedencia cierta, de autor incontrovertido: se denomina "comparación de escrituras", y entra dentro de las denominadas pruebas críticas. Nada impide que la autenticidad de un documento sea acreditada por otros medios que no sea la comparación de escrituras, así la confesión, las presunciones o la deposición de los testigos instrumentales¹⁸³.

La comparación de escrituras como medida para la verificación del documento dudoso, no es aceptable para el documento electrónico, pues ésta se funda básicamente en la investigación acerca de la veracidad de la firma y cuerpo de escritura del documento por un experto calígrafo.

El documento electrónico necesitará, en el caso de que se dude de su autenticidad, de una prueba pericial realizada por un experto informático en

¹⁸⁰ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 248.

¹⁸¹ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 513.

¹⁸² Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., pág. 467.

¹⁸³ Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, op. cit., págs. 513 y siguientes.

comunicaciones, que comprobará la titularidad indiscutible del documento y la no alteración del contenido.

Capítulo Sexto

La Prueba Documental Electrónica (II): Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Proyecto de 1998.

Capítulo Sexto. La Prueba Documental Electrónica (II): Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Proyecto de 1998.

Sumario: (1). El Documento Electrónico como medio probatorio; (2). Procedimiento; (2.1). Exhibición de los Documentos; (2.2). Presentación de los Documentos; (3). Eficacia Probatoria de los Documentos; (3.1). Eficacia Probatoria de los Documentos Públicos; (3.2). Eficacia Probatoria de los Documentos Privados; (3.3). Eficacia Probatoria Frente a Terceros; (4). Falsedad Civil y Cotejo; (5). El Contrato Electrónico como fundamento del Proceso Monitorio.

1. El Documento Electrónico como Medio Probatorio.-

La prueba documental es acogida como medio en la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, en el artículo 578¹⁸⁴.

Tratándose de una ley decimonónica, en nuestra actual ley de procedimiento, no existe, como es lógico, una alusión específica, ni directa ni indirectamente, a la prueba documental electrónica.

En el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, si se aprecia una apertura hacia la inclusión de cualquier medio probatorio. Así, el Proyecto no sólo admite entre los medios los documentos públicos y privados (escritos), sino aquellos que reproducen la palabra, el sonido y la imagen, así como los

¹⁸⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 578, "Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1º. Confesión en juicio. 2º. Documentos públicos y solemnes. 3º. Documentos privados y correspondencia. 4º. Los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en la sección segunda, título II, libro 1º. del Código de comercio. 5º. Dictamen de peritos. 6º. Reconocimiento judicial. 7º. Testigos"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 620.

instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 301,
"Medios de prueba. 1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

- 1.º Interrogatorio de las partes.
- 2.º Documentos públicos.
- 3.º Documentos privados.
- 4.º Dictamen de peritos.
- 5.º Reconocimiento judicial.
- 6.º Interrogatorios de las partes.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse la certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias".

Del mismo modo, son normales las alusiones en su articulado, refiriéndose a la prueba documental, como "Documentos y otros escritos y objetos" o "documentos, medios, instrumentos".

De ello se desprende, que el documento electrónico como prueba es ampliamente admitido por el legislador actual.

2. El Procedimiento.-

Comienza por la regulación de la prueba documental con anterioridad al propio proceso, es decir, dentro de los actos o *diligencias preparatorias*.

2.1. *Exhibición de los Documentos.-*

El artículo 497.4 y 5 (*Ley de Enjuiciamiento Civil 1881*), regula la obligación en caso de evicción, tanto del comprador como del vendedor, de la exhibición de los títulos o documentos que se refieran a la cosa vendida; así como el socio respecto a otro socio, en cuanto a las cuentas de la sociedad. Facultándose al Juez, para que acuerde dicha medida si la considera fundada¹⁸⁵.

A diferencia de la normativa vigente, muy deficiente para la realidad actual, el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, pormenoriza el tema de la exhibición de documentos, tratando de paliar los problemas de la *probatio diabólica*, de la disponibilidad y oportunidad de la prueba por parte de quién le interesa, estableciendo todo un régimen jurídico sobre la aportación forzosa de la prueba documental por quién tiene disponibilidad de ella, y sancionando su incumplimiento. Desde el punto de vista sistemático, la exhibición de documentos queda regulada en las disposiciones comunes tanto de la prueba documental pública como de la privada, en el parágrafo 4º, artículos 379 a 383.

El *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, con el mismo criterio de la Ley vigente, pero con las apreciaciones ya mencionadas, obliga a la exhibición de los documentos cuyo peticionario no tiene disponibilidad de los mismos, debiendo éste, en la medida de lo posible, de acompañar copia simple o aportar el máximo de datos posibles para su identificación. A diferencia del sistema anterior, el juez se obliga ante tal solicitud, salvo causa legal para negarla.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 329,

"Deber de exhibición documental entre partes.

¹⁸⁵ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 497.4, 5 y final; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 726.

1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.

3. La exhibición solicitada en debida forma será obligatoria salvo que medie causa legal para negarla".

Si la parte se negara a la exhibición solicitada, el Juez o Tribunal, en relación con las otras pruebas, podrá acordar la eficacia probatoria de la copia simple presentada o de la versión del contenido del documento que se hubiese dado; o requerir la aportación de los documentos solicitados para su exhibición.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 330,
"Efectos de la negativa a la exhibición.

1. En caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del documento se hubiese dado.

2. En el caso de negativa injustificada a que se refiere el apartado anterior, el tribunal, en lugar de lo que en dicho apartado se dispone, podrá formular requerimiento para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas".

Es muy importante, que por la norma positiva, se de valor probatorio a la versión del contenido del documento que se hubiese dado, piénsese en los documentos encriptados, cuyo titular se niega a poner el texto "en claro", es decir, comprensible.

Del mismo modo, el tercero, ajeno a la relación jurídico-procesal, no queda obligado a la exhibición salvo que se interponga acción por el que lo necesite, o se practique diligencia preliminar¹⁸⁶.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 331,
"Exhibición de documentos por terceros.

1. No se obligará a los terceros no litigantes a la exhibición de documentos de su propiedad, salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares y las acciones que puedan asistir al que los necesitare".

La importancia de este artículo radica, en la delimitación del concepto procesal de "tercero". En este sentido, se considerará tercero en una relación jurídica-procesal dada, y en sentido amplio, cualquier persona que no sea parte, o titular de la relación jurídica controvertida o de las que sean consecuencia de ella.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 331,
artículo 381, "Exhibición de documentos por terceros. (...).

2. A los efectos del apartado anterior, no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio".

El concepto de tercero, no se amplía a los Entes públicos ni a las empresas que realicen un servicio público, los cuales, salvo declaración de "reservado" o "secreto" de los documentos, quedan obligados a la exhibición de los mismos.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 333,
"Deber de exhibición de entidades oficiales.

¹⁸⁶ *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, artículo 256, "Clases de diligencias preliminares y su solicitud. 1. Todo juicio podrá prepararse: (...) 2. Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. 3. Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado. 4. Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder. 5. Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder (...)"

1. Las dependencias del Estado. Comunidades Autónomas, Provincias, Entidades Locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los Tribunales de Justicia ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.

2. Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Provincias y de los Municipios estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios, en los términos del apartado anterior.

3. Los gastos que origine la exhibición, el testimonio o la certificación serán de cuenta de la parte solicitante de la diligencia y si interesase a todas ellas o varias, se imputarán por partes iguales".

En cualquier caso, en los autos, no habrá de permanecer el documento exhibido, sino que se estará representado por su testimonio emitido por el Secretario Judicial.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 332, "Testimonio de los documentos exhibidos. Si la persona de la que se requiera la exhibición según lo dispuesto en los artículos anteriores no estuviere dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a los autos, se extenderá testimonio de éste por el Secretario en la sede del tribunal, si así lo solicitare el exhibente".

Del mismo modo, cuando no se tratare de documentos escritos, sino de documentos en sentido amplio, como cosa mueble probatoria, es decir, los documentos electrónicos, ante la presencia del Secretario Judicial, podrá obtenerse copia fiel y exacta.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 334, "Extracción de copias de documentos que no sean escritos. Cuando se trate de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia, a presencia del Secretario, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original".

Del texto normativo citado, se desprende la obligación de exhibición de los documentos de la parte. Si se trata de documentos electrónicos, esta obligación ha de extenderse no sólo a la exhibición, sino, aún exhibidos o traídos al proceso, deberán traerse en condiciones que sean entendibles (texto en claro).

2.2. *Presentación de los Documentos.-*

Se dispone en su artículo 504 (*Ley de Enjuiciamiento Civil 1881*), que junto a la demanda se acompañaran los documentos en que el demandante funda su derecho "*para mejor instrucción del juez y del litigante contrario*", como expresaba Vicente y Caravantes¹⁸⁷.

El *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, establece todo un marco jurídico acerca del tema de la presentación de documentos en juicio, con la rúbrica "*De la presentación de documentos, dictámenes, informes y otros medios e instrumentos*", dentro de las disposiciones comunes a los procesos declarativos ordinarios, en los artículos 264 a 273.

Se establece, al igual que el sistema vigente, el deber de presentación de los documentos (sentido amplio) que se intenten valer como prueba sobre el fondo del asunto, tanto el actor en su demanda, como el demandado en su defensa.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 265, "Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto.

¹⁸⁷ Vicente y Caravantes, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo II, Madrid 1856, pág. 37.

1. A toda demanda o contestación deberán acompañarse los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden".

Además el siguiente artículo, enumera algunos documentos que han de presentarse en casos especiales¹⁸⁸.

Se establece en el Proyecto, con inmejorable criterio, el principio de disponibilidad de los medios probatorios, en este sentido, es obligatoria la presentación de todos los documentos, que por procedimientos legales, la parte pueda tener disposición de los mismos de alguna u otra forma, evitándose de esta manera el abuso del "oficio" judicial. En otro caso, podrá designarse el archivo, protocolo o lugar donde se encuentren.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 265,

"Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto.

1. (...) También se aportarán con la demanda o contestación los medios e instrumentos a que se refiere el apartado segundo del artículo 301, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes. Se acompañarán asimismo a la demanda o contestación las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

¹⁸⁸ *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, artículo 268, "Documentos exigidos en casos especiales. Se habrán de acompañar a la demanda, en todo caso: 1.º Las cerificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable. 2.º Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando éste sea el objeto de la demanda. 3.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere. 4.º El documento en que conste fehacientemente la sucesión "mortis causa" en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión. 5.º Aquellos otros documentos que una ley exija expresamente para la admisión de la demanda".

2. Si lo que haya de acompañarse a la demanda o contestación se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que las partes disponen de ello y habrán de acompañarlos conforme el apartado anterior.

3. Sólo cuando las partes no puedan disponer de los documentos a que se refiere el apartado primero, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación".

El *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, admite la presentación de documentos con posterioridad, siempre y cuando, se produzcan con ocasión de las alegaciones de la parte contraria y en defensa de las mismas.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 265,
"Documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto. (...).

6. Lo dispuesto en los apartados primero, cuarto y quinto de este artículo no es de aplicación a los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones de la parte contraria. en tal caso se aportará en la audiencia previa al juicio o tratándose de juicios verbales, en la vista correspondiente".

Cuando los documentos fuesen públicos, podrían presentarse copia de los mismos, si bien no son eficaces, si durante el periodo probatorio no se aportara copia con todos los requisitos para que hagan fe en juicio¹⁸⁹.

Del mismo modo, según el texto del Proyecto, los documentos públicos habrían de presentarse en original, copia simple o certificación fehaciente.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 319,
"Modo de producción de la prueba por documentos públicos. Los

¹⁸⁹ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 505, "La presentación de documentos de que habla el artículo anterior, cuando sean públicos, podrá hacerse por copia simple si el interesado manifestare que carece de otra fehaciente, pero no producirá aquella ningún efecto si, durante el término de prueba, no se llevare a los autos una copia de documento con los requisitos necesarios para que haga fe en juicio"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 611 y 612.

documentos públicos habrán de aportarse al proceso en original o por copia o certificación fehacientes".

Ahora bien, si se presentaran por copia simple y fuesen impugnados, no podrán surtir sus efectos probatorios si no se presenta original, copia o certificación del documento con los requisitos exigidos para que hagan fe en juicio.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 267,
"Forma de presentación de los documentos públicos. Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple y, si se impugna la autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios".

Los documentos privados, por el contrario, habrán de presentarse por el original o copia autenticada del fedatario público competente, aunque se faculta a la parte, para que se le devuelva una vez testimoniado en autos. Si solo se tuviera copia del mismo, se podrá presentar, y se estará al resultado en el periodo de prueba. Si el documento, estuviere en un archivo o protocolo, habría de presentarse copia auténtica si fuere disponible, o debería designarse el archivo, protocolo o registro.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 268,
"Forma de presentación de los documentos privados.

1. Los documentos privados que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 265 se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente.

2. Si la parte sólo posee copia del documento privado, podrá presentar ésta a los efectos de información de las demás partes, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos sobre la prueba documental.

3. En el caso de que el original del documento privado obrase en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia

auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro, según lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 265.

La presentación del documento electrónico, tratándose en todo caso de un documento privado, habrá de realizarse, entendemos, por original (todos se consideran originales) en soporte material (disco) o por designación de archivo o protocolo (dirección electrónica o sitio Web).

El modo de producción de la prueba documental privada se ratifica en el artículo 326 del Proyecto, y añade, que cuando el documento privado forme parte de un libro, expediente o legajo, podrá testimoniarse con el original la copia que se realice por cualquier medio de reproducción.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 376,
"Modo de producción de la prueba. Los documentos privados se presentarán del modo establecido en el artículo 268 de esta ley."

Después del periodo inicial de presentación de los documentos, la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, considera admisibles los documentos presentados con posterioridad a la demanda en los siguientes casos: a) los que sean de fecha posterior¹⁹⁰; b) los de fecha anterior, respecto los cuales jure la parte no tener conocimiento de los mismos¹⁹¹; y c) los que la parte les haya sido imposible adquirir con anterioridad por causas que no le sean imputables, siempre y cuando se hubiese hecho la designación de archivo¹⁹².

¹⁹⁰ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 506.1, "Después de la demanda y de la contestación no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente, otros documentos que los que se hallen en alguno de los casos siguientes: 1. Ser de fecha posterior (...)"

¹⁹¹ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 506.2, "(...) Los anteriores respecto de los cuales jure la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia (...)"

¹⁹² *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 506.3, "(...) Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del artículo 504"

El *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, no aporta nada nuevo al respecto, y sólo amplía a otro supuesto¹⁹³. Se refiere a la aportación documental cuando se produzcan con ocasión de las alegaciones de la parte contraria y en defensa de las mismas. En este caso, como ya ha sido expuesto más arriba, se admitirán con posterioridad a la demanda, y hasta la audiencia para la práctica de la prueba.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 270,

"Presentación de documentos en momento no inicial del proceso. (...).

3. Se admitirán después de la demanda y la contestación y hasta la vista o juicio, los documentos, medios, instrumentos, informes y dictámenes a los que sea de aplicación el apartado sexto del artículo 265. prueba, los documentos expresados en el apartado quinto del artículo 267. De los documentos que se presenten se dará inmediato traslado a las demás partes del proceso, para que puedan impugnarlos o reconocerlos y alegar y pedir lo que a su derecho convenga".

En cualquier caso, igual que en el derecho común, no se admitirá documento alguno después de que los autos estén conclusos para sentencia¹⁹⁴. En

¹⁹³ *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, artículo 272, "Presentación de documentos en momento no inicial del proceso. 1. Después de la demanda y la contestación, o de la audiencia previa al juicio, en los casos previstos en el artículo 287, sólo se admitirán al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes:

1.º Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2.º Tratarse de documentos medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3.º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado tercero del artículo 265 (...).

¹⁹⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 507, "No se admitirá documento alguno después de la citación para sentencia. El Juez repelerá de oficio los que se presenten, mandando devolverlos a la parte sin ulterior recurso (...).

esta circunstancia, se dará traslado a la otra parte para que razone sobre la legitimidad del documento, o para que lo impugne¹⁹⁵.

En el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, en su artículo 271.1, afirma que el término preclusivo no es el del trámite de conclusiones, sino el de la vista o juicio o, en su caso, y excepcionalmente el de las diligencias finales, "No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 437, sobre diligencias finales en el juicio ordinario".

3. Eficacia Probatoria de los Documentos.-

La eficacia probatoria de los documentos está en función de la clase a la que pertenezcan.

Los documentos se dividen en públicos y solemnes por un lado, privados y la correspondencia por otro¹⁹⁶.

En el *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, como se ha expuesto, se dividen en públicos, privados, y aquellos que participan de la naturaleza de documento, pero que no son escritos.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 301,

"Medios de prueba. 1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: (...)

2.º Documentos públicos.

3.º Documentos privados. (...).

¹⁹⁵ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, Artículo 508, "De todo documento que se presente después del término de prueba, se dará traslado a las otras partes para que, dentro del término común de tres días, manifiesten si reconocen como legítimo, eficaz y admisible el documento, o las razones que tengan para impugnarlo"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 613.

¹⁹⁶ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 578; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 620.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias".

3.1. Eficacia Probatoria de los Documentos Públicos.-

El artículo 596 de la actual ley de procedimiento enumera los diferentes tipos de documentos públicos y solemnes.

En primer lugar, son documentos públicos "*Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho*", es decir, las notariales.

En segundo lugar, "*Las certificaciones expedidas por los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio (...)*".

En tercer lugar, "*Los documentos espedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones*".

En cuarto lugar, "*Los libros de actas, estatutos, ordenanzas, registros, catastros y demás documentos que se hallen en los archivos públicos o dependientes del Estado, de las provincias o de los pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los Secretarios y Archiveros por mandato de la Autoridad competente*".

En quinto lugar, "*Las Ordenanzas, Estatutos y Reglamentos de Sociedades, Comunidades o Asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por Autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior*".

En sexto lugar, "*Las partidas o certificaciones de nacimiento, de matrimonio y defunción dadas con arreglo a los libros por los Párrocos, o por los que tengan a su cargo el registro civil*".

En séptimo lugar, "*Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie*".

El *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, no modifica nada los tipos de documentos públicos, si su redacción y número, pero sin alterar su contenido.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 318,
"Clases de documento públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.

2.º Los autorizados por Notario con arreglo a Derecho.

3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

7.º Los documentos públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores y los demás documentos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos".

De conformidad con el articulado del Código Civil, los documentos públicos son eficaces en juicio por razón de la autoría y de la forma (*per manu publica facta e in forma publica*), así: "*Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*"¹⁹⁷; y como tales, hacen prueba (*erga omnes*) del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (*data*).

Código Civil de 1889, artículo 1218, "Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros".

El texto del Proyecto dice que los documentos públicos hacen, siguiendo la terminología del derecho común, prueba plena de los hechos documentados o el estado de cosas, de la data y de los intervinientes.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 370, "Fuerza probatoria de los documentos públicos.

1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 318 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

2. La fuerza probatoria de los documentos a los que se refiere el número 7.º del artículo 318 será la que establezcan las leyes que les reconozca el carácter de públicos. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos

¹⁹⁷ *Código Civil*, artículo 1216. Si el documento público es notarial, habrá de regirse, respecto a su forma, por la legislación especial, artículo 1217 del Código Civil de 1889. Habrá de regir tres requisitos: intervención de funcionario, competencia de éste y observancia de las solemnidades legales, en Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 710 y 711.

documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado".

Existe una diferencia fundamental, entre el artículo del Código Civil, y el del Proyecto. La norma sustantiva, sólo se refiere a que hacen "*prueba*", mientras que la procesal afirma que hacen "*prueba plena*".

El texto del Proyecto ha seguido la tradicional distinción en la historia, entre prueba plena y semiplena, reflejada en el Proyecto de Código Civil de 1851.

Proyecto de Código Civil de 1851, artículo 1199, "(...) Todos los instrumentos públicos son título auténticos, y como tales hacen plena fe".

Proyecto de Código Civil de 1851, artículo 1201, "La escritura pública hace plena fe de la obligacion en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos ó causa-habientes. tambien hace fé contra tercero, en cuanto al hecho del haberse otorgado el contrato y á su fecha".

La razón ha de buscarse en las normas sobre apreciación judicial de los medios probatorios. Así, con los Códigos de procedimiento de 1855 y 1881, desapareció el sistema de prueba *legal* que había imperado durante el periodo de la recepción del derecho común. La abrumadora serie de reglas sobre valoración de la prueba distorsionaba la función de juzgar en las épocas anteriores. Se sentenciaba *a priori* por la propia ley valorando todos los documentos análogos de naturaleza por igual, y jurídicamente, un documento no es igual a otro.

Del sistema de *prueba legal*, se pasó al sistema de *prueba libre* o *sana crítica*. No existen ya las pruebas *plenas* o *semiplenas*, o alusiones como prueba *per se* propias del desarrollo del derecho común, sino un sólo concepto, el de *prueba*.

Con el sistema del Proyecto, si bien, no podemos afirmar un retroceso al viejo sistema de la prueba tasada, si encontramos un acercamiento.

La eficacia de los documentos no solo se determina por el cumplimiento de las solemnidades que le son inherentes, sino también por ciertas premisas de tipo procesal que necesariamente han de cumplirse, de la eficacia de los mismos por razón de la forma en que hayan sido traídos á los autos.

- A) Así el artículo 597 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1881*, expresa en primer lugar, que los documentos públicos y solemnes presentados, sin mandato judicial, es decir, voluntariamente por la parte, han de ser cotejados con los originales, salvo que la parte a quién perjudicase asintiere con los mismos.

En el derecho común, los documentos públicos hacían prueba *per se*, y solo, para el caso de que fuesen tachados de falsos, se cotejarían con los originales que se contenían en un registro público, es decir, se pasa de un sistema que establece una presunción en favor de la autenticidad del documento a otro que presume lo contrario, y obliga al productor a acreditar la veracidad de la escritura (*imponere fidem*).

En la misma línea que en el derecho común, el Proyecto vuelve a otorgar presunción de veracidad al documento público, y sólo, para el caso de que sea impugnado, se procederá a su comprobación (*imponere fidem*).

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 321,
"Requisitos para el valor probatorio del documento público. Cotejo o comprobación.

1. Los documentos públicos harán en todo caso prueba plena si su autenticidad no es oportunamente impugnada en el proceso".

La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, dispensó de la necesidad de cotejo a las escrituras antiguas y las que carecieran de registro o protocolo¹⁹⁸. Del mismo modo se manifiesta el Proyecto.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 373,
"Documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación.

1. Harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible:

¹⁹⁸ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 598, "Serán eficaces en juicio, sin necesidad de cotejo, salvo prueba en contrario, y los dispuestos en el artículo 606: (...) 2 Las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo, y todas aquellas cuyo protocolo ó matriz hubiere desaparecido. 3 Cualquier otro documento público y solemne que por su índole carezca de original ó registro con el que pueda comprobarse".

1.º Las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquéllas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido.

2.º Cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o registro con el que pueda cotejarse o comprobarse.

2. En los casos de desaparición del protocolo, la matriz o los expedientes originales, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.221 del Código Civil. "

De acuerdo con el artículo 1221 del Código Civil citado en el Proyecto, si no se pudiera realizar el cotejo por desaparición de la escritura matriz, el protocolo o el expediente original harán prueba:

(1).- Las primeras copias extraídas por el funcionario que las autoriza.

(2).- Las copias posteriores realizadas por mandato judicial con citación de parte.

(3) Las anteriores, pero sin mandamiento judicial, aunque si con la conformidad de los interesados.

(4) Todas las que tengan una antigüedad de treinta años, siempre que fuesen tomadas del original. Se presume que estos documentos contienen todas las solemnidades requeridas (*in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*)¹⁹⁹.

Si la escritura es menor de treinta años, se considerará como un *principio de prueba*²⁰⁰.

¹⁹⁹ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 113.

²⁰⁰ *Código Civil*, artículo 1221, "Cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo, o los expedientes originales, harán prueba: 1. Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara. 2. Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados. 3. Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad. A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de su custodia. Las copias de menor antigüedad, o que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, sólo servirán como un principio de prueba por escrito (...)" ; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 729.

Importante es la apreciación judicial que han de tener, los documentos que el Código, en su artículo 1221 (*final*), denomina, siguiendo el *Proyecto de 1851*, el cual continúa al *Code francés*, "*copias de copias*". Según estos textos, los documentos que son copia de otra copia serán apreciados por los Tribunales según las circunstancias, son como decía el *Proyecto*, un principio de prueba o indicio²⁰¹.

- B) En segundo lugar, los documentos que no hubiesen sido presentados junto a la demanda o contestación, y por tanto, no fundan la acción o defensa, deberán de traerse a juicio en virtud de mandamiento judicial con citación de la parte a quién perjudiquen²⁰².

- C) En tercer lugar, se establece que si a una de las partes le interesa sólo presentar partes del contenido del documento público o solemne, puede solicitar *certificación o testimonio* al encargado del archivo²⁰³.

Pero expresa la norma, algo que se distancia del sistema anterior, dice que "*adicione á él lo que el colitigante señalare*", es decir, que por un principio de reciprocidad, para evitar que el productor del documento, lo haga de forma parcial, buscando sólo las partes del instrumento que le benefician y evitando las que le perjudican, por este motivo, se le otorga a la otra parte la oportunidad de producir los contenidos que específicamente señalare por que le pueden beneficiar o se puede llegar mejor a la verdad²⁰⁴.

²⁰¹ *Código Civil*, artículo 1221 (*final*), "(...) La fuerza probatoria de las copias de copia ser apreciada por los Tribunales según las circunstancias".

- *Proyecto de Código Civil de 1851*, artículo 1216 (*final*), "Las copias de copias servirá de principio de prueba por escrito, ó únicamente de meros indicios, según las circunstancias".

- *Code Civil*, artículo 1335.4, "Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements"; Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., págs. 458 y 459.

²⁰² *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 597.2.

²⁰³ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 597.3.

²⁰⁴ Vicente y Caravantes, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, op. cit., pág. 164.

Por su parte, el artículo 600, se refiere a los documentos otorgados en país extranjero, los cuales tendrán la misma fuerza probatoria siempre y cuando cumplan con las solemnidades requeridas en España y fuesen²⁰⁵.

En cuanto a la fuerza probatoria de las *copias* de los documentos públicos, según el artículo 1220 del Código Civil, harán prueba salvo que fuesen impugnadas por la parte a quién han de perjudicar en juicio, en este caso, deberán cotejarse con la matriz o protocolo. En caso de discordancia entre la copia y el protocolo, se estará a lo dispuesto en éste último, conforme a los postulados del derecho común²⁰⁶.

El documento privado, según el artículo 1225 del Código Civil, tendrá la misma eficacia probatoria del documento público, siempre que sea reconocido legalmente como auténtico, entre las partes y los causahabientes²⁰⁷.

Por el momento los documentos electrónicos son privados, pero llegado el momento, entre las clases de documentos públicos, habrían de incluirse las certificaciones emitidas por fedatario electrónico.

3.2. *Eficacia Probatoria de los Documentos Privados.-*

Los documentos privados son regulados en los artículos 602 a 605 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1881*, se refieren estos artículos exclusivamente a la producción y la obligación de exhibición de los mismos. De cualquier forma se unirán a los autos excepto los que obren en poder de un tercero los cuales deberán testimoniarse²⁰⁸.

²⁰⁵ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 600.

²⁰⁶ *Código Civil*, artículo 1220, "Las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 727.

²⁰⁷ *Código Civil*, artículo 1225, "El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 722.

²⁰⁸ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 602; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 724.

Si el documento fuese de exclusiva pertenencia de un tercero, no estará obligado a exhibirlo en el procedimiento, pero se hace reserva expresa para que el interesado ejercite la acción *ad exhibendum* o las que correspondan en proceso distinto²⁰⁹.

No hay ninguna norma referida a la eficacia probatoria de los documentos privados, por ello, sigue vigente el sistema anterior, si bien la doctrina jurisprudencial estima que éstos carecen por sí de la eficacia legal y fuerza probatoria necesaria que se requiere para darles entera fe en juicio, salvo que fuesen reconocidos en juicio por el que los otorgó o mandó hacer, o los testigos instrumentales, o comprobada su autenticidad mediante cotejo.

El artículo 604 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, obliga al reconocimiento en juicio del documento privado por la parte a quién perjudica, siempre y cuando hubiese sido solicitado por la otra²¹⁰.

El Proyecto difiere en cuanto al tratamiento de la eficacia probatoria de los documentos privados.

- En primer lugar, como en el derecho común, se consideran documentos privados, por exclusión, los que no son públicos.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 325, "Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquéllos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 318".

Tradicionalmente se ha tratado de definir los documentos privados como aquellos que por exclusión, no eran públicos ni auténticos. Pero ésta división, ha sido matizada por el Código Civil, según el cual, en su artículo 1223, los documentos públicos pueden que participen de la naturaleza de los privados.

Si los documentos públicos contienen dos elementos que configuran su eficacia como prueba, cual es la autoría y la forma. La falta de cualquiera de estos

²⁰⁹ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 603; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 724 y 725.

²¹⁰ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 604, "Los documentos privados y la correspondencia serán reconocidos bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quién perjudiquen, si lo solicitare la contraria (...)"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 723.

elementos transforman el documento en privado siempre que esté suscrito por las partes, de acuerdo con el artículo mencionado²¹¹.

- En segundo lugar, los documentos privados serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica, y sólo, si son reconocidos o admitidos por la parte a quién han de perjudicar, harán prueba plena. El tratamiento distinto respecto al sistema vigente es que, en cualquier caso, el documento será valorado, ya haciendo prueba plena o con relación al conjunto de las pruebas (sana crítica).

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 327,

"Fuerza probatoria de los documentos privados.

1. Los documentos privados serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 320, cuando su autenticidad sea reconocida o admitida por la parte a quien perjudiquen, a petición de quien los presente. 2. Si son varias las partes a quien puede perjudicar un documento privado y no es reconocido o admitido por todas ellas, el documento no hará prueba plena y se valorará conforme a las reglas de la sana crítica".

- En tercer lugar, los libros de los comerciantes serán tratados como medio probatorio de acuerdo con las normas mercantiles.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 328,

"Libros de los comerciantes. Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles".

Por el artículo 2 de la *Ley 19/1989*, de 25 de Julio, de reforma parcial y adaptación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea, se produce una remisión de forma tácita a las reglas del Código Civil, al exponer que el valor

²¹¹ *Código Civil*, artículo 1223, "La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 718.

probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables se apreciarán por los Tribunales conforme a las reglas generales del derecho²¹².

El Código Civil por su parte, estima que la eficacia probatoria de un documento privado radica en la autoría, a diferencia de los públicos que también requieren de forma solemne. De esta manera, el documento el cual se conoce ciertamente su autor hace prueba.

Por este motivo, la averiguación de la procedencia del documento, de la autoría, es una cuestión fundamental para establecer su autenticidad. Tan importante, que se establece la obligación de confirmación de la firma por quién aparezca como autor de un documento privado. En caso de negativa o resistencia a reconocer o no, en su caso, la suscripción que aparece en el documento privado, el Tribunal podrá apreciar que se ha confesado la autenticidad del mismo, todo ello de acuerdo con el artículo 1226 del Código²¹³.

Respecto a la prueba de la *data*, hace fe de la misma entre las partes, la consignada en el propio documento. Pero tratándose de terceros, de acuerdo con el artículo 1227 del Código, sólo hace fe desde el momento en que el documento se incorpora a un Registro público, se entrega a un funcionario por razón de su oficio, o desde el fallecimiento del que lo suscribió²¹⁴.

Los documentos que Bentham denominó *casuales*²¹⁵, como asientos, registros y papeles privados, de acuerdo con el artículo 1228 del Código Civil,

²¹² Actual artículo 31, *Código de Comercio*, en virtud del artículo 2 de la *Ley 19/1989*, de 25 de Julio, de reforma parcial y adaptación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea.

²¹³ *Código Civil*, artículo 1226, "Aquel a quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya. Los herederos o causahabientes del obligado podrán limitarse a declarar si saben que es o no de su causante la firma de la obligación. La resistencia, sin justa causa, a prestar la declaración mencionada en los párrafos anteriores podrá ser estimada por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento".

²¹⁴ *Código Civil*, artículo 1227, "La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 722.

²¹⁵ Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, op. cit., pág. 32; Lessona, C., *Teoría general de la prueba en derecho civil*, op. cit., Tomo II, pág. 8.

hacen prueba en contra de su autor; más si alguien quisiese aprovecharse de ellos, deberá aceptar tanto la parte que le beneficie como la que le perjudique²¹⁶.

Del mismo modo, desde el punto de vista del acreedor, según el artículo 1229 del Código Civil, las notas puestas en un documento al dorso del mismo, hacen prueba en favor del deudor en cualquier caso, tanto si el documento obra en poder del acreedor como del deudor. Si el acreedor quisiese aprovecharse de ellas, pasará por la parte que le perjudica²¹⁷.

Todo lo expuesto puede ser aplicado a los documentos electrónicos.

3.3. *Eficacia Probatoria frente a Terceros.-*

El artículo 1230 del Código Civil (*in fine*), enuncia un principio general, según el cual, los documentos públicos tendrán eficacia probatoria frente a terceros siempre que consten en un Registro público, y su eficacia se circunscribe, como ya se dijo, al hecho que motiva el otorgamiento y a la fecha de éste²¹⁸.

Por este motivo, siguiendo la norma descrita, el documento privado que se realiza, modificando lo pactado en escritura pública no ha de tener efectos frente a terceros²¹⁹. Se denomina contraescritura y, según Bonnier, es el "escrito destinado

²¹⁶ *Código Civil*, artículo 1228, "Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 721 y 722.

²¹⁷ *Código Civil*, artículo 1229, "La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que obre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entender de la nota escrita o fijada por el acreedor al dorso, al margen o a continuación del duplicado de un documento o recibo que se halle en poder del deudor. En ambos casos, el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 721 y 722.

²¹⁸ *Código Civil*, artículo 1218; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 718.

²¹⁹ *Código Civil*, artículo 1230, "Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 722.

a permanecer en secreto, que anula o modifica las cláusulas de un acta o escritura ostensible"²²⁰.

4. Falsedad Civil y Cotejo.-

Generalmente los documentos que son presentados en juicio pueden redargüirse de falsos por la parte a quién perjudican. Pero el concepto de falsedad no es único, sino que hay una falsedad civil, y otra penal.

La falsedad civil o *impugnación* se refiere a la falta de solemnidades o eficacia jurídica de los documentos, por este motivo no hay acción criminal. La falsedad penal hace referencia a la falta de verdad del contenido del documento (ésta será tratada más adelante).

Por este motivo, un documento con todas las solemnidades hace prueba en juicio civil de su contenido, de los hechos que narra, de los intervinientes y de los derechos que se otorgan, aunque algunas de sus partes no respondan a la verdad, a la realidad. Es decir, la verdad de fondo de un documento se determina criminalmente. Al contrario, un documento que no cumple alguna de las condiciones que el derecho requiere para su eficacia, no hará prueba en juicio civil, aunque su contenido sea real y veraz (ausencia de firma digital).

De esta forma, los Códigos de procedimiento civil habían de regular las actuaciones en caso de impugnación civil del documento, y en su caso, su remisión a otro procedimiento en caso de impugnación penal del mismo, es decir, el cotejo y la suspensión del juicio civil por sometimiento a la jurisdicción penal.

La comparación de escrituras o cotejo se regula en la *Ley de Enjuiciamiento de 1881*, en los artículos 606 a 609 respectivamente. De incuestionable valor es la simplicidad con que la ley procesal trata este tema, abandonando las prácticas de redacción extensa de los textos legislativos anteriores.

El artículo 606 manifiesta los casos en que es posible solicitar la comparación.

²²⁰ Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, op. cit., pág. 125.

La *Ley de enjuiciamiento Civil de 1881*, en su artículo correlativo, amplía los supuesto a los documentos que carezcan de matriz o protocolo²²¹. En cualquier caso, tratándose de documento público, desde su impugnación se estaría en la obligación de realizar cotejo²²². Si es privado, la parte habrá de impugnarlo expresamente, y se realizará cotejo, pues en caso contrario, se daría validez al mismo²²³.

La comparación ha de realizarse necesariamente entre el documento impugnado y otro, de autenticidad fuera de toda duda, el cual se denomina *documento indubitado* o *indubitativo*, para diferenciarlo del *dubitado* o *dubitativo*. El auténtico ha de ser presentado o designado por la parte que solicita la prueba²²⁴.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, trata el supuesto que no hubiere documentos indubitados, en este caso, de forma rotunda, expresa el artículo 607, que se tendrá por válidos los documentos públicos, y respecto a los privados, el Juez será libre de apreciarlo en relación con las demás pruebas²²⁵.

²²¹ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 606, "Podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue por la parte a quien perjudique o se ponga en duda la autenticidad de un documento privado, o la cualquier documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido (...)"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 723, 728 y 729.

²²² *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 511, "Cuando sea público el documento y se impugne su autenticidad, o alguna de las partes dudare de la exactitud de la copia, se procederá a su cotejo con citación contraria, en la forma que previene el artículo 599 (...)"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 614, 726 y 727.

²²³ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 512, "Si fuere privado el documento se tendrá por válido y eficaz cuando la parte a quién perjudique lo reconozca como legítimo. Se tendrá por hecho este reconocimiento si no lo impugna expresamente o deja pasar los seis días sin evacuar el traslado (...)"; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., págs. 614, 723, 726 y 727.

²²⁴ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 607; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 728.

²²⁵ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 607, "(...) Si no los hubiere, se tendrá por eficaz el documento público, y respecto del privado el Juez apreciará el valor que merezca, en combinación con las demás pruebas".

Son documentos *indubitados*, al amparo del artículo 608 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*:

Artículo 608, "Se consideran indubitados para el cotejo: 1º. Los documentos que las partes reconozcan como tales de común acuerdo. 2º. Las escrituras públicas y solemnes. 3º. Los documentos privados cuya letra ó firma hayan sido reconocidas en juicio por aquel á quien se atribuya la dudosa. 4º. El escrito impugnado en la parte en la parte en que reconozca la letra como suya aquel á quien perjudique"²²⁶.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, en su artículo 609, es más explícita, declarando que "*se apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica*"²²⁷.

La suspensión del juicio civil por sometimiento a la jurisdicción penal debido a la mantenida falsedad de un documento, está condicionada por que el propio documento ya que, como prueba, ha de ser de influencia notoria en el pleito, es decir, que funden la demanda o defensa²²⁸, sin que pueda suspenderse si no se entablara dicha acción criminal.

En el Proyecto, se dictan normas sobre la comparación de escrituras cuando se trata de dilucidar la autenticidad de un documento público.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 321,
"(...) 2. Si se impugnase la autenticidad de un documento público, para que pueda hacer prueba plena se procederá de la forma siguiente:

1.º Las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, donde quiera que se encuentren.

²²⁶ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 608; Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 728.

²²⁷ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 609, "El Juez hará por sí mismo la comprobación, después de oír a los peritos revisores, y se apreciará el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquellos".

- En el cotejo existe un momento en que el Juez realiza un reconocimiento judicial, en Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, op. cit., pág. 726.

²²⁸ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, artículo 514.

2.º Las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro.

3. El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el Secretario, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde se halle el original o matriz, a presencia, si concurrieren, de las partes y de sus defensores, que serán citados al efecto. También podrá hacerlo el tribunal por sí mismo cuando lo estime conveniente.

4. Cuando de un cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de veinte mil a cien mil pesetas".

La novedad radica en la posibilidad de cotejo de las copias de los documentos privados cuando fuesen impugnados. Así, podrá cotejarse con el original si fuere posible, en caso contrario, se determinará su valor probatorio con arreglo a las reglas de la sana crítica.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 335,
"Valor probatorio de las copias reprográficas y cotejo.

1. Si la parte a quién perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuere posible y, no siendo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo también será de aplicación a los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes.

3. El cotejo a que el presente artículo se refiere se verificará por el Secretario, salvo el derecho de las partes a proponer prueba pericial".

El problema se plantea cuando se ha de cotejar el documento electrónico, ya que todos son originales. La oportunidad de prueba se plantea por la autoridad de certificación quién verificará la autenticidad del mismo.

En cualquier caso, la comparación de escrituras como medida para la verificación del documento dudoso, no es aceptable para el documento electrónico, pues ésta se funda básicamente en la investigación acerca de la veracidad de la firma y cuerpo de escritura del documento por un experto calígrafo.

El documento electrónico necesitará, en el caso de que se dude de su autenticidad, de una prueba pericial realizada por un experto informático en comunicaciones, que comprobará la titularidad indiscutible del documento y la no alteración del contenido.

5. El Contrato Electrónico como fundamento del Proceso Monitorio.-

El proceso monitorio, de acuerdo con el texto del *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, es el juicio entre particulares sobre la base de una deuda documentada, dineraria, vencida, exigible y de cantidad determinada, cuyo fin es satisfacer al acreedor en su crédito mediante la emisión de un mandato judicial de ejecución.

Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 810, "1.

Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada (...).

La razón del establecimiento de un procedimiento monitorio es que se tiene la certeza de que el demandado-deudor no se opondrá por ajustarse a la realidad la pretensión del demandante²²⁹. Si éste se opone o "da razones", se seguirá el juicio por los trámites del juicio verbal.

²²⁹ Lorca Navarrete, A. M., *El procedimiento monitorio civil*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 1996, pág. 17.

De la naturaleza jurídica del proceso monitorio como "*sumario determinado*" o "*ejecutivo*", se desprende que será el cauce procesal normal de resolución de conflictos intersubjetivos. Las deudas dinerarias podrán ser satisfechas de manera eficaz y rápida en un proceso en el que el juzgador conocerá parcialmente el fondo del asunto aunque su resolución tiene el efecto de cosa juzgada, y sólo entrara en él, en el caso de oposición del deudor.

El Proyecto sigue el modelo italiano de técnica monitoria (*procedimento d'ingiunzione*), aunque sin la rigidez en cuanto al carácter de "incontestable" del documento. Se necesita de una prueba o principio de prueba documental para que, sobre la base de la misma, se requiera de pago al deudor-demandado.

Las transacciones electrónicas a través de Internet se formalizan en un documento (electrónico) que constituye la base o fundamento de su prueba. El Proyecto previene en toda su extensión la inclusión de los documentos electrónicos en los tipos documentales probatorios que han de fundamentar el fondo de una pretensión monitoria. Así, conforme al artículo 810 del citado Proyecto, respecto al documento electrónico como fundamento de una demanda monitoria, pueden realizarse las siguientes consideraciones:

a) Se reconoce expresamente al documento electrónico como susceptible de fundamentar una pretensión monitoria (el documento, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico)²³⁰.

b) Para que el documento electrónico fundamente un proceso monitorio deberá estar firmado digitalmente²³¹.

²³⁰ Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 810, "1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes: 1.º Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren (...)".

²³¹ Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998, artículo 810, "(...) que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

c) Implícitamente, se reconoce el valor de la certificación digital emitida por la autoridad de certificación como fundamento de la relación habitual entre acreedor y deudor y base de un proceso monitorio²³².

²³² *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998*, artículo 810, "(...) 2.º Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: 1.º Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera (...)"

Capítulo Séptimo
El Delito de Falsedad en Documento Electrónico y Estafa
Electrónica.

Capítulo Séptimo. El Delito de Falsedad en Documento Electrónico y Estafa Electrónica.

Sumario: (1). El Delito de Falsedad en Documento Electrónico; (2). Bien Jurídico Protegido; (3). Régimen Jurídico de la Falsificación del Documento Electrónico; (3.1). Tipo “de creación”; (3.2). Tipo “de uso”; (4). La Estafa Electrónica.

1. El Delito de Falsedad en Documento Electrónico.-

El delito de falsedad en documento electrónico se encuentra dentro de la serie de acciones punibles denominadas comunmente por la doctrina como delitos informáticos, pues su acción "se lleva a cabo utilizando un elemento informático"²³³. Como tal, no está expresamente contemplado en el texto punitivo, por este motivo, desde el punto de vista sistemático, ha de comprenderse en el Libro 2º, Título 18, Capítulo 2º, "*De las falsedades documentales*" del Código Penal de 1995.

¿Cual es la razón?. Se ha de partir del concepto de documento del artículo 26 del Código Penal de 1995.

Código Penal de 1995, artículo 26, "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica"²³⁴.

²³³ Davara Rodríguez, M. A., *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, op. cit., 161.

²³⁴ *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de Noviembre.

A los efectos penales, es documento, todo medio (*cosa mueble*) que sea expresión de algún hecho con relevancia jurídico-probatoria. Desde este punto de vista, el documento electrónico cumple todas esas circunstancias, por lo que, como ya se expuso, le hacen participar de la naturaleza jurídica del documento.

Otro dato a tener en cuenta, es que, por el momento, todos los documentos electrónicos son privados, por los que sólo cabe la conducta de falsificación en documento privado o mercantil.

Por todas estas razones, con el texto de la ley, hemos interpolado la palabra electrónica, para una mayor comprensión del mismo.

2. Bien Jurídico Protegido.-

La punibilidad de la conducta falsaria del documento electrónico, tiene su fin en la protección penal del tráfico jurídico en las redes de información (*comercio electrónico*), consecuencia del principio de la buena fe entre los contratantes, extremos que se destruyen con la conducta típica que conforma el delito.

Además de proteger el comercio electrónico, en la misma línea que el anterior Código, el Código Penal de 1995 cuida de la pureza del procedimiento judicial, sancionando el uso del documento [electrónico] falso en el propio juicio como prueba (artículo 396).

3. Régimen Jurídico de la Falsificación del Documento Electrónico.-

3.1. Tipo “de creación”.-

Como señala Quintero Olivares²³⁵, tradicionalmente la falsedad en documento privado ofrece dos modalidades. Tipos que en sustancia se reproducen

²³⁵ Quintero Olivares, G., *"Sobre la falsedad en documento privado"*, Revista Jurídica de Cataluña LXXV (1976), núm. 1, Barcelona 1976, pág. 41.

en el Código Penal de 1995. La primera modalidad es denominada comúnmente por la doctrina como “*de creación*”.

Código Penal de 1995, artículo 395, “El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado *electrónico* alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Se precisa para la concurrencia de este delito de acuerdo con el artículo expuesto:

- En primer lugar, que la acción de alteración, simulación o suposición de la verdad se efectúe en documentos privados [electrónicos].

- En segundo lugar, que dicha alteración, simulación o suposición se produzca sobre extremos esenciales y no sobre puntos de intrascendencia.

- En tercer lugar, que concurren alguna de las falsedades previstas en el artículo 390.1 del Código Penal de 1995, estas son las modalidades típicas de falsificación (en la anterior regulación eran en número de nueve reduciéndose en el nuevo Código Penal a sólo cuatro, si bien, con la redacción nueva pueden incluirse todas y cada una de las modalidades anteriores; se refieren a la falsificación de documento privado *electrónico* las tres primeras).

Código Penal de 1995, artículo 390.1, “(...) 1. Alterando un documento [electrónico] en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2. Simulando un documento [electrónico] en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3 Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho”.

- En cuarto lugar, hay que abordar el tema referido al tipo de perjuicio “*para perjudicar a otro*”. La doctrina ha distinguido con relación a la antigua redacción, entre el criterio objetivo <<*con perjuicio de tercero*>>, y el criterio subjetivo

<<con ánimo de causárselo>>, en este último caso la ley equiparaba el perjuicio intentado al consumado²³⁶.

En la nueva redacción del Código se sustituyen ambos criterios por el de "*para perjudicar a otro*"; entendemos que el legislador ha eliminado el elemento objetivo, requiriendo por tanto para la formación del tipo el ánimo de causar perjuicio, la forma dolosa y no el mero dolo eventual²³⁷, y se concreta "en un delito de simple actividad presidido por el propósito de causar un perjuicio económico o de cualquiera otra naturaleza"²³⁸.

El perjuicio sin intención, entendemos que queda fuera del tipo, como acción falsaria no punible, aunque con frecuencia pueden ser conducta delictiva²³⁹. Esta es una novedad introducida en la nueva redacción dentro de la modalidad creativa del delito de falsedad en documento privado, y por tanto, en documento electrónico. Aunque con anterioridad se declaró por la jurisprudencia la absolución de quién aún constando el perjuicio causado no se acreditó el ánimo de causárselo (S.T.S. 18-4-1964)²⁴⁰.

- En quinto lugar, además del elemento doloso de perjuicio que se requiere para la formación del tipo, en éste ha de concurrir también lo que se ha denominado <<*dolo falsario*>> o representación y propósito o volición de faltar, documentalmente y por un sistema electrónico, a la verdad²⁴¹.

Del mismo modo, y con las condiciones que se han expuesto más arriba, importante es el artículo 392, el cual sanciona las conductas descritas en el artículo 390.1, siempre y cuando, se produzcan por particular sobre documento mercantil. Piénsese, que la mayoría de los documentos informáticos o electrónicos son de naturaleza mercantil en cuanto se producen con ocasión del comercio electrónico.

²³⁶ Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Madrid 1994, pág. 989.

²³⁷ Varios autores, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid 1997, pág. 1072.

²³⁸ Varios autores, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 1747.

²³⁹ Varios autores, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 1747.

²⁴⁰ Quintero Olivares, G., "*Sobre la falsedad en documento privado*", loc. cit., pág. 42.

²⁴¹ Entre otras, Sentencias de 12-12-1974, 13-10-1976 y 31-10-1979.

Código Penal de 1995, artículo 392, "El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

3.2. Tipo "de uso".-

El artículo 396 del Código Penal de 1995 sanciona el uso de un documento privado [electrónico] falso, tanto en juicio como fuera de él, si bien con el ánimo de causar perjuicio y siempre que el sujeto sea consciente de la falsedad del documento privado [electrónico].

Código Penal de 1995, artículo 396, "El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento [electrónico] falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores".

Para la configuración del tipo, son elementos definidores de este delito, en primer lugar, que el documento refutado de falso se presente en juicio (claro esta, como prueba documental), o que se use en el tráfico jurídico como si fuera verdadero.

En segundo lugar, requiere la plena consciencia de la falsedad del documento [electrónico] "*a sabiendas de su falsedad*".

En tercer lugar, en cuanto al autor material, con la nueva redacción del tipo descrito, puede ser cualquiera que sea consciente de la falsedad del documento [electrónico]. La anterior redacción disponía que el autor sólo podría ser persona ajena a la falsificación material del documento "*sin haber tomado parte en la falsificación*" (art. 307 Código Penal de 1973). De esta forma, el autor de la falsificación podría usar el documento, sin ser sancionable ésta última acción, y sólo sería punible la acción creativa de la falsificación.

Esta situación de inseguridad ha sido modificada con la actual redacción del tipo <<*de uso*>>. En este sentido, el autor material de una falsificación en

documento privado [electrónico] que lo usare tanto en juicio (de modo objetivo), como fuera de él (con ánimo de perjudicar) podría ser sancionado tanto por la falsificación en su modalidad creativa, como por el uso que se hiciera.

En cuarto lugar, se requiere para la modalidad de uso en el tráfico jurídico, el elemento volitivo de perjuicio de tercero; dicho elemento no es requerido cuando se refiere a la presentación en juicio, y tan sólo se requiere el conocimiento de la falsedad independientemente del perjuicio o no, ya que siguiendo la estricta redacción del tipo, una acción excluye a la otra (*presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso*).

En la anterior regulación, artículo 307, se requería en ambas modalidades la intención de perjudicar o el ánimo de lucro; la situación ha sido modificada profundamente, en cuanto que no se necesita de intención, y basta con la sola presentación en juicio.

4. La Estafa Electrónica.-

Sistemáticamente, dentro del Libro 2º, Título 13º, Capítulo 6º, se establece el delito de estafa, como los que, con ánimo de lucro, utilizando engaño bastante para producir error en otro, inducen a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

El Código Penal de 1995, en su artículo 248.2, establece el delito de estafa electrónica consistente en, los que con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

Requisitos:

1. Que se produzca a través de medios informáticos.
2. Que no exista consentimiento.
3. Que se produzca la efectiva transferencia patrimonial.
4. Que sea en perjuicio de tercero.

Bibliografía.

- Bibliografía citada -

- Alvarez-Cienfuegos Suarez, J. M., "*Las obligaciones concertadas por medios informáticos. La documentación electrónica de los actos jurídicos*", III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Resumen de Comunicaciones, en *Informática y Derecho* 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, págs. 156 y 157.
- Asís Roig, A. de, "*Documento electrónico en la Administración Pública*", en *Ambito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial XI (1996), Consejo General del Poder Judicial, págs. 137-189.
- Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Vol. I, Traducción de Osorio, M., Buenos Aires 1959.
- Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Traducido y anotado con arreglo al derecho español por Vicente y Caravantes, J., Quinta Edición, Tomo II, Ed. Reus, Madrid 1929.
- Bono, J., "*Conceptos fundamentales de la diplomática notarial*", *Historia, Instituciones y Documentos* XIX (1992).
- Boyer, G., "*La preuve dans les anciens droits du Proche-Orient*", *Recueils de la Société Jean Bodin* XVI (1964).
- Calamandrei, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Traducción de Sentís Melendo, S., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1945.

- Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil: II. Composición del Proceso*, Traducido por Alcalá-Zamora, N., y Sentís Melendo, S., con las adiciones al derecho español por Alcalá-Zamora, N., Buenos Aires 1944.
- Carrascosa López, V., "*Valor probatorio del documento electrónico*", en *Informática y Derecho* 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1995, págs. 133-173.
- Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M^a., Rodríguez de Castro, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Ed. Comares, Granada 1997.
- Chiovenda, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción española de la tercera edición italiana (prólogo y notas) por Casáis y Santaló, J., Tomo II, Ed. Reus, Madrid 1922.
- Davara Rodríguez, M. A., *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.
- Davara Rodríguez, M. A., "*Las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información en la Empresa: Implicaciones Socio-Jurídicas*", en *Informática y Derecho* 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, págs. 27-39.
- Davara Rodríguez, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1997.
- Devoto, M. y Lynch, H. M., "*Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*", información contenida en el sitio Web: <http://www.it-cenit.org.ar/Publicac/BancaMD/BanCom1>. Originalmente, publicado en la revista jurídica LA LEY, de Buenos Aires, en su edición del 21 de abril de 1997, sobre la base del trabajo realizado por el Dr. Mauricio Devoto, "*El comercio electrónico y la firma digital*", que obtuviera el Primer premio en la XXIV Jornada Notarial Argentina, desarrollada en Buenos Aires en Noviembre de 1996.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Sexta Edición, Ed. Tecnos, Madrid 1994.

- Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, Traducción de González Collado, S., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954.
- Gallardo Ortiz, M. A., "*Criptología, seguridad informática y Derecho. Leyes del ciberespacio*", III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Resumen de Comunicaciones, en *Informática y Derecho* 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, págs. 47 y 48.
- Giannantonio, E., *Introduzione all'informatica giuridica*, en *Informatica e Ordinamento Giuridico*, Giuffrè Editore, Milano 1984.
- Gómez Orbaneja, E., *La prueba preconstituida*, Anales de la Academia Matritense del Notariado II (1950).
- Gordon Childe, V., *Los orígenes de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, Méjico 1954.
- Gran Enciclopedia Larousse, tomo 6º, Ed. Planeta, Barcelona 1987, Voz "*Criptografía*".
- Guasp, J., "*La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*", Revista de la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, VI (1945).
- Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968.
- Guerra Balic, J. T., "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", en *Informática y Derecho* 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1995, págs. 63-131.
- Guidi, P., *Teoria Giuridica del Documento*, Ed. Giuffrè, Milano 1950.
- Información contenida en el página web: <http://a01-unix.gsync.inf.uc3m.es/~aie/lro9798/presentacion.html#componentes>.
- Información contenida en la página Web de Ribas & Rodríguez Abogados Asociados (<http://www.onnet.es>).

- Información contenida en la página Web: <http://a01-unix.gsync.inf.uc3m.es/%7Esmartine/lro9798/>.
- Información contenida en la página Web: <http://www.commercenet.org/commercenet/conoc/faq.htm>.
- Levy, E., "*L'evolution de la preuve des origines a nos jours*", Recueils de la Société Jean Bodin XVII (1965).
- Lorca Navarrete, A. M., *El procedimiento monitorio civil*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 1996.
- Madrid Parra, A., "*Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL*", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Julio de 1997, pág. 1.
- Navarro Hernán, M., *El documento auténtico y la casación civil y penal*, Ed. Montecorvo, Madrid 1977.
- Osorio Morales, J., *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos (Parte General)*, Segunda Edición, Ed. Comares, Granada 1986.
- Peso Navarro, E. del, "*Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*", en *Ambito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial XI (1996), Consejo General del Poder Judicial, págs. 191-245.
- Pirenne, J. "*La preuve dans la civilisation de l'Egypte antique*", Recueils de la Société Jean Bodin XVI (1964).
- Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona 1985.
- Quintero Olivares, G., "*Sobre la falsedad en documento privado*", *Revista Jurídica de Cataluña* LXXV (1976), núm. 1, Barcelona 1976.
- Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1980.
- Ramos Suárez, F., "*Autoridades de certificación*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).

- Ramos Suárez, F., "*El comercio electrónico global*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).
- Ramos Suárez, F., y Gallego, F., "*Problemas jurídicos del comercio electrónico*", información contenida en la página Web de Anguiano&Asociados Abogados, Departamento de Comercio Electrónico, (<http://www.arrakis.es/-anguiano>).
- Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Madrid 1994.
- Rouanet Moscardó, J., "*Valor probatorio procesal del documento electrónico*", en *Informática y Derecho 1*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida 1992, págs. 163-175.
- Ruiz, J., "*Protección de la información en internet: control de acceso e integridad*", información contenida en la página Web de SGI Soluciones Globales Internet (<http://www.esegi.es>).
- Salvioli G., *Storia della procedura civile e criminale*, Vol. III, Parte Prima e Parte Seconda, Storia Diritto Italiano, bajo la dirección de Del Giudice, P., Firenze 1969.
- Scialoja, V., *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, Trad. de Sentis Melendo, S., y Ayerra Redin, M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1954.
- Varios autores, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid 1997.
- Varios autores, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.
- Vicente y Caravantes, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo II, Madrid 1856.

Indice.

Indice

Capítulo Primero. Sociedad de la Información y Derecho.

Sumario: (1). Sociedad de la Información y Derecho, pág. 9; (2). Comercio Electrónico e Internet, pág. 13; (3). Declaración Conjunta entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre Comercio Electrónico, pág. 17; (4). El Intercambio Electrónico de Datos (EDI), pág. 23; (5). Marco Legal, pág. 25; (6). Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, pág. 26; (6.1). Ambito de aplicación, pág. 27; (6.2). Conceptos, pág. 28; (6.3). Interpretación, pág. 29; (6.4). Autonomía de la voluntad, pág. 30; (6.5). La forma electrónica de consentir, pág. 31; (6.6). El mensaje electrónico es un documento, pág. 32; (6.7). Es una cosa mueble, pág. 33; (6.8). Autoría, pág. 34; (6.9). La firma, pág. 37; (6.10). Autenticidad del mensaje electrónico, pág. 38; (6.11). La prueba documental electrónica, pág. 40; (6.12). Eficacia probatoria del documento electrónico, pág. 40; (6.13). Tiempo y lugar de los documentos electrónicos, pág. 44.

Capítulo Segundo. El Contrato Electrónico.

Sumario: (1). El Concepto de Contratación Electrónica, pág. 51; (2). El Consentimiento: ¿Electrónico?, pág. 52; (3). La Oferta y Aceptación Electrónica, pág. 54; (4). La Perfección del Contrato Electrónico, pág. 56; (5). El Cumplimiento del Contrato, pág. 58; (5.1). El Dinero Electrónico, pág. 58; (5.2). La Transferencia Electrónica de Fondos, pág. 61; (5.3). Pago mediante Tarjeta de Crédito, pág. 63.

Capítulo Tercero. El Contrato de Compraventa a Distancia.

Sumario: (1). El Contrato de Compraventa a Distancia, pág. 69; (2). Concepto, pág. 71; (3). No son Ventas a Distancia, pág. 75; (4). Elementos del Contrato de Compraventa a Distancia, pág. 79; (5). Derecho de Información del Consumidor, pág. 84; (6). El Cumplimiento del Contrato, pág. 88; (7). Derecho de Resolución, pág. 91; (8). El Registro de Empresas de Ventas a Distancia, pág. 95.

Capítulo Cuarto. La Factura Telemática.

Sumario: (1). La Factura Telemática, pág. 103; (1.1). Conceptos, pág. 103; (1.2). Obligación de expedir facturas de empresarios y profesionales, pág. 107; (1.3). Sustitución del formato papel, pág. 107; (1.4). Solicitud para la autorización de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos, pág. 109; (1.5). Adhesión de los usuarios a un sistema implantado, pág. 120; (2). Obligaciones del Empresario o Profesional Emisor y Receptor, pág. 124; (3). Obligaciones del Promotor en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática, pág. 126; (4). Obligaciones del Usuario en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática, pág. 130; (5). Obligaciones de los Prestadores de Servicios Informáticos en un Sistema de Intercambio de Facturación Telemática, pág. 134.

Capítulo Quinto. La Prueba Documental Electrónica (I).

Sumario: (1). Historia, Prueba, Documentos y Documento Electrónico, pág. 139; (2). Concepto de Documento, pág. 145; (3). El Documento Electrónico: ¿Es un Documento?, pág. 148; (4). Naturaleza Jurídica *Ad Probationem*, pág. 153; (5). Marco Legal, pág. 154; (6). La Prueba Documental Electrónica, pág. 157; (7). Elementos que Configuran la Prueba Documental Electrónica, pág. 164; (7.1). Autoría y Suscripción, pág. 164; (7.2). Autenticidad Documental y Seguridad Informática, pág. 167;

(7.3). La *Criptografía*, pág. 169; (7.4). La Firma Digital, pág. 171; (7.5). Los Certificados Digitales y Autoridad de Certificación, pág. 174; (8). Prueba Documental Electrónica: ¿Pública o Privada?, pág. 180; (9). Eficacia Jurídica de las Pruebas, pág. 182; (10). Autenticidad Documental y Eficacia Probatoria, pág. 183; (11). Autenticidad y Falsedad Documental, pág. 188.

Capítulo Sexto. La Prueba Documental Electrónica (II): Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Proyecto de 1998.

Sumario: (1). El Documento Electrónico como medio probatorio, pág. 196; (2). Procedimiento, pág. 197; (2.1). Exhibición de los Documentos, pág. 197; (2.2). Presentación de los Documentos, pág. 203; (3). Eficacia Probatoria de los Documentos, pág. 212; (3.1). Eficacia Probatoria de los Documentos Públicos, pág. 213; (3.2). Eficacia Probatoria de los Documentos Privados, pág. 225; (3.3). Eficacia Probatoria Frente a Terceros, pág. 231; (4). Falsedad Civil y Cotejo, pág. 232; (5). El Contrato Electrónico como fundamento del Proceso Monitorio, pág. .

Capítulo Séptimo. El Delito de Falsedad en Documento Electrónico y Estafa Electrónica.

Sumario: (1). El Delito de Falsedad en Documento Electrónico, pág. 243; (2). Bien Jurídico Protegido, pág. 244; (3). Régimen Jurídico de la Falsificación del Documento Electrónico, pág. 245; (3.1). Tipo “de creación”, pág. 245; (3.2). Tipo “de uso”, pág. 248; (4). La Estafa Electrónica, pág. 250.

Bibliografía, pág. 255; *Índice*, pág. 265.

Esta obra está dirigida tanto a los profesionales del derecho, como a los que demuestran inquietud por la informática jurídica. Comienza por una explicación de lo que significa en la actualidad la sociedad de la información y sus interacciones con el derecho, en especial el comercio electrónico, desarrollándose las bases legales que constituyen su eje, cual es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propugnada por Naciones Unidas. Esta Ley se convierte en obligada referencia de los legisladores estatales para el desarrollo de su derecho interno dentro de este ámbito, muy especialmente se trata el documento electrónico.

A continuación se desarrolla la teoría general del contrato electrónico. En efecto, con amparo en la normativa civil y mercantil vigente en España, se desarrolla la doctrina acerca del contrato electrónico, tratándose en toda su extensión su diferencia con el contrato tradicional, cual es la forma de consentir, y se hace crítica de la doctrina italiana acerca del denominado elaborador electrónico.

Del mismo modo, se analiza la normativa especial vigente en relación al comercio electrónico. Por un lado, se estudia el marco normativo de protección de los consumidores en las prácticas de comercio electrónico, como es la Directiva 97//7/ CE de 20 de Mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; y la Ley 7/1996 de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Por otro lado, desde el punto de vista de la empresa, se analiza la posibilidad y condiciones jurídicas de expedir facturas por los empresarios y profesionales a través de medios electrónicos o "factura telemática".

La diferencia entre un contrato electrónico y uno tradicional es la forma de consentir, la cual se realiza a través de medios electrónicos. Esta forma, se materializa, al igual que en la práctica tradicional, en un documento que se denomina documento electrónico. En la obra se estudia pormenorizadamente, en relación a la teoría tradicional sobre el documento y la prueba documental, el concepto, la naturaleza jurídica y demás elementos del documento electrónico como prueba tanto judicial como extrajudicial. Del mismo modo, seguidamente, y con fundamento en la práctica de Tribunales, se analiza el documento electrónico en relación con la actual Ley de Enjuiciamiento Civil y con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997. Por su especialidad y novedad en nuestro derecho, seguidamente se analiza la inclusión del documento electrónico como fundamento del proceso monitorio regulado en el Anteproyecto.

Para concluir, se hace referencia sucinta a los aspectos penales de la contratación electrónica, como son: la falsedad de documento electrónico y la estafa electrónica.

