Contratación en línea. Efectos del comercio electrónico sobre la parte general del derecho civil alemán*

Michael HASSEMER

I. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO Y LA MODERNIZACION DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

En Alemania se discute si la ley de modernización del derecho de las obligaciones va a entrar en vigor en la forma[1] y con la extensión[2] previstas. Aunque el alcance de esta discusión —que afecta, sobre todo, al derecho de alterar la prestación— sugiere que es muy posible que no se produzca una modificación integral en este campo, lo cierto es que no existe más remedio que actualizar el derecho civil para cumplir con las exigencias del comercio electrónico ya que la Directiva relativa al comercio electrónico así lo requiere[3]. El modelo de contrato tradicional debe modificarse para adecuarlo a las normas europeas para los servicios de la sociedad de la información[4].

Fundamentalmente, la tarea del legislador consiste en posibilitar la contratación vía Internet: en la creación de un margen jurídico dentro del cual las partes firmantes puedan contratar como si se tratara de un contrato oral o escrito tradicional, pues el modelo de contrato tradicional no está totalmente preparado para la expresión de la voluntad transmitida por vía numérica, como se puede ver con mayor claridad en el caso de la condición de forma escrita (§ 126 del Código Civil alemán) que resulta imposible mantener vía Internet.

Además de la mera facilitación, surgen otros aspectos: primero, no se pueden dejar de lado determinados intereses materiales, como por ejemplo la protección del consumidor ante un contrato anónimo, pero también el interés de las partes en no estar predispuestas para recibir correo electrónico las veinticuatro horas del día. La facilitación del comercio electrónico debe ir acompañada de la consideración de tales intereses.

Segundo, la introducción de técnicas nuevas comporta una cierta inseguridad jurídica. Por esta razón, el legislador está ante el desafío de otorgar a los contratos que se negocian por medio electrónico una seguridad similar a la que tiene un contrato escrito o un negocio entre presentes. Idealmente, esta seguridad no sólo comprende a los contratantes y al contenido del contrato como características fundamentales del negocio, sino también a la certeza de cuándo un contrato se celebra[5].

En tercer lugar, la tarea del legislador consiste en la elaboración de una codificación abierta, pues la evolución técnica no para y el derecho contractual debe poder perdurar tales evoluciones. Por último, las modificaciones necesarias deben, por un lado, integrarse en la sistemática existente del derecho civil, y, por otro lado, estar conformes con las normas europeas. Cumplir con estos dos últimos aspectos será probablemente la tarea más difícil.

Las normas contractuales de la Directiva sobre el comercio electrónico[6] apuntan en primer lugar a facilitar la celebración de contratos por vía electrónica. La Directiva sobre el comercio electrónico no persigue como fin primario la defensa de los consumidores, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con la Directiva sobre la venta a distancia del año 1997[7]. En realidad busca dar apoyo jurídico a lo que ya es posible por el desarollo técnico[8]. En el derecho contractual, la cuestión central, en relación con el contrato electrónico, es, por esta razón, también el principio de facilitación (o de no discriminación) contenido en el artículo 9 de la Directiva, según el cual los Estados Miembros no deben discriminar a los contratos concluidos electrónicamente frente a los contratos tradicionales. Esto implica que los países de la Unión Europea tendrán la

---

* Traducción: Chantal Demuijlder.

[1] Este trabajo se basa en el proyecto gubernamental de una ley relativa a la modernización del derecho de las obligaciones (http.//www.bundesjustizministerium de/ggv/schuldre pdf) en la versión del 9 de mayo de 2001. Antecedentes del proyecto gubernamental fueron el "proyecto de discusión" del Ministerio Federal de Justicia (4 de agosto de 2000) y su "versión consolidada" (6 de marzo de 2001).

[2] Segun los planes actuales del Ministerio Federal de Justicia, la reforma no se va a limitar a la implementacion de las Directivas Européas. Se proyecta, en lo que se llama "gran solución", además modernizar el derecho de las obligaciones en su totalidad y suprimir sus "defectos sustanciales"; cfr. el proyecto gubernamental de ley de modernización del derecho de las obligaciones, 1.

[3] Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico publicada en el Boletín Oticial L 178 de 17 7.2000, 1-16. El plazo de aplicación se agota el 1° de enero de 2002

[4] Para definir el concepto de "servicio de la sociedad de información", la Directiva sobre el comercio electrónico se refiere a la Directiva 98/34/EG del 22 de junio de 1998 relativa a un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones tecnicas. Según ésta, se debe entender por servicio de la sociedad de informacion "cualquier servicio prestado [...] a distancia [. .] mediante un equipo electronico [...] y a peticion individual de un receptor de un servicio".

[5] El proyecto de la Comisión relativo a la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 (Boletín Oticial C 30, 5.2.1999, 6) relativa al comercio electrónico trataba todavía de reglamentar estos puntos (art. 11). La versión que entró en vigor después no tue tan allá. Más sobre ello en II.2.

[6] En particular arts. 9, 10, 11 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico, Boletín Oficial L 178 del 17.7.2000.

[7] Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a los derechos del consumidor en materia de firma de contratos a distancia, publicada en el Boletín Oticial L 144 del 4.6.1997, 19-27.

[8] La competencia dentro de la Comisión europea está relacionada con esto. La Directiva tue elaborada por la dirección general 15 competente en materia de mercado interior. La dirección general 24 es competente para las cuestiones de derechos del consumidor. Véase Hoeren, MMR 1999, 192 (193) sobre el punto de vista de la Comisión.

tarea de examinar su derecho contractual en cuanto a los obstáculos de los contratos electrónicos, y de eliminarlos hasta el 1° de enero de 2002. Esto concierne en particular a la regulación de los requisitos formales[9].

En Alemania, la incorporación de las disposiciones jurídico-contractuales contenidas en la Directiva sobre el comercio electrónico, se prepara actualmente en dos contextos. Mientras que el § 312 e) del proyecto gubernamental para una ley de modernización del derecho de las obligaciones reglamenta la celebración del contrato en línea y las obligaciones específicas de un empresario al negociar por vía electrónica, el proyecto de ley sobre la adaptación de las normas formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno[10] se dedica a la eliminación de los obstáculos que el requisito de forma escrita implica en su configuración actual.

En este trabajo, se tratará de exponer las normas de la Directiva sobre el comercio electrónico y su integración al derecho civil alemán. El tema principal es la contratación por Internet, o sea el acuerdo de carácter negocial. No entrarán en consideración, a pesar de su gran relevancia práctica, aspectos de la defensa del consumidor, en particular la revocación de contratos de venta a distancia.

II. EL CONSENTIMIENTO

1. ¿Declaraciones de voluntad?

No se pone en duda que la declaración hecha a mano y sólo transmitida por medio electrónico sea una declaración de voluntad en el sentido del derecho civil, pues no se distingue de la declaración de voluntad en el sentido de las normas contractuales del Código Civil alemán en cuanto a todos los rasgos objetivos y subjetivos[11].

En cambio, no es seguro que deba calificarse como declaración de voluntad la que se produzca de manera automatizada a través de un programa de ordenador y se transmitan por medio electrónico[12], pues en este caso, no hay formación directa de voluntad por lo menos en el momento de la emisión[13]. Estas dudas, sin embargo, se van despejando por dos razones: Primero, la formación de voluntad humana no desaparece totalmente en estos casos; sólo se anticipa al momento de programar el ordenador. Segundo, el receptor de una declaración automatizada llega a tener una confianza en su vigencia jurídica que no se distingue en nada de la confianza en una declaración de voluntad directamente emitida por la persona humana. Por eso, hay que atribuir los efectos de una declaración automatizada a la persona que utiliza el programa; ésta es la opinión de la doctrina dominante[14].

Sin embargo, habrá que esperar a ver si esta conclusión se mantiene tan firme como parece actualmente. Al desarrollarse la automatización de las declaraciones de voluntad, los procesos comerciales se distanciarán probablemente cada vez más de la voluntad humana propiamente dicha, en cuanto a tiempo y lugar. Se puede concebir que el modelo contractual en su forma actual se desarrolle junto a esta evolución y deba hallar elementos de carácter jurídicamente vinculante que no existen en los actos contractuales ahora previstos[15]. Con la declaración de voluntad, el derecho civil procura un instrumento efectivo sólo mientras se pueda discernir al ser humano como instancia de decisión desde la posición del destinatario. Con la creciente automatización de las transacciones, pueden disminuir el carácter humano de las decisiones y la confianza del sistema judicial en dicho carácter.

2. El "pedido"

El cliente que reacciona ante una *página web* comercial lo hace por clic o por correo electrónico. La Directiva sobre el comercio electrónico denomina a este acto "pedido"[16], lo que implica una modificación terminológica, pues la propuesta de la Comisión Europea preveía el término "aceptación" para el mismo acto. Además, la propuesta hablaba también de la "oferta" de un prestador de servicios. A la Comisión le importaba regular las declaraciones dentro del sistema contractual y, al mismo tiempo, fijar de manera vinculante el momento preciso de la contratación por Internet[17].

Esta intención fue abandonada por la razón de que no existe dentro de la Comunidad Europea ninguna calificación unitaria del contenido de una *página web* comercial. Según la propuesta de la Comisión, una *página web* constituiría ya una oferta contractual. Según la opinión predominante en Alemania, no lo es en la mayoría de los casos; las ofertas en la *página web* de un prestador de servicios se entienden, en la mayoría de los casos, como meras *invitationes ad offerendum*[18]. El cliente es el que realiza la oferta contractual, y no existe recepción hasta que el prestador de servicios acuse recibo. En el derecho alemán esto resulta de la interpretación del contenido de una *página web*[19]: usualmente, el empresario quiere examinar, antes de la contratación definitiva, si él mismo puede entregar la mercancía y si quiere contratar con el cliente en cuestión.

---

[9] La consideración 34 de la Directiva 2000/31/CE menciona explícitamente los preceptos formales.

[10] Fecha: 6 de septiembre de 2000.

[11] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839.

[12] Un ejemplo es el acuse de recibo automatizado de los pedidos que han llegado, que el vendedor manda por Internet.

[13] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (840).

[14] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (840); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1012) En cuanto a la impugnabilidad de estas declaraciones véase abajo, VI.

[15] En cuanto a la clasificacion de los negocios jurídicos en las declaraciones de voluntad y otras acciones de cumplimiento, cfr Larenz AT, § 18 I.

[16] Arts. 10, 11 de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico.

[17] Véase en particular la consideración 13 de la propuesta de la Comision (Diario Oficial C 30, 5.2.1999, 6): "... es necesario aclarar a partir de qué momento debe considerarse firmado un contrato por vía electronica." La Directiva adoptada ya no contiene este propósito.

[18] Con lo cual no llegan a tener efecto jurídico; cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, numero 14, 7, sobre el estado actual de la dicusion.

[19] §§ 133, 157 del Código Civil alemán.

Sólo cuando el prestador presente en su *página web* explicaciones que permiten, desde el punto de vista de un destinatario objetivo, deducir la existencia de una voluntad de establecer un vínculo jurídico, el contenido de dicha *página web* se puede calificar como oferta en el sentido del Código Civil alemán[20]. Esto vale sobre todo para los contratos en línea, en sentido estricto[21], es decir, aquellos que tienen como objeto la descarga de datos por pago con tarjeta de crédito u ofrecen otro servicio inmediato en línea. En estos casos normalmente no se controla la solvencia del cliente[22]. Cuando se pueda reproducir a voluntad la prestación debida, el control de la propia capacidad de entrega tampoco es necesario[23], por lo que el cliente ya no cuenta con una fase de control suplementaria, sino con poder descargar la oferta en su ordenador en casa tan pronto como haya revelado su número de tarjeta de crédito. Por eso, no hay ninguna razón objetiva para considerar el contenido de una *página web* únicamente como *invitatio ad offerendum*.

Por estas razones, la terminología de la Directiva sobre el comercio electrónico parece acertada. No se puede determinar en general cuándo hay oferta, ni qué declaración de voluntad completa el contrato como aceptación, sino que hay que considerar cada caso en particular. Por eso, el término "pedido" es abierto desde el punto de vista jurídico ya que puede entenderse como oferta o como recepción.

3. El acuse de recibo

Según la Directiva sobre el comercio electrónico, los prestadores de servicios tendrán que confirmar inmediatamente la recepción del pedido del destinatario de los servicios por vía electrónica[24].

El acuse de recibo se hará regularmente mediante correo electrónico, que podrá estar automatizado. Según la Directiva, éste puede también consistir en que el prestador de servicios "rinde la prestación en línea"[25]. Se puede prescindir del acuse de recibo en "los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente"[26]. Se puede además renunciar a la obligación de acuse entre partes no consumidores. Entonces, el acuse de recibo llega a ser particularmente relevante cuando el consumidor ordena haciendo un "clic" y tiene que ver con la necesidad ya mencionada anteriormente de seguridad jurídica y de protección de los consumidores[27].

La calificación del acuse de recibo en el contrato se hace paralelamente a la calificación jurídica del contenido de una *página web*. El acuse de recibo constituye normalmente la aceptación del pedido emitido por el destinatario del servicio. Sólo en los casos en los que se considera el contenido de una *página web* no como *invitatio ad offerendum*, sino como oferta vinculatoria, el pedido del destinatario del servicio ya implica la aceptación. Entonces, el acuse de recibo llega a ser el anexo jurídico ya concluido que ya no tiene el carácter de una declaración de voluntad.

Además de la calificación del acuse de recibo como declaración de voluntad, la importancia jurídica de éste se refiere a, por lo menos, dos aspectos suplementarios: primero, la obligación de acusar la recepción de manera inmediata implica que el cliente, que entrega una oferta al prestador de servicios, ya no puede rehusar recibir la aceptación por el prestador de servicios (§ 151, Código Civil alemán). Esta debe llegar hasta él en forma de acuse de recibo, pues la Directiva tiene carácter imperativo en relación con esto cuando se trate de un contrato en línea que concierna por lo menos a un consumidor.

En segundo lugar, la obligación del prestador de servicios de reaccionar inmediatamente tampoco queda sin consecuencia jurídica: tiene que mandar su acuse de recibo, que constituye la aceptación de la oferta del destinatario de los servicios, sin demora posible. Pero según el Código Civil alemán, la aceptación de una oferta entre ausentes no tiene que efectuarse inmediatamente, sino sólo hasta el momento que se puede exigir "bajo circunstancias normales"[28].

Por eso, el acto del prestador de servicios está sujeto a dos reglas temporales diferentes en los casos en los que el acuse de recibo constituye al mismo tiempo la aceptación del pedido: por una parte, hay que tener en cuenta las circunstancias normales, por otra parte, la confirmación tiene que efectuarse sin demora. Las consecuencias jurídicas difieren: si no se cumplen las condiciones del § 142 párrafo 2 del Código Civil alemán, el contrato no está concluido, pues la aceptación tardía supone una nueva oferta[29]. Un acuse de recibo que no llega inmediatamente, en cambio, no impide la conclusión válida de un contrato. Por el contrario, acarrea consecuencias jurídicas, principalmente en el campo del derecho del consumidor, a las que da lugar la

[20] § 145 Código Civil aleman.

[21] Se clasificarán como contratos en línea en sentido estricto los negocios que no solo se firman por Internet, sino que también se cumplen a través de la red. Esta realización en línea se produce cuando se puede transmitir el objeto del servicio en la red. En la compraventa, esto sólo es posible cuando se puede digitalizar el objeto de la adquisicion (esto es, en particular, en el caso de software y ficheros de datos). Gran parte de estos negocios en linea en sentido estricto se extiende por ello a los servicios, como por ejemplo el acceso a bancos de datos. Para la contratación misma, esta distinción no tiene importancia.

[22] Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1012).

[23] También Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 7.

[24] Art. 11 párrafo 1 (primer guión) de la Directiva 2000/31/CE; § 312 e) párrafo 1 n° 3 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones.

[25] Consideración n° 34, Directiva 2000/31/CE.

[26] Art. 11 párrafo 3 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico; el § 312 e) párrafo 2 n° 2 proyecto de Código Civil aleman, proyecto gubernamental relativo a la ley de modernizacion del derecho de las obligaciones (9 de mayo de 2001).

[27] Según la propuesta de la Comisión, incluso una confirmación suplementaria del destinatario era necesaria, mediante la cual el contrato se firma y tiene vigor. Art 11 de la propuesta de la Comisión (Boletín Oficial C 30, 5.2.1999, 6) El consumidor debia en todo caso tener la "última palabra" al contratar en linea

[28] § 147 párrafo 2 del Código Civil alemán.

[29] § 150 párrafo 1 del Código Civil alemán.

violación de las otras obligaciones del prestador de servicios [30].

III. ACCESO DE LAS DECLARACIONES

1. Presencia y ausencia

En caso del acceso de las declaraciones de voluntad, el derecho civil distingue si éstas fueron emitidas entre presentes o ausentes. Mientras que la teoría del conocimiento está vigente en el primer caso, el § 130 del Código Civil alemán decide en el segundo caso si la declaración de voluntad está válida[31]. Pero por presencia y ausencia no deben entenderse sólo la presencia y ausencia físicas, como se deduce de la ordenanza del § 147 párrafo 1 del Código Civil alemán, según la cual la declaración de voluntad emitida por teléfono se debe tratar como si fuera emitida entre presentes. Esto se explica por el hecho que las dos características fundamentales de la presencia (la percepción inmediata y la posibilidad de negociar) se cumplen también por teléfono.

En general se puede considerar el contrato concluido por Internet como negocio entre ausentes[32], porque se cumplen en este caso las dos características de la expresión de voluntad entre ausentes: ni hay percepción directa de la expresión de voluntad ni existe la posibilidad de negociar sobre el contenido de esta declaración. Sin embargo, se pueden imaginar desarrollos que lleven a una modificación de esta calificación. Si los contratos en línea se concluyen por una comunicación numérica directa, tanto el tipo de percepción como la posibilidad de negociar habla más bien en favor del hecho de que se trata de una declaración de voluntad entre presentes. Un ejemplo es la comunicación electrónica directa por Internet (*chatting*). Es posible que formas de comunicación similares puedan ser aceptadas en el comercio electrónico ya que algunas posibilidades extensas de servicio susceptibles de interesar a algunos prestadores, están relacionadas con ellas. Tales negocios mediante una comunicación directa vía Internet serán probablemente considerados como contratación entre presentes, en virtud de las posibilidades de percepción y de negociación dadas.

Por esta razón, el Ministerio Federal de Justicia proyecta modificar el Código Civil en este punto. Según el proyecto de ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado al comercio moderno, se insertará en el § 147 párrafo 1 del Código Civil alemán tras las palabras "por medio del teléfono" la expresión "o cualquier otra instalación técnica"[33]. Como lo demuestra la argumentación, esta reestructuración pretende extender la ficción de presencia que, hasta ahora, tiene vigencia para el teléfono, a las otras instalaciones técnicas que contribuyen a permitir ofertas "de persona a persona". En particular, las teleconferencias y los *chats* entrarán en esta categoría. Estos se caracterizan por el hecho de que los contratantes potenciales pueden comunicarse entre sí de manera directa y sin demora digna de mencionar, reaccionar enseguida a las declaraciones de la otra persona y, dado el caso, pedir informes. Sin embargo, en caso que falte el carácter inmediato de la comunicación "de persona a persona", por ejemplo en el supuesto del envío de un correo electrónico, la comunicación electrónica pertenece, como hasta ahora, a la regulación del § 147 párrafo 2 del Código Civil alemán y hay que tratarla por consiguiente como intercambio de declaraciones de voluntad entre ausentes[34].

2. Llegada en el ámbito de influencia del destinatario

Según la opinión dominante, el acceso de una declaración de voluntad entre ausentes (§ 130, Código Civil alemán) presupone en primer lugar que ésta llegue al ámbito de influencia del destinatario. Resulta muy natural transmitir este modelo a las declaraciones de voluntad que se entregan por vía electrónica y equiparar el buzón electrónico del destinatario con el buzón postal, considerándolo por tanto como el "ámbito de influencia" del destinatario. El hecho de que, a partir de ese momento, resulte posible grabar la noticia en un soporte de datos habla en favor de ello. El buzón electrónico es, como el buzón, un dispositivo de recepción.

Se podría acaso objetar en contra que el servidor en el que se hallan el buzón electrónico del destinatario y el correo electrónico hasta que uno lo extraiga, implica más riesgos que un buzón en casa. Por motivos de defectos técnicos o después de ataques en la red, los servidores pueden "colgarse", lo que no ocurre en el caso de buzones tradicionales. Esto hablaría en el favor de diferir el momento del acceso hasta que se extraiga el correo electrónico

[30] Las otras obligaciones del prestador de servicios se refieren principalmente a la información que debe ser brindada antes de la contratación y a la entrega del texto del contrato después de la celebración; eventualmente, la indemnización del interés de la confianza (*culpa in contrahendo*) entra en consideración; además de ello, existe la posibilidad de la denuncia por omisión. Más ampliamente sobre este tema bajo IV.

[31] Además, se hace también una distinción según la materialización de una declaración: él que entrega al prójimo un documento que no se puede apreciar y entender sin más, hace una declaración entre ausentes a pesar de la presencia física, pues no hay posibilidad directa de examinar y de negociar; MünchKomm–Kramer, § 147, número 4. Sin embargo, aplicar la materialización de una declaración de voluntad induce a error en el caso del correo electrónico, pues esta materialización no existe, como está entretanto fuera de discusión en lo que concierne al concepto de documento (§ 126 del Código Civil alemán). No hay motivo para considerarlo de manera diferente cuando se trata del acceso y de la recepción (§§ 130, 147 del Código Civil alemán). Si se aplicara solo la falta de materialización, se debería aplicar la teoría del conocimiento. Pero la declaración de voluntad transmitida por vía electronica es, mientras no haya posibilidad de reaccionar directamente en línea, una declaración entre ausentes: debe llegar. Así, resulta claro que ni la presencia física del destinatario ni la materialización de la declaración son, solas, criterios concluyentes para una decisión entre teoría del conocimiento y teoría de la recepción. Mucho más determinantes son los criterios en cuanto al contenido de la posibilidad de examinar y negociar una declaración de voluntad (respecto a ello, véase Ultsch, DZWir 1997, 466).

[32] Cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 7.

[33] Proyecto de ley relativa a la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

[34] Tal es la argumentación del proyecto de ley relativa a la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

del servidor. Pero tal solución no parece adecuada, pues el riesgo relativo al servidor del destinatario concierne al ámbito del destinatario: éste tiene que soportar el riesgo.

3. Posibilidad de acusar recibo

La Directiva relativa al comercio electrónico estipula que se debe considerar el pedido y el acuse de recibo como "recibidos" cuando las partes a las que se dirigen pueden "tener acceso a los mismos".[35] Esta disposición también resulta de una modificación terminológica: el proyecto presentado por la Comisión no hablaba de "recepción" (no técnica), sino (utilizando el término jurídico) de "recepción", lo que (como ya en el caso de "oferta" y "recibo") servirá para reglementar la contratación en línea de manera más uniforme para toda la Unión y más clara para el consumidor[36].

Pero según la interpretación que prevalece en Alemania, el acceso de una declaración de voluntad (§ 130 párrafo 1 del Código Civil alemán) presupone no sólo que llegue al ámbito de influencia del destinatario, sino además la posibilidad para el destinatario de acusar recibo bajo circunstancias normales[37]. Sólo el verdadero acuse de recibo lleva, dado el caso, a un acceso instantáneo. Así, existe una discrepancia entre la "recepción" de la Directiva y el acceso del Código Civil alemán. La situación se presenta de manera similar al caso del acuse de recibo por el prestador de servicios, en el que dos normas opuestas se aplican al mismo hecho.

Las diferencias resultan en primer lugar con respecto a las declaraciones de voluntad que llegan al buzón electrónico del destinatario los fines de semana y días festivos. Mientras que la "recepción" de la Directiva sería llevada a cabo en el mismo momento, sólo se podría hablar de acceso según el § 130 párrafo 1 del Código Civil alemán en la mañana del próximo día laborable, pues sólo en este momento se puede usualmente contar con extraer y leer el correo electrónico[38]. Según la Directiva, el correo electrónico ya "llega" en un día laborable al llegar al buzón electrónico del destinatario, pero según el modelo tradicional del Código Civil alemán habría que establecer una diferencia: si el destinatario es un hombre de negocios, es probable que la entrega equivalga al acceso, aun cuando el destinatario no haya extraído su correo, pues se espera de hombres de negocios que examinen regularmente su correo comercial[39]. La situación resulta diferente si el destinatario es una persona privada, lo que será probablemente la regla respecto al acuse de recibo mencionado arriba. Un particular no abrirá su correo electrónico durante las horas usuales de oficina, porque normalmente no se encuentra en casa a esas horas. Pero mientras que la Directiva relativa al comercio electrónico establece la "recepción" del correo electrónico en ese momento, se podría hablar de un "acceso" según los principios mencionados sólo más tarde, a saber como muy pronto en la noche del día laborable[40].

En el proyecto de ley de modernización del derecho de las obligaciones, en su versión actual, se ha fijado la comprensión tradicional alemana del acceso. El proyecto gubernamental del 9 de mayo de 2001 recoge en el § 312 e) párrafo 1 del proyecto del Código Civil alemán la jurisprudencia relativa al § 130 del Código Civil alemán: se considera que pedido y acuse de recibo han llegado cuando las partes a quienes están destinados "pueden obtenerlos bajo condiciones usuales"[41]. Así se evitan dos cosas: en primer lugar, no incumbe al destinatario de un pedido y de un acuse de recibo (trátese de un particular o de un empresario) abrir su buzón electrónico fuera de las horas y costumbres usuales. Pero se conserva, en segundo lugar, la sistemática de la parte general del derecho civil. Una disposición especial sobre el acceso de correo electrónico habría quitado a la parte general algo de su homogeneidad. No se podrá objetar tampoco contra la solución prevista en la ley de modernización del derecho de las obligaciones que la legislación alemana se quede rezagada respecto a la norma europea, pues la Directiva se ha abstenido precisamente de reglamentar el "acceso" tal como fue definido antes[42]. Además, un modelo que imponga a los consumidores y las empresas una disposición a la recepción casi permanente en virtud del simple hecho de que contratan por Internet sería, desde el punto de vista material, un modelo incomprensible.

4. Revocación antes de que se efectúe el acceso

Sin embargo, el atenerse al modelo tradicional del acceso lleva a una ampliación de la posibilidad de revocación del emitente (§ 130 párrafo 1 del Código Civil alemán), pues, en tanto que el acceso se efectúe sólo después de haberse conocido bajo circunstancias normales, se puede revocar el correo electrónico de manera relativamente fácil, a saber transmitiendo otro correo electrónico después del pedido o del acuse de recibo. Esto llevará posiblemente a revitalizar la revocación según el § 130, aunque este tiene cada vez con menos fuerza, debido a las leyes de protección de los consumidores[43].

---

[35] Art. 11 párrafo 1 (2° guión) de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.

[36] Propuesta de la Comisión relativa a la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 (Diario Oficial C 30, 5.2.1999, 6), Art. 11.

[37] BGHZ 67, 271 (275). Palandt/Heinrichs, § 130, número 5. Respecto al correo electrónico véase Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (841).

[38] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (842)

[39] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (841)

[40] Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (842), referiéndose al hecho de que el destinatario tiene usualmente gastos telefónicos al extraer su correo electrónico, incluso parten de que el acceso, en el sentido del § 130 del Código Civil alemán, se efectúa "como muy pronto al día siguiente" cuando se trata de particulares

[41] En la versión consolidada de la propuesta de discusión del 6 de mayo de 2001 (§ 311 del proyecto del Código Civil alemán), esto era todavía diferente: el acceso del pedido y del acuse de recibo ya habría tenido lugar con su posible extracción, según el precepto allí previsto.

[42] Pero con esta interpretación, el valor normativo de la norma relativa a la "recepción" (Art. 11 párrafo 1, 2° guión, Directiva 2000/31/CE) se reduce a cero.

[43] § 361 a) del Código Civil alemán.

IV. OTRAS OBLIGACIONES DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

Además de las disposiciones sobre las declaraciones de voluntad, la Directiva relativa al comercio electrónico estipula otras obligaciones que el prestador de servicios debe cumplir antes y después de la contratación. Antes de la contratación, debe informar a la otra parte contratante potencial, además de los requisitos en materia de información que resulten de las normas vigentes en el campo del negocio a distancia[44], sobre los pasos técnicos que deben darse para la contratación, sobre el archivo del contrato por parte del prestador, sobre los medios técnicos que el destinatario tiene a su disposición para corregir los errores de introducción de datos, sobre los códigos de conducta a los que el prestador se acoja y, finalmente, sobre las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato[45]. Estas obligaciones en materia de información antes de la contratación encuentran su justificación en la protección de los consumidores. Por está razón, se puede renunciar a ellas cuando se trata de no consumidores[46]. Además, se requiere típicamente esta aclaración especial antes de la contratación sólo en el caso de la contratación anónima en línea por "clic". Como en el caso del acuse de recibo, la Directiva no incluye por eso aquellos contratos "celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente" entre las obligaciones que tiene el prestador de servicios de informar antes de la celebración del contrato[47]. De esta manera, se beneficiará en particular al contrato que se basa en una oferta del empresario ya transmitida por correo electrónico, que tiene semejanza con el negocio concluido por teléfono o carta[48].

Después de la celebración del contrato, se debe poner a disposición del destinatario el texto integral del contrato, de tal manera que éste pueda almacenarlo y reproducirlo. Esta norma contribuye menos a defender a los consumidores que a demostrar que hay negocio jurídico y, por lo tanto, seguridad jurídica en el comercio vía Internet; por ello, no se puede divergir de ésta tampoco en el campo comercial[49]. Esta norma está además en vigencia en la comunicación individual[50], a diferencia de las obligaciones en materia de información antes de que se efectúe el pedido.

El proyecto gubernamental de ley de modernización del derecho de las obligaciones adopta este catálogo de obligaciones[51]. Sin embargo, hay diferencias que resultan del campo de aplicación personal. Así, mientras que la Directiva obliga al "prestador de servicios"; el proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones, en cambio, pretende obligar al "empresario"[52]: los requisitos en materia de información de la Directiva van más lejos de lo que la ley de modernización del derecho de las obligaciones prevé, pues, según la Directiva sobre el comercio electrónico, un prestador de servicios es "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información"; se incluyen otra vez todos los servicios que se prestan "normalmente a título oneroso, a distancia"[53]. En cambio, según el derecho alemán, el concepto de empresario presupone una actividad comercial o profesional independiente (§ 14 del Código Civil alemán). Esta actividad tiene un fin lucrativo permanente[54], mientras que la del prestador de servicios sólo "por regla general". El negocio en línea de una persona privada (por ej. la venta de un coche de ocasión por Internet) hace de éste un prestador de servicios en el sentido de la Directiva, pero no un empresario en el sentido del Código Civil alemán.

En consecuencia, las normas relativas a la disponibilidad de las obligaciones en materia de información precontratual no son totalmente paralelas, ya que el Código Civil alemán y la Directiva sobre el comercio electrónico se basan en conceptos diferentes de consumidor y de empresario[55]. Mientras que uno que ejerce una actividad (no industrial, sino sólo) económica no es consumidor según la Directiva, pertenece absolutamente a la categoría de "consumidor" según el Código Civil alemán. Las personas privadas que persiguen fines comerciales pueden, por consiguiente, renunciar a las obligaciones de informar antes que se celebre el contrato, mientras que el § 312 e) párrafo 2 n° 2 del proyecto del Código Civil alemán sólo concede esta prerrogativa a los empresarios que ejercen una actividad comercial para una empresa o por su propia cuenta en el sentido del § 14 del Código Civil alemán.

Aun cuando esto pueda provocar, a primera vista, situaciones equívocas, lo cierto es que, en lo esen-

[44] Se trata en particular de las obligaciones inherentes a la venta a distancia según art. 4 párrafo 1 de la Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a la defensa del consumidor al firmar un contrato de informar sobre la identidad del proveedor, las características esenciales del producto o del servicio, su precio, en el caso dado los gastos de entrega, los detalles concernientes al pago, la entrega y el derecho de revocación.

[45] Art 10 parrafo 1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE

[46] Art 10 párrafo 3 de la Directiva 2000/31/CE.

[47] Art. 10 párrafo 4 de la Directiva 2000/31/CE.

[48] Sin embargo, no debe conducir a su no observancia, consideración 39, Directiva 2000/31/CE.

[49] Art. 10 párrafo 3 de la Directiva 2000/31/CE.

[50] Art. 10 párrafo 4 de la Directiva 2000/31/CE. Es probable que este deber de cesión cause ambigüedades en la practica, pues va más lejos en cuanto al contenido que la inclusión de las condiciones generales de la contratación; pero no puede sustituirlas; dado que hay que incluir a las condiciones generales de la contratacion en la tase que precede a la contratacion. En el caso de una contratación por Internet, las condiciones generales de la contratación ya deben hallarse en la *página web*, para que lleguen a ser parte integrante del negocio jurídico. Lo mismo vale para las obligaciones de informar contenidas en el § 2 de la ley sobre la venta a distancia. Ambos no dispensan al prestador de servicios de la obligación de entregar el texto integral del contrato después de la contratación

[51] Se debe reglar la formalización de las obligaciones de informar por via reglamentaria, § 312 e) párrafo 1 n° 2 del proyecto de Código Civil alemán junto con art 241 del proyecto de ley introductora al Código Civil alemán, mientras que la obligacion de entregar el texto del contrato después de la contratación esta incluida en el § 312 e) mismo del proyecto del Código Civil alemán (párrafo 1 n° 4).

[52] § 312 e) párrato 1 del proyecto del Código Civil alemán Esta distinción vale, por lo demás, también para la obligación de acusar recepcion expuesta arriba (II.3).

[53] Consideración 17, Directiva 2000/31/CE. Véase arriba, nota explicativa 4.

[54] Palandt/Heinrichs, § 14, número 2.

[55] §§ 13, 14 del Código Civil alemán, art. 2 e) de la Directiva 2000/31/CE.

cial, ambos modelos son compatibles y no tan diferentes, pues el proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones no somete a la persona privada que persigue fines comerciales a la obligación de informar, por lo cual, lógicamente, este proyecto no debe prever ninguna excepción a estos requisitos. La restricción mínima de la obligación de informar no está en contradicción con el objetivo principal de la Directiva, el principio de facilitación; al contrario, se facilita la contratación electrónica. Tampoco la suposición de que las obligaciones de informar mencionadas en la Directiva relativa al comercio electrónico persiguen objetivos referidos al derecho del consumidor lleva al mismo resultado, pues el caso de la persona privada, para el cual la ley de modernización del derecho de las obligaciones no prevé la obligación de informar, no se caracteriza por una necesidad de protección del consumidor especial frente al empresario, dado que el prestador mismo es persona privada y no empresario. Una compatibilidad terminológica completa con la norma de la Directiva habría finalmente tenido como consecuencia un precio sistemático relativamente alto: esta compatibilidad habría sólo sido posible con una restricción del concepto del consumidor o una extensión del concepto del empresario para los contratos electrónicos.

Por lo demás, resulta interesante establecer las consecuencias jurídicas de una violación de las obligaciones mencionadas o de la obligación tratada arriba[56] de enviar un acuse de recibo inmediatamente. La nulidad del contrato (la que se podría por lo menos imaginar) iría demasiado lejos. Una información insuficiente antes de la firma de un contrato origina la pretensión de indemnización, otros derechos de garantía[57], la impugnabilidad de la declaración de voluntad del cliente[58] o el derecho del consumidor la prolongación del plazo de revocación[59], pero no provoca la nulidad del contrato estipulada por la ley. La nulidad imperativa tendría también como consecuencia que los contratos entre consumidores estén sujetos a otros requisitos de impugnación que los actos jurídicos realizados entre empresarios pues, por lo menos, los requisitos de información son, como acabamos de describir, facultativos en el ámbito estrictamente comercial. No existe ningún motivo para tal discriminación fundamental.

Según los planes del Ministerio Federal de Justicia, la violación de las obligaciones empresariales no implicará la nulidad del contrato, sino la consecuencia jurídica típica del derecho del consumidor: el plazo para el derecho de revocación que tiene el consumidor en virtud de las regulaciones relativas a la venta a distancia empezará con el cumplimiento de las obligaciones mencionadas[60].

Aparte de ello, se pueden producir otras consecuencias jurídicas[61], pues las obligaciones de informar al consumidor antes de que se celebre el contrato (salvo la obligación de trasmitir el texto del contrato después de su firma) son obligaciones subsidiarias que hay que cumplir antes de contratar. Su violación puede sostener jurídicamente la pretensión de obtener una indemnización por *culpa in contrahendo*, según se establece en la ley de modernización del derecho de las obligaciones[62]. La consecuencia jurídica es la indemnización por los daños sufridos por causa de la confianza, por lo menos cuando el que pretende anular el contrato y que tiene derecho a recibir ciertas informaciones, no lo habría firmado de haber contado con dicha información[63]. Pero, dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas se deben diferenciar, por esta razón, las diferentes obligaciones ya que mientras que una información insuficiente sobre el modo de la celebración del contrato y sobre la corrección de errores de manipulación puede tener influencia sobre la formación de la voluntad antes de la celebración y así ser causa para la celebración del contrato, ello resulta apenas imaginable en relación con la información sobre los idiomas utilizados, si el prestador archiva el contrato o no y sobre los códigos que éste observa[64]. Según las reglas de la *culpa in contrahendo* sólo se podrá anular el contrato si la violación de la obligación de informar que tiene el prestador de servicios se aplica al cumplimiento técnico del contrato o a la puesta a disposición de posibilidades para corregir los errores de manipulación. La razón es el criterio de causalidad.

Según el concepto del Ministerio Federal de Justicia, las violaciones de las obligaciones del prestador de servicios pueden además justificar la posibilidad de ejercitar una acción de omisión por infracción de las normas contra la competencia desleal[65] como del proyecto de ley sobre las acciones de omisión[66]. Dado que el prestador se procura por lo menos una ventaja competitiva de forma ilegítima por la inobservancia de la obligación de informar, una violación sistemática de las obligaciones de informar, constituye normalmente también una infracción contra los principios de la competencia leal. La inobservancia de las obligaciones del empresario constituye además una violación del derecho del consumidor, lo que justifica una pretensión omisional según el proyecto de ley sobre las acciones de omisión[67]. Según

[56] Bajo II.3.
[57] Así según el § 463 del Código Civil alemán o los principios de la *culpa in contrahendo*
[58] §§ 119, 123 del Código Civil alemán.
[59] Así según el § 3 de la ley sobre la venta a distancia, § 7 párrafo 2 de la ley sobre crédito al consumo, § 2 de la ley sobre contratos firmados fuera de los establecimientos mercantiles.
[60] § 312 e) párrafo 3 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental de una ley sobre la modernizacion del derecho de las obligaciones.

[61] Sobre la impugnabilidad por motivo de información insuficiente antes de la contratación, véase abajo, VI.
[62] § 311 párrafo 2 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones (9 de mayo de 2001).
[63] Grigoleit, WM 2001, 597 (598). El proyecto de discusión sobre la ley de modernización del derecho de las obligaciones (4 de agosto de 2000, versión consolidada del 6 de marzo de 2001) decretaba que la violación de deberes del prestador de servicios no tenga como consecuencia que el contrato en línea llegue a ser ineficaz. Esto habría estado por lo menos en una cierta contradicción con la rescisión del contrato segun el § 249 del Código Civil alemán en relación con la *culpa in contrahendo*.
[64] Sobre este tema cfr. Grigoleit, WM 2001, 597 (602)
[65] § 13 UWG.
[66] § 2.
[67] Cfr. la argumentación relativa al proyecto gubernamental sobre la ley de modernización del derecho de las obligaciones (nota explicativa 1), 401.

el § 2 párrafo 2 del proyecto del ley sobre las acciones de omisión, se sancionará tal violación contra las obligaciones estipuladas por la Directiva relativa al comercio electrónico con una acción de asociación por actos desleales.

V. FORMA

Ya hemos aludido antes al cometido fundamental inherente al principio de la facilitación: se deben equiparar los contratos que se celebran por vía electrónica con los otros contratos[68]. El legislador alemán pretende satisfacer este cometido sobre todo mediante la introducción de la forma electrónica[69], pues no se puede mantener el principio de escritura en su forma actual utilizando Internet[70]. Requiere un documento y los documentos necesitan una forma material[71]. Este requisito tiene como consecuencia que una declaración tiene que hallarse en un soporte concreto, delimitado en el espacio, desde el cual se puede acceder a éste. Por cierto, se puede satisfacer por lo menos la exigencia de materialización al grabar una declaración numérica de ambas partes en un medio de almanecimiento de datos como el disco rígido o un disquete. Pero no se cumple la exigencia de "percibilidad desde sí mismo". Para poder acceder a documentos electrónicos siempre se necesita otro medio técnico, a saber por lo menos una pantalla o una impresora.

Por esta razón, el legislador proyecta añadir un nuevo párrafo al actual § 126 del Código Civil alemán. Se expresará como sigue: "La forma electrónica puede sustituirse por la forma escrita si la ley no dice otra cosa." Así, se podrá en el futuro mantener la forma escrita también utilizando la forma electrónica; ello requiere una firma númerica fiable[72].

Esta firma numérica funciona con una pareja clave electrónica basada en un elemento público y uno privado. Mediante la clave privada, se puede elaborar una firma electrónica para cada fichero de datos, en el cual las características principales del documento están codificadas. Al firmar, esta clave privada provoca el cálculo de un valor matemático, el valor llamado "hash". De esta manera, el contenido y la firma de los documentos numéricos están inseparablemente unidos como en los documentos de papel. El destinatario recibe la clave pública juntamente con el documento firmado numéricamente. Con esta clave pública, que cada uno puede ver, se puede controlar el valor hash. Si los valores concuerdan, se comprueban dos cosas: en primer lugar, que el documento fue firmado por la clave privada del remitente, y en segundo lugar, que el documento no conoció modificaciones después de haber sido firmado[73]. Unas oficinas de certificación, que distribuyen la pareja clave después de una constatación de identidad, asumen la responsabilidad que la firma numérica sea realmente del autor del documento.

La cuestión de saber si la firma electrónica satisface también las funciones de la forma escrita tradicional, en particular la función de autenticidad y la de aviso, debe ser objeto de discusión[74]. Por una parte, es posible naturalmente que terceras personas entren en posesión de la tarjeta electrónica con la clave privada y lleguen a conocer el número secreto. Pero también ocurre que se falsifique la firma personal tradicional de una forma que no se puedan, o sólo con esfuerzo considerable, reconocer las imitaciones. En cambio, el factor tiempo es sustancial, pues la función de autenticidad y de verificación en el momento de la firma se conserva en efecto con gran seguridad; pero es de temer que, en el futuro, la descodificación de documentos que fueron escritos ahora resultará relativamente fácil en virtud de los progresos técnicos. Sin embargo, se tendrá que verificar la autenticidad de documentos (por ejemplo en virtud del deber de conservación jurídico-mercantil) justamente también en el futuro. Respecto a ello, la forma electrónica no se puede comparar a la forma escrita[75].

La forma electrónica tampoco cumple la función de aviso de la misma manera que la forma escrita. Al firmar un documento electrónicamente se produce una cierta clase de protección contra la precipitación, debido a que el firmante tiene, en primer lugar, que elaborar el documento en cuestión para luego introducir su tarjeta electrónica e introducir su número secreto. A ello se añade el proceso de firma propiamente dicho, que se activa en el software por una función correspondiente. En último lugar, tiene que efectuarse el envío electrónico de la declaración. También se debe lograr que el otorgante del certificado se comprometa a llamar la atención del poseedor de claves cuando éste las solicita por el hecho de que una firma electrónica tiene las mismas consecuencias que la firma personal en el comercio jurídico. Además, se entregará una instrucción al solicitante y éste deberá certificar por firma separada que tomó nota de ella. A pesar de todo, se debe tomar en cuenta que la forma escrita cumple su función de aviso también porque está arraigada desde hace muchos años en la conciencia jurídica de la población. Además, la forma escrita, en tanto que acto real, comporta también un elemento de

[68] Art. 9 párrafo 1 de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.

[69] Esto debe ocurrir mediante el futuro § 126 párrafo 3 del Código Civil alemán.

[70] § 126 del Código Civil alemán.

[71] Váase por ejemplo Larenz, AT, § 21 I.

[72] Según el proyecto de prescripción del § 126 a) del Código Civil alemán, se debe conservar la forma electrónica añadiendo el nombre y una firma electrónica fiable. La legitimación de la forma electrónica tiene que continuar automáticamente en el proceso civil. Por ello, legalmente se debe presumir su autenticidad en el futuro. El cumplimiento de las condiciones necesarias para la ley sobre la firma equivale a una primera apariencia para la autenticidad de un documento. (§ 292 a del proyecto de CPC, proyecto de ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio electrónico; 6 de septiembre de 2000). No abordaremos las ventajas y desvantajas de esta apariencia legalmente fijada.

[73] En relación con este tema, véase más extensamente Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 13.

[74] Con la firma electrónica, se conserva la función de contratación de forma más segura que con medios tradicionales, pues modificaciones ulteriores en un texto tendrían automáticamente como consecuencia modificaciones del valor y serían así inmediatamente reconocibles, Sieber/Nóding, ZUM 2001, 199 (204)

[75] También en Sieber/Noding, ZUM 2001, 199 (204), Redeker, CR 2000, 455 (458).

aviso: el declarante entrega el documento firmado en la mano del destinatario y se deshace por lo tanto de un objeto real. Un proceso equivalente a éste no tiene lugar en el caso de la firma electrónica (en tanto que "virtual").

Por razón de estos defectos de la firma electrónica, la Directiva relativa al comercio electrónico tolera excepciones al principio de facilitación tratado arriba[76], una posibilidad a la cual la legislación alemana recurrirá[77]. Así, el proyecto de ley sobre la adaptación de formas al comercio moderno determina que se excluye la forma electrónica tanto para poner fin a contratos de trabajo mediante preaviso o disolución del contrato como para poner un plazo a éstos[78]. En Alemania, este principio de escritura para preavisos, contratos de disolución y condición de plazo de contratos de trabajo sólo está regulado por ley desde el 1 de mayo de 2000. Este requisito sirve para prevenir que el trabajador renuncie precipitadamente a su empleo. Los contratos de disolución precisamente habían llegado a ser cada vez más un medio propio para poner término al empleo en lugar del preaviso. Motivado por ello, el Ministerio Federal de Justicia prescinde de confrontar otra vez al trabajador con la forma electrónica, ya que la forma escrita se acaba de adoptar.[79] Respecto a esto, el aspecto central es que la forma electrónica no cumple suficientemente bien la función de aviso. En la vida profesional, hay que añadir que los documentos relativos a los preavisos, a los contratos de disolución y a la condición de plazo de empleos sirven normalmente para exhibir en la administración o presentar nuevas solicitudes. También se puede conceder un certificado sólo en forma escrita, no por vía electrónica[80]. Para el Ministerio Federal de Justicia, decisivo fue el hecho de que un certificado suele tener importancia para solicitudes posteriores.

Otros contratos que se quieren excluir del dominio de los negocios susceptibles de celebrarse electrónicamente son las fianzas y los reconocimientos abstractos de deuda[81]. Por último, tampoco se pueden celebrar por vía electrónica los contratos de crédito al consumo[82].

VI. IMPUGNACION

La declaración de voluntad que se entrega y transmite electrónicamente corresponde también a la declaración de voluntad tradicional en tanto que se la puede impugnar según el § 119 párrafo 1 del Código Civil alemán por causa de error en el contenido o error en la declaración[83]. Si el remitente por ejemplo se equivoca al escribir cuando entrega la declaración, hay un error en la declaración, como cuando una persona escribe incorrectamente o se equivoca al hablar[84]. Lo mismo vale en el caso del error al cliquear, lo que ocurre rápidamente cuando uno compra en línea[85].

Junto a ello, habrá casos donde el consumidor no se da cuenta de que está entregando una declaración de voluntad por Internet, con lo cual le falta la conciencia de declaración. Ello con frecuencia se debe a una violación de las obligaciones que tiene el prestador de servicios de informar antes de que se celebre el contrato[86], en particular con respecto al cumplimiento técnico del contrato. Debido a la declaración por negligencia de la parte del usuario, la mayoría de estas declaraciones no constituirán declaraciones de voluntad[87]. Pero en caso de que la declaración de voluntad sea válida en virtud de la declaración por negligencia imputable al usuario, debe considerarse la posibilidad de impugnación de la misma, por aplicación analógica del § 119 Código Civil alemán. En estos casos, conviene liberar al usuario de su obligación indemnizatoria según el § 122 del Código Civil alemán, pues la ley imputa al prestador, en virtud de las obligaciones que tiene, la responsabilidad por el error del usuario[88].

En principio, no existe en cambio derecho de impugnación en el caso ya mencionado sucintamente arriba[89] de las declaraciones hechas por ordenador, pues con tal que la entrada para calcular la fecha o el contenido de una declaración de voluntad sean erróneos, se podrán probablemente aplicar los principios desarrollados en relación al error matemático. En caso que el modo de cálculo no llegue a formar parte de la declaración (y hay casi que excluir una tal inclusión en el caso de declaraciones hechas por ordenador) una impugna-

[76] También en Sieber/Noding, ZUM 2001, 199 (204), Redeker, CR 2000, 455 (458).

[77] El proyecto de ley de adaptación de los preceptos formales al comercio moderno contiene cada vez la misma formulación para los §§ 623, 630, 766, 780, 781 del Código Civil alemán, que necesitan nueva redacción, además para el § 4 de la ley sobre credito al consumo, el § 3 de la ley sobre el time-sharing y para el § 2 párrafo 1 frase 2 de la ley de comprobación: "Se excluye la forma electrónica".

[78] § 623 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al negocio jurdídico moderno (6 de septiembre de 2000)

[79] Véase la argumentación relativa al § 623 de proyecto del Código Civil alemán, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

[80] Así el proyecto § 630 frase 3, proyecto de Código Civil alemán, en el proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado (6 de septiembre de 2000).

[81] §§ 766, 780, 781 del Código Civil alemán.

[82] § 4 párrafo 1 frase 3 del proyecto de ley sobre crédito al consumo, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales al derecho privado. El fundamento jurídico para ello es el artículo 4 párrafo 1 de la Directiva sobre credito al consumo (87/102/CEE). Tambien la Directiva sobre el comercio electrónico no pretende mantener "el nivel de protección introducido por la acta del derecho comunitario, en particular en el campo de la salud pública y los derechos del consumidor". La Directiva sobre crédito al consumo (87/102/CEE) incluye expresamente este nivel de protección; véase consideración 11 de la Directiva 2000/31/CE.

[83] La significación práctica de la impugnación de las declaraciones de voluntad transmitidas electrónicamente seguirá siendo insignificante, pues el comercio electronico pertenece regularmente al ámbito de la ley sobre la venta a distancia y el derecho de oposicion mencionado allí depende de la existencia de una razón particular, ni tiene por consecuencia un derecho a indemnización; véase Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 8.

[84] § 119 párrafo 1 del Código Civil alemán.

[85] Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 8. La relevancia de un error al cliquear también es insignificante, pues evitar este error ya sirve a la posibilidad incluida en la Directiva sobre el comercio electrónico, posibilidad obligatoria para corregir el pedido antes de transmitirlo.

[86] Más sobre este tema arriba, IV.

[87] Sobre la imputación de declaraciones de voluntad que fueron entregadas sin conciencia de declaración, vese MunchKomm-Kramer, antes del § 116, número 13.

[88] Detalles sobre este tema en Grigoleit, WM 2001, 597 (602).

[89] Arriba, II.1

ción en virtud de una programación errónea no queda descartada[90].

Por último, el Ministerio Federal de Justicia proyecta reemplazar en el § 120 del Código Civil alemán la palabra "entidad oficial" (*Anstalt*) por el concepto más amplio de "institución" (*Einrichtung*)[91]. De esta manera, se adapta el motivo de impugnabilidad de la transmisión errónea a las nuevas técnicas de comunicación. Mientras que la versión tradicional del Código Civil alemán, hablando de "entidades oficiales" pensaba sobre todo en el correo como medio de transmisión, los casos de transmisión electrónica errónea también tendrán derecho a una impugnación en el futuro. La condición necesaria para ello es, según la sistemática tradicional del § 120 del Código Civil alemán, que la declaración de voluntad sea alterada entre su emisión y la entrada en el ámbito de influencia del destinatario. La razón de esta alteración es insignificante. Tanto los defectos técnicos como las intervenciones deliberadas de terceras personas pueden entrar en consideración. Sin embargo, según el § 122 del Código Civil alemán, el impugnante tiene que restituir la pérdida de la confianza al destinatario. Una modificación en cuanto al contenido de la situación jurídica no resultará de ello[92].

[90] Tribunal regional de Francfort del Meno, sentencia del 28.2.1997, CR 1997, 738 (739).

[91] Proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

[92] Cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 9.