

Estudio sobre la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de contratación

ANTONIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

RESUMEN

El mundo de las llamadas nuevas tecnologías está significando un cambio importante en nuestro modo de vivir y, como no podía ser menos, en los modos de adquisición de productos y servicios. Hoy la compra de productos y servicios a través de medios telefónicos, informáticos o telemáticos son de uso general, y se enmarcan en las ventas realizadas sin la presencia física de los contratantes, con lo que a los problemas tradicionales de la contratación entre ausentes habrá que añadir, ahora, la existencia de un intermediario o servidor; este sistema de ventas, realizado con cierta sensación de anonimato, precisa una minuciosa regulación para dar transparencia a la misma y, en aras de la igualdad de partes, proteger los derechos del comprador, que deben recoger tanto el momento de la contratación como la regulación previa y posterior a la celebración del contrato. La legislación debe extremar su celo cuando se trata de contratación en masa, con clausulados generales, celebrados con consumidores o adherentes, en su caso.

SUMMARY

The world of these- called new technologies is meaning an important change in our way to life and, as it could be less, in the ways of acquisition of goods and services. Nowadays, the product purchase and services purchase through the telephone, computer and transmissions means is of general use, and they are framed into the non-physical presence shopping, so that to the traditional problems of the transactions between absent people, it will be necessary to add this moment, the existence of an intermediary or server; this sales system, made with a somehow feeling of anonymity, needs a meticulous control to provide transparency to it, and for the sake of equality between the parts, to protect the customer rights. This regulation must take into account both the transaction moment and the previous and following steps to it. Legislation must observe its conscientiousness when it concerns to mass purchasing, with general clauses celebrated with customers or adherent where appropriate.

INTRODUCCIÓN

El extraordinario desarrollo tecnológico de los últimos años ha permitido la aparición y auge de nuevas formas o técnicas de contratación en las que la presencia física de los contratantes se ve reemplazada por su comunicación a través de la línea telefónica u otros instrumentos electrónicos, entre los que destaca la denominada *red Internet*. A través de estos nuevos medios es hoy posible adquirir numerosos productos y contratar un número creciente de servicios.

La expansión de la gama de productos y servicios que pueden ser adquiridos o encargados de este modo parece por el momento imparable. Se habla ya de

diversos establecimientos (bancos, librerías, supermercados, agencias de viajes, etc.) *virtuales*, lo que significa que los productos y servicios que ofrecen pueden ser adquiridos a través de la red *Internet*; pero también a través de la línea telefónica pueden concluirse los más variados contratos (adquisición de productos alimenticios, billetes para transportes públicos, entradas para cine y espectáculos públicos, ramos de flores, seguros, servicios bancarios, etc.)

No cabe duda que el comercio electrónico, entendido en un sentido amplio, como cualquier forma de transacción o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como *Internet*, incluye no sólo la venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, etc.

Destaca en este aspecto las relaciones comerciales establecidas a distancia, y, entre ellas, de modo especial las establecidas mediante sistemas electrónicos, telefónicos o telemáticos. En nuestro Derecho, este campo de la contratación lo recoge la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, en su artículo 5.3, el cual es desarrollado, mediante el R.D. de 17 de diciembre de 1999. Del asunto se ocupan, también, a nivel comunitario la Directiva 97/7/CEE, 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, y la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; si bien existen otras Directivas respecto a temas como la firma electrónica, etc., que, de manera directa, inciden en el mismo propósito de defensa de los contratantes más débiles, en los contratos celebrados a distancia.

Respecto a la importancia que el comercio electrónico tiene, recogemos algunas frases del memorándum de la Delegación francesa con ocasión del consejo ECOFIN, en el que entre otras cosas, afirma¹ “que el comercio electrónico es una oportunidad que han de aprovechar las empresas, los consumidores, la economía y las culturas europeas. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de *Internet*, en una trama de actividades comerciales mundializadas (...) pero para que las esperanzas despertadas por el comercio electrónico sean una realidad, es preciso crear la condiciones para que los operadores (clientes y prestatarios) puedan intervenir con toda confianza (...) parece urgente determinar a escala comunitaria, no sólo una doctrina para crear un marco normativo que estimule el comercio electrónico europeo, sino también una estrategia europea para el planteamiento de los debates internacionales que se están sucediendo muy rápidamente (...) facilitar la celebración de contratos por vía electrónica y dar seguridad a las transacciones, consiste en ayudar a establecer la confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico”.

¹ GARCÍA MÁZ, F. J., “Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio electrónico), RCDI núm. 661.

La espectacular aparición de Internet como medio de masas, nos ha sumergido en lo que muchos han dado en llamar una nueva era. Sin embargo, muchas de las alternativas y soluciones que plantean Internet y las tecnologías de la Información son, en cierto modo, artificiales. No existe una demanda real alrededor de ellas; y esto sucede, porque el consumidor es muy conservador, desconfiando ante sistemas que eliminan la relación personal. Por ello, los cambios que representan las nuevas tecnologías se irán imponiendo de un modo más pausado del previsto por los "gurús" de la llamada "nueva Economía"². Es evidente que la importancia, que alcanzará entre nosotros este tipo de contratación dependerá, básicamente, de la penetración de las diferentes tecnologías en nuestros hogares.

Según el Estudio Delphi, elaborado por el Instituto Nacional de Consumo, se llega a algunas conclusiones interesantes; así, por ejemplo, destaca que España lleva un retraso significativo respecto a los países del norte de Europa en la penetración de Internet en los hogares. Pero, las diferencias se amplían en lo que se refiere al uso o el interés por el comercio electrónico. En cualquier caso, la fiabilidad de los datos estadísticos que se ofrecen, en torno a Internet o el comercio electrónico, en general, es más que dudoso; los datos que se ofrecen son fragmentados por sectores, y presentan una gran diferencia de resultados. De todos modos, se cree, que Internet llegará a la mitad de la población hacia el año 2005, utilizando dos nuevos caminos, que en estos momentos inician su emparejamiento con la Red, el teléfono móvil y la televisión interactiva. El primero con una fortísima penetración entre la ciudadanía española, y la segunda con un gran potencial por ser el electrodoméstico estrella de los hogares.

En cuanto al comercio electrónico de bienes y servicios se esperan importantes crecimientos, si bien se suponen menos importantes que los previstos por algunos, que auguraban unas cifras de facturación generada por el comercio electrónico en España, para el año 2002, de unos 2020 millones de Euros, cifra, que en estos momentos algunos expertos sitúan en torno a la tercera parte, y ello porque el mercado a través de este sistema es muy irregular, dependiendo mucho del producto ofertado. A favor de la expansión están aspectos como la comodidad del sistema y el factor precio; sin embargo, se supone que, debido a nuestro carácter latino, más social que individualista, nuestro clima, que permite que el acto de "ir de compras" sea una forma más de entretenimiento y otros factores culturales y sociales avalan las versiones más pesimistas respecto al crecimiento del sector, el cual sin duda sigue creciendo, pero a un ritmo más moderado que el esperado, y ello a pesar de circunstancias como el nivel de satisfacción de los usuarios de las compras a través de la Red, que en las encuestas ofrecidas por el Estudio del Instituto Nacional de Consumo, que estamos siguiendo, recoge unas respuestas de satisfecho-muy satisfecho del 97% entre dichos usuarios.

² INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO, *"El consumidor y las nuevas tecnologías"*, Madrid, 2000.

En cuanto a la defensa del consumidor, el estudio citado, augura una cierta relajación de la normativa protectora de datos, para permitir la personalización de la oferta; tal vez por ello, propugna que las organizaciones de defensa del consumidor tendrán que asumir, si cabe, mayor importancia en el comercio electrónico que en el convencional, por la cantidad de incertidumbres y lagunas jurídicas asociadas. Resalta, igualmente, la dificultad de establecer regulaciones en Internet, pero que los gobiernos acabarán regulando ciertas actividades, en las que se puedan dar situaciones conflictivas o abusos, lo cual, obviamente, no equivale a "regular Internet". Así, resulta desalentador encontrar, que la conclusión ofrecida por el Organismo público, base sus esperanzas en que los oferentes de servicios, contenidos, etc., procurarán autorregularse, como garantía de supervivencia a medio plazo; en suma, se confía en la regulación por las reglas de oferta y demanda del mercado.

Para poder centrar el tema que nos ocupa, es importante, ahora, fijar aspectos como el de la residencia del oferente, ya que partimos de la suposición de un consumidor español; dado que este tipo de contratación es especialmente propicia para las ventas realizadas por oferentes radicados en un país, a consumidores situados en otro distinto, y seguramente ello es lo que lleva a la Directiva 97/7/CEE a decir en su Considerando cuarto que "el desarrollo de nuevas tecnologías lleva consigo una multiplicación de los medios puestos a disposición de los consumidores para estar al corriente de las ofertas hechas en toda la Comunidad y para efectuar sus pedidos".

Seguiremos, pues, delimitando el campo en que se desarrollará el presente trabajo, ya que, como empieza a vislumbrarse, dadas las características de las tecnologías apuntadas, el tráfico comercial a través de algunos de los sistemas citados en el encabezamiento, resulta tan huidizo como el agua en un cesto de mimbrres. De modo que nos proponemos tratar de los contratos celebrados haciendo uso de sistemas telefónicos, electrónicos o telemáticos, en que el oferente y el consumidor residan en España, o, cuando menos, que la relación se desarrolle en el marco de la Unión Europea.

Parece claro que la aparición del nuevo modelo de relaciones a distancia que representan las nuevas tecnologías obliga a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas e incluso agudizando algunos de los ya existentes.

En cuanto al contenido de los contratos será el de contratos telefónicos o electrónicos con condiciones generales de contratación. Analizaremos, pues, las condiciones generales de los contratos, las garantías del consumidor, ámbito formal y material de los mismos, así como el desarrollo de la vida contractual y los momentos de conflicto del mismo, las cláusulas abusivas en estos contratos, los tratamientos extrajudiciales, así como las posibilidades jurisdiccionales de protección.

II. REQUISITOS DE INCORPORACION DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

A) *Requisitos en la generalidad de los contratos*

Denominamos *requisitos de inclusión* a aquellos que debe reunir o cumplir una condición general para que pase a formar parte del contenido del contrato³. El conjunto de operaciones encaminadas a verificar su concurrencia conforman, pues, el llamado *control de inclusión o incorporación*. Conforme a los arts. 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), las condiciones generales habrán de redactarse y presentarse de forma que puedan ser leídas y comprendidas por el adherente, y deberán ser específicamente aceptadas por éste, a cuyo efecto corresponde al predisponente informarle de su existencia y facilitarle un ejemplar de ellas⁴.

El que podríamos definir como más general de los requisitos, viene recogido en el apartado 4º del artículo 5 de la LCGC, que dice “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. No se exige de modo expreso que las condiciones generales sean comprensibles, aunque tal será el resultado de un clausulado transparente, esto es, concreto, claro y sencillo. En consecuencia, las condiciones generales habrán de ser *legibles, comprensibles y concretas*, hablamos en suma de la importancia adquirida por el llamado “principio de transparencia”. El concepto de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información y presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes, de la que es un supuesto típico el contrato de adhesión. La finalidad de la transparencia se relaciona con el adecuado conocimiento de la posición contractual en el desenvolvimiento de la situación ya constituida. Pero se manifiesta, también, en un momento anterior: la fase previa y simultánea a la conclusión del contrato. Las funciones que desempeña la transparencia, en el momento de la conclusión del contrato y durante la vida del mismo, se proyectan sobre las posibles consecuencias jurídicas que puede generar su falta⁵. Las concretas manifestaciones de la expresión del art. 5.4 LCGC, se podrían plantear del siguiente modo; por transparencia se entendería la posibilidad, para el adherente, de *poder conocer y comprender*, acceder al contenido de la relación contractual, en suma, poniendo en

³ TEJEDOR MUÑOZ, L. “*Incorporación contractual de las condiciones generales*” Revista de Derecho comparado, Buenos Aires.

⁴ PAGADOR LÓPEZ, J., “*Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas*”, VVAA, de la obra coordinada por BOTANA GARCÍA G. y RUIZ MUÑOZ M., “*curso sobre protección jurídica de los consumidores*” McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “*Requisitos de incorporación*”, VVAA, de la obra coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “*Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*”, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

relación el art. 5.4 y el 7.b), entenderemos que falta transparencia en la cláusula que resulte ser *oscura*, y manifestaciones de esta oscuridad son la *ilegibilidad*, la *ambigüedad* y la *incomprensibilidad*.

A fin de determinar si un clausulado de condiciones generales puede considerarse perceptible y comprensible no hay que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino a las del contratante medio del sector del tráfico negocial concernido.

Pasamos, ahora, a los requisitos de los apartados 1 y 2 del mencionado artículo 5 de la LCGC, que contemplan dos casos distintos: en primer lugar, el de la utilización de condiciones generales para la celebración de contratos que se documentan por escrito; en segundo lugar (apartado 2), el de su utilización para la celebración de contratos en los que no existe documentación escrita, o la que existe es escasa o consiste en un simple resguardo o cualquier otro documento acreditativo de la operación. En cualquiera de estos supuestos, el requisito de entrega o facilitación de las condiciones generales deberá ser cumplido con carácter previo o simultáneo al momento de celebración del contrato, de modo que no formarán parte de éste, las condiciones generales que el adherente no haya podido conocer, de manera completa, al tiempo de la celebración del contrato. Con esta distinción entre contratos por escrito y contratos verbales se superan algunos de los problemas que se habían planteado anteriormente sobre si los requisitos de inclusión de las condiciones generales debían aplicarse, exclusivamente, a los contratos celebrados por escrito; pero, tampoco en la nueva ley se avanza gran cosa, pues no aclara cuándo “el contrato no debe formalizarse por escrito”⁶.

En todo caso, no quedarán incorporadas al contrato y serán ineficaces las condiciones generales, cuando la referencia a ellas en el documento contractual no sea suscrita por *todos los contratantes* (art. 5.1.1º LCGC), o cuando no pueda considerarse que el adherente ha aceptado su incorporación al contrato (art. 5.1.2º LCGC), bien porque el predisponente no le informe sobre su existencia o bien porque no le facilite un ejemplar de ellas.

El apartado 2 del mencionado art. 5, afirma que “cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”. Los antecedentes de la Ley permiten concluir que la regla especial de este artículo 5.2 será aplicable cuando los requisitos establecidos en el art. 5.1 resulten desproporcionados con relación a la forma o circunstancias del contrato⁷.

⁶ TEJEDOR MUÑOZ, L. Obra citada, pág. 23.

⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. Obra citada, pág. 178.

B) Requisitos de incorporación en la contratación telefónica y electrónica

Conforme al art. 5.3 LCGC “en casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional”, si bien se exige que se envíe *inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.*

El inciso “en los términos que reglamentariamente se establezcan” se justifica porque, en otro caso, se deja al arbitrio de las partes determinar cuándo efectivamente ha existido la perfección del contrato. Por lo que se considera adecuado remitir al correspondiente desarrollo reglamentario las formas en las que, de acuerdo con dichas tecnologías, se entiende efectuada la aceptación.

La preocupación del legislador en los dos primeros apartados del artículo 5 parece dirigida a determinar cuándo la declaración de voluntad del adherente, que consiente la perfección del contrato, ampara la integración del mismo con las condiciones generales predispuestas por la otra parte. En los contratos que habitualmente se celebran por escrito (art. 5.1 LCGC), se exige la firma en los términos ya expuestos; si se trata de contrato que “no deba formalizarse por escrito” (art. 5.2), el contrato se perfecciona conforme a las reglas generales y no se exige constancia en forma específica de la declaración de voluntad del adherente a efectos de la incorporación de las condiciones generales. A este respecto, la LCGC no impone una “forma” determinada; lo único que realmente puede considerarse exigencia legal indeclinable para estimar que la aceptación ampara las condiciones generales es que *al tiempo de la celebración del contrato se haya tenido “oportunidad real de conocer de manera completa” el contenido de las condiciones generales.*

En el caso de la contratación telefónica o electrónica, por tanto, el desarrollo reglamentario habría de determinar el modo en que, de acuerdo con el medio de comunicación empleado, podría estimarse que la “aceptación” del contrato se extiende a todo el contenido predispuesto *sin necesidad de firma convencional*⁸. Es interesante recordar a este respecto la STS de 3 de noviembre de 1997 en que afirma que “el requisito de la firma autógrafa puede ser sustituido por el lado de la criptografía por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves y otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido”. Es claro que, el legislador, no ha impuesto como exigencia ineludible la firma, entre otras razones, porque no tendría sentido en la contratación exclusivamente telefónica, y en modo alguno los requisitos de incorporación formales tienen el carácter de forma “*ad solemnitatem*”.

En todo caso, en el propio artículo 5.3 de la LCGC, y sin entrar, por el momento, en el desarrollo realizado del mismo por el R.D. 1906/1999, de 17 de

⁸ GONZÁLEZ PACANESKA, I.; Obra citada págs. 166-167.

diciembre, vemos que tan sólo prevé que se envíe “inmediatamente” “justificación escrita” de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. Cabe deducirse que esta entrega es posterior a la celebración del contrato, pues habla de “justificación escrita de la contratación efectuada”; parece que su valor se reduce a servir de medio de prueba de que el contrato se ha realizado y de cuál es su contenido⁹. En suma, estamos hablando del requisito del *conocimiento* en el momento de celebración del contrato. Dado que la LCGC pretende adecuar el modo en que la información se procura, a la forma y a las circunstancias de celebración del contrato, y con la consciencia de que se puede haber transmitido por medios “efímeros”, en el momento de celebración del contrato, se exige el ulterior envío por escrito, cumpliéndose así la que algunos autores consideran única función de los requisitos de incorporación: la “publicidad”.

Por último ha de tenerse en cuenta que estamos ante supuestos de contratación a distancia, supuestos ya contemplados en la Ley 7/1996, de 15 de enero, reformada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, de Ordenación del comercio minorista, por lo cual el adherente habría de disponer del derecho de desistimiento recogido en el art. 44 de la citada ley y, que podrá ejercitar libremente “dentro del plazo de siete días desde la fecha de recepción del producto”. El ejercicio de este derecho no está sujeto a formalidad alguna, ni podrá implicar penalidad alguna para el consumidor. Si ponemos esto en relación con la información que deberá contener la oferta de venta a distancia recogida en el art. 40 LOCM y en el 47 de la misma Ley, que recogen la “información por escrito” que habrá de recibir el comprador con anterioridad “a la ejecución del contrato”, además de impedir la exigencia de pago anticipado con la excepción relacionada en el art. 43.2, concluiremos que la LOCM, de alguna manera, presupone que al iniciarse el cómputo del plazo de desistimiento, el adherente dispone ya de toda la información por escrito. Por otra parte, en la Directiva 97/7/CE, el plazo es de siete días laborables a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato (en caso de servicios), siempre que en dicho momento se haya recibido la confirmación escrita de la información exigida; si dicha confirmación escrita no se recibe en absoluto, el plazo para desistir se amplía a tres meses desde la recepción de los bienes (art. 6 de la Directiva).

En el marco de esta regulación legislativa es en el que se presenta el desarrollo reglamentario previsto en el citado art. 5.3 LCGC, el R.D. 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se “regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13-4-1998 (RCL 1998\960), de condiciones generales de la contratación. En la que lo primero que llama la atención es que no se limita a desarrollar la previsión legal del mencionado artículo, sino que, también, incorpora a nuestro Derecho interno la Directiva mencionada 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de

⁹ TEJEDOR LÓPEZ, L., Obra citada, pág. 33.

20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En palabras de PAGADOR LÓPEZ, “se aprecia en el Real decreto tres partes, la primera de las cuales acota el ámbito de aplicación de sus disposiciones, la segunda establece los deberes que ha de cumplir el predisponente, y la tercera regula el derecho de *resolución* del contrato que se atribuye al cliente”.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) *Ámbito y objeto de la norma*

Respecto al ámbito de aplicación el art. 1 del Real Decreto de desarrollo citado, define como ámbito de aplicación “a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contenga condiciones generales de contratación, entendiéndose por tales las definidas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, y se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes en materia de firma electrónica”, el cual se corresponde, en buena medida, con el ámbito que recoge la Directiva europea, si bien, en este caso, por la vía de las excepciones citadas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Real Decreto y las citadas en el artículo 3 de la Directiva 97/7/CE.

En suma hemos de tener en cuenta que el reglamento sigue a la Directiva 97/7/CE, y ésta sólo se aplica a *consumidores*. Es cierto que algunas normas contenidas en el Reglamento podrían aplicarse, y es razonable que así sea, a contratos entre profesionales; en particular las que se refieren a la posibilidad de realizar las comunicaciones no sólo por escrito, sino también “en cualquier otro soporte duradero”, así como las normas sobre atribución de la carga de la prueba. Pero, sin perjuicio de que deba admitirse lo anterior, hay razones para pensar que los autores del reglamento tuvieron presente, ante todo, el supuesto de contratación con consumidores; no sólo por haber seguido fielmente la Directiva 97/7/CE, que no se aplica a contratos entre profesionales, sino también teniendo en cuenta lo expuesto en el preámbulo y las alusiones al *consumidor* que aparece en el artículo 5.3 LCGC.

Saliéndonos del marco definido por el Reglamento y Directiva citados, encontramos que en la llamada Directiva del Comercio electrónico, define el concepto de Servicios de la Sociedad de la información como todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Con ello se quiere excluir, por ejemplo, otras Directivas que no incluyen ese concepto amplio de servicios, por ejemplo las de la Televisión, donde no existe una petición individual de un destinatario de servicios, en concreto de la Directiva de la Televisión sin fronteras¹⁰. De ahí que la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de

¹⁰ http://www.mju.es/g_firmaelect_amp_t.htm, *La firma y el comercio electrónico, aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*”.

2.000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, trate de aspectos jurídicos del comercio electrónico, aunque se refiere de manera más amplia a los servicios de la sociedad de la información¹¹.

En concreto, en el artículo 1, se regula el ámbito de aplicación de la misma, en definitiva, el objeto de la regulación relativo a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información y, en particular, del Comercio electrónico, y en concreto, el régimen del establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, el de la contratación por vía electrónica, la responsabilidad de los prestadores de servicios, incluidos los intermediarios, los códigos de conducta, la resolución judicial y extrajudicial de los conflictos y la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea.

B) *Contratos a los que no es de aplicación*

El apartado 2 y 3 del propio artículo primero, siguiendo el artículo 3 de la Directiva 97/7/CE, así como al artículo 4 de la LCGC, trata de las exenciones, los diferentes tipos de contratos en los que no es de aplicación. Curioso resulta como el apartado 2 del art.1 del R.D. 1906/1999, reproduce casi textualmente, y desde luego conceptualmente así lo hace, el artículo 4 de la LCGC. Así, resulta, que el Reglamento, al igual que la Ley mencionada no será de aplicación a los contratos administrativos, ni de trabajo, constitución de sociedades, ni a los que regulen relaciones familiares. Igualmente, quedan fuera del ámbito del Reglamento las condiciones generales que reflejen principios o disposiciones de Convenios internacionales en los que España sea parte, ni aquellas condiciones generales que vengan reguladas, específicamente, por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes.

De mayor interés son las exclusiones que efectúa el artículo 1.3 del propio Real Decreto. Conforme a él (párrafo 1º), caen fuera de su ámbito de aplicación los “contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones a plazo y de opción, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, en subasta y los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, así como los de arrendamiento de bienes inmuebles regulados por leyes especiales (en principio, dicha normativa específica, establecería un nivel de transparencia y de control

¹¹ GARCÍA MÁAS, F. J., “Análisis de la proposición de Directiva del parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)” RCDI nº 661.

superior a la contratación electrónica o telefónica ordinaria¹²), excepto los arrendamientos de temporada a los cuales será de aplicación la presente norma”. El párrafo 2º del artículo 1.3 matiza las consecuencias de estas últimas exclusiones al exigir –aunque no se sabe con que alcance–, que en los supuestos enunciados quede “constancia de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la normativa específica aplicable en cada caso”, y en su defecto, que se envíe “inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”.

Las exclusiones que efectúa el art. 1.3 se corresponden con las que delimitan el ámbito de aplicación de la disciplina a que se sujetan los contratos celebrados a distancia. En particular, da la impresión de que el redactor del real Decreto se ha inspirado, en muy buena medida, en las normas que la LOCM ha dedicado a las *ventas a distancia* (Capítulo III, arts. 38 y ss.); aunque la referencia que el artículo 1.2 de la LOCM efectúa a *cualquier clase de artículos* y el propio epígrafe que encabeza el Capítulo II del Título III de la LOCM (*ventas*) podrían inducir a pensar que los arts. 38 y ss. De la LOCM no se aplican cuando se trate de contratos celebrados a distancia sobre prestación de servicios, la disposición adicional primera de la LOCM establece que dichos preceptos (arts. 38 a 48 de la LOCM) serán de aplicación a los contratos *negociados a distancia* referentes a la prestación de servicios, con la particularidad de que no se aplicarán, en modo alguno, a los contratos de servicios con reserva, y no se aplicarán a los seguros, créditos, ni a los servicios de inversión, salvo para en éste último caso en lo que respecta al contenido de la oferta para contratar; por otra parte, el art. 38.3 de la LOCM extrae del ámbito de aplicación de esta disciplina los supuestos de venta mediante máquinas automáticas¹³, y las subastas que no se realicen por vía electrónica.

Lo que no se entiende es por qué se mezclan ambas cuestiones, pues una cosa es el modo en que se incorporan las condiciones generales al contrato, cuando éste se celebra telefónica o electrónicamente, y otra cosa es que los contratos celebrados a distancia –con o sin condiciones generales– estén sujetos a una disciplina especial, por cuya virtud el cliente puede resolver el contrato o desistir de él. El Real Decreto que nos ocupa confunde ambas cuestiones, hasta el extremo de anudar al incumplimiento de los requisitos de incorporación –cuya inobservancia, conforme a la LCGC, da lugar a la ineficacia de las condiciones generales respecto de las que ello suceda– nada menos que la atribución al adherente de la facultad de resolver el contrato o desistir de él.

Por su parte, en la Directiva 2000/31/CE, se regula, también en su artículo 1, un conjunto de exclusiones y excepciones al ámbito de aplicación de la Directiva. Este conjunto de excepciones del ámbito de aplicación quiere indicar que las materias excepcionales se rigen por sus propias normas, en razón de las circunstancias

¹² http://www.mju.es/g_cont_tel.htm guía sobre la contratación telefónica o electrónica.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., *Obra citada*, pág. 248.

especiales de las actividades objeto de exclusión. En este sentido, la Directiva no se aplicará a las cuestiones relativas, en materia de fiscalidad, a los juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas las loterías y apuestas, a las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que afectan a la protección de datos personales y de la competencia; las relativas a la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los Tribunales, y por último, las actividades de los Notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

C) *El deber de información previa*

De la regulación del deber de información previa se encarga el artículo 2 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, el cual impone que *previamente a la celebración del contrato, y con la antelación necesaria, como mínimo de tres días naturales anteriores a aquella, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales*. Según lo cual, uno de los modos de cumplimiento, en caso de contratación telefónica, podría ser el recitado, mediante cualquier sistema, de todas y cada una de las cláusulas del contrato, lo que, sin duda, significaría un cumplimiento formal de la norma, pero que, obviamente, no mejoraría la situación del consumidor, probablemente, dormido tras escuchar tan “apasionante” relato. De todos modos, lo que la norma deja claro es que la información u oferta debe ser prestada de forma eficaz y completa, para que la persona que se *adhiera* al contrato tenga un conocimiento real de su contenido¹⁴. En cualquier caso, esta previsión resulta una adaptación de la Directiva 97/7/CE, la cual en su artículo 4, detalla, mucho más, en qué ha de consistir dicha información previa, en su apartado 1º, según el cual el *consumidor* (obsérvese que el Real Decreto hablaba de *adherente*) deberá disponer, como mínimo, de información sobre el proveedor, así como de las características esenciales del bien o servicio, incluyendo, naturalmente, el precio incluidos todos los impuestos, los posibles gastos de entrega y costes de la utilización de la técnica de que se trate, y modos de pago; deberá, igualmente, informarle sobre la existencia de derecho de resolución, que en el caso español, deberá ponerse en relación con el art. 44 y 45 de la LOCM reguladores del derecho del derecho de *desistimiento* reconocidos a favor del *cliente*¹⁵. Deberá, el proveedor, también, informar sobre el plazo de validez de la oferta, así como, si es el caso, de la duración mínima del contrato.

¹⁴ http://www.mju.es/g_cont_tel.htm *guía sobre contratación telefónica o electrónica*.

¹⁵ Debemos reseñar que el Real Decreto 1906/1999 va más allá, de manera que dispone, en el art. 4.3, que cuando se trate de un contrato celebrado a distancia en el que haya condiciones generales, si la información sobre éstas a que se refiere el artículo 2, de que estamos tratando, o si la confirmación

En el apartado 2 del mencionado artículo la Directiva comunitaria, se rige por los mismos principios de la exigencia de claridad, eficacia e integridad, respetando, en particular el proveedor, en su oferta los principios de la buena fe y protección de los incapaces para contratar. Exigiendo, especialmente, en su apartado 3 para las comunicaciones telefónicas, la aclaración, explícita y clara, *al principio de cualquier conversación con el consumidor* de la identidad del proveedor, así como de la finalidad comercial de la llamada.

En el ámbito de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el *comercio electrónico* en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), encontramos, en su art. 5 dedicado a la información general exigida, que lo que pretende la Directiva es que tanto los destinatarios del servicio como las autoridades competentes puedan tener de una manera fácil, una serie de datos de los prestadores de servicios, incluyendo los datos de inscripción en un Registro mercantil o en otro Registro público de carácter similar. También si, en determinados casos, una actividad está sujeta a un concreto régimen de autorización por estar así previsto en la ley nacional. Igualmente, cuando el prestador de servicios ejerza una actividad gravada por el Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá aportarse también el número de identificación. Por último, deberá haber una información clara y exacta del precio del servicio, indicando si incluye o no los impuestos y los gastos de envío.

Por su parte, el artículo 6 nos incardina en una información exigida de carácter especial en estas comunicaciones comerciales, debiendo cumplir determinadas condiciones¹⁶, como que la comunicación comercial sea claramente identificable como tal, que también lo sea la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones, que las ofertas promocionales, tales como descuentos, premios y regalos, así como los concursos o juegos promocionales, deberán ser claramente identificables como tales, y serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.

Junto a esta información, el destinatario del servicio (cuando tiene la condición de consumidor o usuario, en el decir de la Directiva que analizamos), antes de efectuar la correspondiente petición¹⁷, podrá requerir una información adicional que la Directiva enmarca con carácter de mínimos, y con la obligación de ser garantizada por los Estados miembros; dicha información se facilitará de manera clara, comprensible e inequívoca, y consistirá, en explicar:

- a) Los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato
- b) Si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible

documental, a que se refiere el art. 3, se produce con *posterioridad a la entrega de los bienes o a la celebración del contrato, respectivamente*, el plazo de siete días concedidos al cliente en el art. 44 LOCM, para resolver *ad nutum* el contrato se computará *desde que tales obligaciones queden cumplidas*.

¹⁶ GARCÍA MÁZ, F. J., *Obra citada*, pág. 2902.

¹⁷ DE ROSELLÓ MORENO, R., "*El comercio electrónico y la protección del consumidor*", Cedecs, Barcelona, 2001.

c) Los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido

d) La lengua o lenguas en que, a opción del consumidor o usuario, podrá celebrarse el contrato.

No es necesario facilitar esta información, afirma el apartado 4 del mismo artículo 10 de la Directiva, cuando los contratos sean celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico, o cuando se utilice cualquier otro tipo de comunicación individual equivalente

La oferta comercial electrónica puede recaer sobre bienes y servicios de cualquier tipo, sin que exista restricción alguna por el hecho de ofrecerse electrónicamente, con excepción, obviamente, de las limitaciones establecidas con carácter general para determinados productos. Es necesario matizar, de todos modos, que no cualquier empresa puede ofrecer libremente bienes y servicios por medio del comercio electrónico, sino que la LOCM¹⁸ prevé un régimen de autorización e inscripción en el correspondiente Registro, para las ventas a distancia (cuestión diferente será lo que realmente esté sucediendo en Internet), recayendo la competencia de expedición de credenciales en el Ministerio de Economía y Hacienda. Lo cual, evidentemente, no es específico de los proveedores de la Sociedad de la información.

IV. CONFIRMACIÓN DOCUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN EFECTUADA

El artículo 3 del Real Decreto 1906/1999, se ocupa de imponer al predisponente la obligación de enviar al cliente, inmediatamente después de celebrado el contrato y, a lo sumo, cuando dé comienzo su ejecución, una *justificación por escrito, a propuesta del adherente, o en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado*, donde deberán constar todos los *términos* del contrato celebrado¹⁹. A los efectos indicados en este apartado, sigue diciendo el art. 3, el predisponente deberá indicar en la *información previa*, los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación efectuada. En el apartado 3º del mismo artículo especifica qué se entiende por soporte duradero; entendiéndose por tales, *cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico*. PAGADOR LÓPEZ, entiende que, a pesar de las citas reiteradas del art. 3.3 del R.D.

¹⁸ Artículo 38.2 LOCM, "Las empresas de ventas a distancia que difundan sus ofertas por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma se inscribirán en el Registro especial que a tal efecto funcione en el Ministerio de Economía..."

¹⁹ PAGADOR LÓPEZ, J., Obra citada, pág. 250.

1906/1999, al *consumidor*, según este autor, la mención se refiere, claramente, al adherente, pese a no citarle en ningún momento en el mencionado artículo.

Con lo expuesto resulta evidente la relación que se produce entre los arts. 2 y 3 del Real Decreto, recogiendo ambos momentos como confirmación y continuación uno del otro, de manera que la confirmación queda totalmente ligada a la oferta informativa realizada. En cuanto al *contenido*, el predisponente debe remitir, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales. Además de indicar al *adherente*²⁰ los “distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada”. Si el predisponente ha realizado su oferta (al destinatario en concreto, o al público en general) en un medio escrito (catálogos, publicidad, impresos, etc.), o a través de medios electrónicos (correo electrónico, o a través de Internet), no existe problema alguno para el cumplimiento de lo exigido por el R.D. y, sin duda, es razonable exigir que se garantice, de este modo, el conocimiento de las condiciones generales (art. 5.2 LCGC). Obsérvese que la norma sólo pide la *remisión* del texto por medio adecuado, mientras el encabezamiento del propio artículo se refiere a la “confirmación documental de la contratación efectuada”; en el ámbito de la contratación electrónica podría estimarse suficiente, a efectos de la información *previa*, la información “por remisión”, entendida como aquella a la que puede accederse de forma inmediata, sin esfuerzo adicional excesivo. Entendiendo el método de “remisión” como aquél que hace que un mensaje o documento pase a formar parte de otro mensaje o documento separado, incluyendo en el segundo una referencia al primero, y declarando que el primero forma parte del segundo como si se hubiera incluido en su totalidad.

Si la comunicación es telefónica, el precepto parece introducir un requisito que puede entorpecer, sin impedir por supuesto, la perfección del contrato de forma inmediata. Dado que los preceptos de la LCGC no exigen, en ningún lugar, la remisión previa del texto de las condiciones generales, puede pensarse que en estos casos el predisponente cumple suficientemente con su deber de garantizar la oportunidad de conocimiento efectivo (art. 5.2 LCGC), informando sobre la existencia de las condiciones generales y ofreciendo al adherente la posibilidad de no celebrar el contrato hasta que se remita, efectivamente, el texto de las condiciones generales; nada impide que el *adherente* manifieste *inmediatamente* su aceptación, sin perjuicio de que en este caso pueda concederse el derecho de «resolución». CARRASCO PERERA estima, refiriéndose, en general, a la contratación electrónica y telefónica, y con base en la aplicación analógica del art. 5.2 LCGC, que debe bastar que el predisponente llame la atención de la otra parte sobre la existencia de las condiciones generales y que le ofrezca la posibilidad de un conocimiento real (por correo u otro soporte duradero) antes de la celebración del con-

²⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Obra citada, pág. 176.

trato; si el *adherente* no hace uso de este derecho, se entiende que renuncia al mismo. Sin embargo, en la Directiva europea sobre comercialización de servicios financieros a distancia, el derecho de “retractación” se concede precisamente al consumidor que haya consentido la celebración del contrato *antes* del conocimiento de las condiciones contractuales.

Por su parte la Directiva 97/7/CE, exige que el consumidor reciba “a su debido tiempo” una información, en la que marca con carácter de mínimos la siguiente:

- Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución.
- 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.

En cualquier caso, si el predisponente ha proporcionado la oportunidad de conocimiento previo de las condiciones generales, el contrato se perfecciona con el contenido predispuesto, sin exigir forma específica para la declaración de voluntad del adherente. Tras la celebración el predisponente debe enviar *inmediatamente* al adherente “confirmación documental de la contratación efectuada” en la que deberán constar todos los términos de la misma, en el idioma del adherente o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta²¹. La comunicación que ahora incumbe al predisponente debe realizarse, en principio, por escrito; pero a propuesta del adherente puede realizarse “en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado”. El concepto de soporte duradero, se entiende en los términos del art. 3.3 del Real Decreto 1906/1999, expresados más arriba. Además, la expresión “inmediatamente” del artículo 5.3 LCGC, se concreta, siguiendo, en parte, a la Directiva, “a más tardar, en el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato”. La expresión “comienzo de la ejecución del contrato”, acaso se refiere a servicios; aunque literalmente, también puede abarcar tanto los servicios como la venta de bienes o productos, y referirse al *pago* realizado por el adherente; la posibilidad de pago anticipado no está excluida en la Directiva 97/7/CE, ni en la LOCM. Se ha advertido, por otra parte, que en los contratos en los que se produce de manera simultánea la celebración del contrato y la ejecución del mismo, “no es posible dar una regla general y debe buscarse una solución caso por caso, mediante la aplicación del estándar general de entrega inmediata que impone la ley”.

La “confirmación” de la contratación realizada del modo expuesto, examinada desde la perspectiva de su trascendencia para la incorporación de las condiciones generales, sirve, sin duda, a la función de “publicidad” que se les atribuye. Y

²¹ http://www.mju.es/g_con_tel.htm guía sobre contratación telefónica o electrónica.

puede afirmarse que toda discordancia entre el contenido de la información previa y el de la confirmación posterior debe resolverse, en principio, a favor de la primera, con base en la cual se ha emitido la voluntad del adherente. Cuestión distinta es la sanción que su ausencia merezca. De un lado, el Real Decreto le otorga repercusión sobre el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento; más, prescindiendo por el momento de tal repercusión, interesa, en esta sede, determinar si la falta de "confirmación" es óbice a la oponibilidad de las condiciones generales, *ya conocidas e incorporadas*, en el momento de la perfección del contrato. Se ha dicho que la exigencia de envío de justificación escrita en el art. 5.3 debe interpretarse como un requisito de inclusión "*ex post*" de las condiciones generales: si se omite el cumplimiento de este deber, las condiciones generales no son oponibles al adherente; aunque, a su vez, se tiene en cuenta que la entrega posterior de la documentación no es necesaria si se hubiera entregado con anterioridad. Obsérvese que el art. 7 a) LCGC no menciona la falta de envío como causa determinante de la "no incorporación"; y que, por hipótesis, el contrato ya se ha perfeccionado con el contenido predispuesto, porque el adherente ha tenido la oportunidad de conocimiento completo del mismo. La no incorporación "*ex post*" podría entenderse como sanción adecuada, sobre todo desde la perspectiva de la función de *publicidad* de los requisitos de incorporación, en cuanto que el predisponente debe procurar que el adherente tenga a su inmediata disposición, durante toda la vida del contrato, el texto de las condiciones generales. Ahora bien, esta función de "publicidad", puede haberse cubierto perfectamente con la información previa y, si tal fuera el caso, la falta de "justificación" posterior no impediría la incorporación *que ya ha tenido lugar*; en el bien entendido de que el incumplimiento de esta carga tampoco podrá perjudicar al adherente, de modo que será el predisponente, como por otra parte se prevé en el art. 5 del Real Decreto, quien tendrá que probar que el adherente efectivamente disponía ya de la información requerida en el momento de celebración del contrato y que su contenido es el que ahora se pretende hacer valer.

La confirmación documental de la contratación efectuada no es aplicable, según el artículo 3.2 del Real Decreto, "a los contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación, y sin perjuicio de informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio". La norma reproduce con bastante fidelidad, lo dispuesto en el art. 5.2 de la Directiva 97/7/CE, que, igualmente, excluye este supuesto de la exigencia de "confirmación escrita de la información". La no necesidad de confirmación escrita se limita a contratos de prestación de servicios que reúnan dos caracteres. En primer lugar, que sean de "tracto único", lo cual se expresa en la Directiva 97/7/CE, con la frase "se presten en una sola vez". En segundo lugar, es preciso que el servicio se ejecute o realice mediante el empleo de una técnica de comunicación a distancia y, cumulativa-

mente, sea facturado por un operador de tales técnicas de comunicación. No obstante, en estos casos, la no necesidad de confirmación escrita de la información lo es sin perjuicio de informar, en todo caso, al *consumidor* (en frase de la Directiva), de la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones, y, añade el Real Decreto a lo dicho por la Directiva, del coste específico y separado de la comunicación y del servicio.

V. PERFECCIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El último inciso del artículo 5.3 LCGC hace mención de que en los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de “*la contratación efectuada*”. Queda, pues la duda de cuál será el momento en que tal contratación se ha efectuado, es decir, cuál será el momento de perfección del contrato, en este tipo de contratos.

En principio, parecería que la razón de ser del desarrollo reglamentario del mencionado artículo de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, tendría como objeto precisar, precisamente, el momento de perfección del contrato. Sin embargo, el mencionado Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, BOE de 31 de diciembre, “por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril”, se aprovecha, más bien, para incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo; apreciándose en el Real Decreto, en palabras de PAGADOR LÓPEZ, tres partes, la primera de las cuales acota el ámbito de aplicación de sus disposiciones, la segunda establece los deberes que ha de cumplir el predisponente, y la tercera regula el derecho de resolución del contrato que se atribuye al cliente.

Si realizamos un somero análisis del propio Real Decreto, encontramos como, en el Preámbulo se indica que para el desarrollo del citado art. 5.3 LCGC se han tenido en cuenta “normas de derecho interno ya en vigor, que regulan para diversos supuestos los efectos jurídicos de la contratación a distancia y la comunicación telemática”, citando solamente el Real Decreto sobre firma electrónica. Sigue diciendo el preámbulo que también se han tenido en cuenta las Directivas europeas relacionadas con esta materia, citando expresamente la Directiva ya citada 97/7/CE, de la que a la postre viene a resultar una transposición, si bien se refiere, también, a la proposición de Directiva sobre comercio electrónico. Sin embargo, resulta sorprendente, que una norma de desarrollo que “ha de procurar ser consecuente en relación con los distintos aspectos de la materia ya regulados o en proceso de serlo», no mencione la regulación de ventas a distancia de la LOCM, a la vez que prescindiendo de la terminología de la propia LOCM en vigor en ese momento, en el articulado se adopta la utilizada por la Directiva, que, en la práctica, transpone a nuestro Derecho interno.

Por otra parte, parece claro que en su regulación el Real Decreto va bastante más lejos de lo que, en principio, parece haber sido el sentido de la remisión realizada en el art. 5.3 LCGC; exigencias como el requisito de información previa, como mínimo de tres días naturales; la regulación del “derecho de resolución” con evidente inspiración, terminológica y de fondo, en la Directiva de modo mucho más claro que en el “derecho de desistimiento” citado en la anterior regulación de la LOCM. Del mismo modo “la atribución de la carga de la prueba”, que luego analizaremos, no parece que se correspondan con la titulación del Real Decreto, ni que la intención del legislador de la LCGC, al redactar el mencionado art. 5.3 fuese precisamente esta.

La conclusión de todo ello sería que el Real Decreto no hace honor a su título²². El punto que sin duda se remitía a desarrollo reglamentario *se ha quedado sin desarrollar*. No se ocupa del “momento de perfección del contrato conforme a estas tecnologías”. Punto éste en que efectivamente habrá de tenerse en cuenta la Directiva europea 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, pero que no se contempla en el Real Decreto. Tampoco hay ninguna precisión específica sobre la forma en la que ha de constar la aceptación; por tanto, si por parte del predisponente se han cumplido las cargas de información impuestas por la Ley (y desarrolladas por el Real Decreto), la declaración de voluntad del adherente se extiende a las condiciones del predisponente, sin exigir ninguna formalidad específica. Y, por tanto, puede ser verbal (como ocurre en la contratación telefónica), o a través de una comunicación electrónica.

En definitiva, de lo que estamos tratando es de los requisitos para la existencia del contrato establecidos en el artículo 1261 del Código civil, que señala que “No hay contrato, sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca”. Pues bien, en el caso de los contratos celebrados a distancia, mediante el uso de las nuevas tecnologías, surge la duda sobre cuál es el momento en que se presta, efectivamente, el consentimiento. Por ello, será requisito imprescindible la aceptación de la oferta por el consumidor, esto es, que éste muestre su consentimiento de forma expresa y sin reservas. Esta afirmación es ratificada por la LOCM, cuyo artículo 41.1 afirma que “en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta”; igualmente, la Directiva 97/7/CE afirma en su artículo 9, que en modo alguno “la falta de respuesta (del consumidor) puede considerarse como consentimiento”. Y ello, porque el consentimiento, como inequívoca expresión de la voluntad humana, consciente y libre, y prestado por persona capaz, constituye, como cita el Código civil, uno de los requisitos *esenciales* del contrato. La cuestión citada de la capacidad de obrar de las partes, cuando el proceso de la contratación se realiza de ordenador a ordenador es un problema de difícil solución, sobre todo cuando estamos ante contratos en masa²³.

²² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Obra citada, pág. 170.

²³ DE ROSELLÓ MORENO, R. Obra citada, pág. 111.

Todo ello conlleva que el momento de perfeccionamiento de un contrato electrónico haya sido una de las cuestiones más debatidas y que, por tanto, genera una gran inseguridad para las partes contratantes en general, y para el consumidor en particular (¿el momento de la recepción o del envío de la aceptación?). Además, los comportamientos específicos que adoptan las partes para contratar por vía electrónica provocan incertidumbres respecto a la celebración del contrato; en especial, la propia acción de hacer clic en el icono "Aceptar" puede tener un significado distinto en cada Estado (¿es la aceptación de una oferta del prestador de servicios o de una oferta de contrato del cliente?). Estas diferencias entre los regímenes jurídicos nacionales²⁴, combinadas con la especificidad del contexto tecnológico, provocan situaciones de inseguridad, en especial para el consumidor, en las relaciones contractuales "sin fronteras" (que representa, especialmente, Internet), situaciones que no contribuyen al desarrollo de la confianza necesaria en el comercio electrónico (una parte puede considerar, según su propio régimen jurídico, que el contrato está formalizado, en tanto que la otra parte, de acuerdo con su legislación, considera que aún no está vinculada por dicho contrato).

Por todo ello, el artículo 11 del proyecto de la Directiva de comercio electrónico regulaba la importante cuestión del momento de celebración del contrato. Dicho artículo establecía que los Estados miembros dispondrán, en su legislación, que salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos como, por ejemplo clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios, el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido, por vía electrónica, una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y haya confirmado la recepción del acuse de recibo. Diversas propuestas, especialmente de la Delegación española, llevaron a la modificación del texto, debido, básicamente, a que se haría demasiado complicado el proceso en toda la contratación, ya que habría hasta cuatro comunicaciones, que serían la oferta, la aceptación, el acuse de recibo y la confirmación posterior.

Posteriormente, en el debate acaecido en las sesiones, se cambió el título de este artículo 11, por el de *realización de un pedido*, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos y el distinto tratamiento que las diferentes legislaciones daban la cuestión²⁵. Por todo ello, se llegó a una Posición común, que es la recogida, finalmente, por el artículo 11 de la Directiva, por la cual los Estados miembros garantizarán, en los contratos con consumidores, que cuando el destinatario de un servicio efectúe un pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes:

²⁴ MARTÍNEZ NADAL, A. "Comercio electrónico". VVAA. Obra coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ, "curso sobre protección jurídica de los consumidores" McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

²⁵ GARCÍA MÁ. J. Obra citada págs. 2908-2909.

– El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida por vía electrónica.

– Se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

– Se garantizará, también, que el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles, que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido

Aunque la Directiva no lo diga, en la Ley de transposición (actualmente en trámite de debate parlamentario) debería establecerse la presunción de que el destinatario puede tener acceso al mensaje respectivo desde que haya sido recibido en una dirección de correo electrónico, vinculada personal o institucionalmente al mismo; así como que se entenderá que la contratación electrónica producirá obligación entre los contratantes cuando hayan utilizado un medio electrónico para emitir su declaración de voluntad, sin necesidad de admisión expresa de esta modalidad de contratación

Tradicionalmente, sobre la fase de perfección del contrato (concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y causa del contrato) y más detalladamente, sobre el momento en que se produce la coincidencia entre ambas declaraciones, nuestro Ordenamiento contempla, en los contratos celebrados a distancia, dos teorías diferentes. Teorías establecidas en función de la naturaleza civil o mercantil del contrato, de modo que cuando aplicamos el Código civil estamos en presencia de la teoría del conocimiento y, por el contrario, cuando aplicamos el Código de comercio nos encontramos ante la teoría de la aceptación.

La primera de ellas se encuentra regulada en el artículo 1262.2 del Código civil: “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino *desde que llegó a su conocimiento*. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”. La segunda, aparece recogida en el artículo 54 del Código de Comercio: “Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

La normativa civil, en conexión con el lugar de celebración del contrato, dispone que será aquél donde se realizó la oferta, planteando el problema de la ubicación del ordenador desde el cual se ha realizado la oferta, unido, por lo general, a la determinación del lugar de establecimiento del prestador de servicios.

En el supuesto, frecuente, de prestación de servicios por parte de una empresa mediante un sitio en Internet, determina la Directiva 2000/35/CE, sobre comercio electrónico, que el lugar de establecimiento no se encuentra donde está la tecnología que mantiene el sitio, ni donde se puede acceder a dicho sitio, sino en el lugar donde se desarrolla la actividad económica. En el caso de existir varios establecimientos del prestador de servicios, tendríamos que acudir al lugar donde el prestador tenga el centro de sus actividades o las de mayor importancia o la sede social.

Parece que la determinación de lugar de celebración del contrato y sus problemas asociados, se resuelve con un nuevo criterio, establecido en la Ley de comercio electrónico, y articulado por la vía de la presunción. Se presumirá que en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, el lugar de celebración del contrato será el lugar desde el cual el destinatario del servicio (consumidor) efectúa su petición. Es trascendente la concreción del lugar de celebración por varios motivos: porque facilitará la interpretación del contrato; permitirá conocer, en su caso, los requisitos especiales que se hayan establecido para su formalización; y determinará la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones que versen sobre aquél, o si es el caso, de aquéllas que exijan su cumplimiento.

Otro aspecto importante que se ha de tratar, en relación con la aceptación, es si el consumidor dispone de un plazo concreto para aceptar la oferta electrónica, o por el contrario, puede aceptar cuando lo desee. A falta de norma específica que lo regule, acudiremos a lo previsto en la normativa general. Ésta impone al proveedor la obligación de fijar, entre los requisitos que debe reunir la oferta a distancia, el plazo de validez de ésta. El consumidor podrá aceptar la oferta durante su período de validez, entendiendo que el plazo de validez de la misma se extenderá al tiempo en que permanezca en el web sin modificar. De tal manera, que no se podrán cursar pedidos que se acojan a las condiciones de ofertas anteriores, cuando se haya producido una modificación en la oferta que aparezca en el web en el momento del pedido²⁶.

La entrega del bien o la prestación del servicio objeto del pedido o plazo de ejecución, deberá realizarse dentro de los treinta días siguientes al de la recepción de la aceptación expresa realizada por el consumidor²⁷, salvo que se haya establecido otra cosa en la oferta. Recae sobre el proveedor la prueba de la entrega del pedido, considerándose, por otra parte, abusivo la fijación de un plazo cuya concreción quede a la voluntad del vendedor.

En aquellos casos en que el vendedor no puede ejecutar, porque no se encuentra disponible el bien o servicio solicitado, deberá comunicarlo al consumidor inmediatamente, pudiendo éste, si es el caso, recuperar las sumas que hubiere abonado, y en un plazo máximo de treinta días. Sin embargo, se autoriza que el proveedor suministre al consumidor un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, siempre y cuando, por un lado se le haya informado de forma clara y comprensible, y por otro se haya contemplado esta posibilidad antes de la celebración del contrato (oferta) o al celebrarse el mismo²⁸.

El consumidor tiene derecho a recibir, con el producto solicitado, todos sus accesorios, del mismo modo que tiene derecho a recibir una determinada información por escrito o en cualquier otro soporte duradero, durante la ejecución del contrato²⁹ (período comprendido entre la aceptación de la oferta y la entrega del

²⁶ DE ROSELLÓ MORENO, R. *Obra citada*, págs. 115-116.

²⁷ Artículo 43.1 LOCM, coincidente con el art. 7.1 de la Directiva 97/7/CE.

²⁸ Artículo 7, apartados 2 y 3 respectivamente, de la Directiva 97/7/CE.²⁹ Así, pues la información que deberá recibir el consumidor será la recogida en el art. 40 LOCM, con carácter previo

producto adquirido), o como muy tarde en el momento de la entrega del bien adquirido. Esta información se traduce en:

1. La información previa relativa al contenido mínimo de la oferta (ya estudiada)
2. La dirección postal de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social (en el caso de la contratación electrónica se añadirá la dirección de correo electrónico)
3. En su caso, las condiciones de crédito o pago escalonado.
4. El 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.
5. La factura, recibo u otro documento análogo, en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya satisfecho³⁰.
6. En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato³¹.

El pago mediante tarjeta de crédito presenta algunas peculiaridades, ya que si se ha cargado el importe de una compra 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. El titular podrá exigir esta anulación al vendedor o a la entidad emisora de la tarjeta, efectuándose las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular de la tarjeta con la mayor brevedad. Esto supone una solución a los casos de uso ilegítimo de las tarjetas de crédito. Ahora bien, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular de la tarjeta y solicitado indebidamente la anulación del correspondiente cargo, el titular quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados³².

VI. EL DERECHO DEL ADHERENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y GARANTÍAS EN ESTOS CONTRATOS

A) *El derecho de "resolución" del adherente*

El artículo 4 del Real decreto 1906/1999, siguiendo la terminología que aparece en la Directiva 97/7/CE (art. 6), atribuye al *adherente* un derecho de "resolu-

a la celebración del contrato, la recogida en el art. 47 de la propia LOCM a la ejecución del contrato, y además la información específica de la contratación electrónica que recoge la Ley de comercio electrónico.

³⁰ Artículo 11.2 de la LOCM.

³¹ Último inciso del artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE.

³² Normativa recogida en el artículo 46.1 y 2 de la LOCM.

ción". Este derecho de "resolución" no se refiere, en absoluto a la facultad de resolución propia de los contratos sinalagmáticos conforme al art. 1124 del Código civil. Como es sabido, uno de los instrumentos utilizados en la tutela del *consumidor*, presente en varias normas, consiste en la concesión de una facultad de *libre desistimiento*, que, a su vez, admite una variada configuración técnica, si se examina su naturaleza desde la perspectiva de la *perfección del contrato* respecto del que puede ejercitarse esta facultad. Nos centraremos, en este análisis, en el derecho de "resolución" recogido en el art. 6 de la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia, que ya encontró reflejo en la primera redacción de la LOCM³³ aplicable a las ventas y servicios a distancia, y con la denominación, creo que más adecuada, de *desistimiento*. Por tanto, el derecho de "resolución" en el Real Decreto, ha de partir del marco legal en el que tal norma se encuadra, habida cuenta de lo limitado de la habilitación del artículo 5.3 de la LCGC.

La regulación de esta facultad en el Real Decreto se desarrolla a través de 5 apartados, que pasamos a analizar. En el primero de ellos refleja que "el adherente dispondrá de un plazo de siete días hábiles, según el calendario oficial de su residencia habitual, para resolver el contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno"; párrafo que, en esencia coincide con el primer párrafo del artículo 44 de la LOCM, por otra parte, y también en aspectos relacionados con el plazo, estos días se contabilizarán, según el calendario de la residencia del *adherente*, apuntando, así, un nuevo rasgo protector en la norma estudiada. En este aspecto del *plazo*, el apartado 2º del mismo artículo del Real Decreto enmarca el modo de contabilización, de modo que "el plazo para el ejercicio del derecho (de resolución) se computará, en el caso de que el contrato tenga por objeto la entrega de bienes, a partir de su recepción por el adherente, y en los casos de prestación de servicios a partir del día de celebración del contrato"; de todos modos, y en atención a la posibilidad de incumplimientos, por el proveedor, de las obligaciones exigidas, respecto a información previa y confirmación escrita de la información (recogida, respectivamente, en los artículos 2 y 3 del Real Decreto, y 4 y 5 de la Directiva mencionada), el apartado 3º del propio artículo 4 del real Decreto 1906/1999, aclara que "si la información sobre las condiciones generales o la confirmación documental tiene lugar con posterioridad a la entrega de los bienes o a la celebración del contrato, respectivamente, el plazo (para el ejercicio del derecho de resolución) se computará desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas. En caso de cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos *tres meses*".

El párrafo primero del artículo 4.1 del Real Decreto finaliza diciendo que el ejercicio del derecho de resolución será sin penalización ni gasto alguno, "incli-

³³ Ley 8/1996, de 15 de enero, BOE de 17 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista. Obsérvese que se trata de una Ley anterior, en más de un año, a la Directiva europea señalada.

dos los correspondientes a la devolución del bien”; condición ésta que no coincide ni con lo expuesto por la LOCM, que en el art. 44.3 dice que “el derecho de *desistimiento* del comprador no puede implicar la imposición de penalidad alguno (coincidiendo, hasta aquí, con el Real Decreto), si bien (sigue diciendo la LOCM), *podrá exigirse al comprador que se haga cargo del coste directo de devolución del producto al vendedor*. En este mismo sentido se manifiesta la Directiva, que en su art. 6.2, confirma que “únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión, el coste directo de la devolución de las mercancías. Resulta, pues, sorprendente la redacción del mencionado inciso del Real Decreto, ya que no parece seguir ni la norma del Derecho interno, ni la del comunitario, extralimitándose en los cometidos que le corresponden, en cuanto mera norma de desarrollo reglamentario. De todos modos, y a pesar del intento del Real Decreto por exonerar al cliente del pago de los gastos de devolución, es claro que el consumidor deberá satisfacer los gastos directos de devolución e indemnizar los desperfectos del objeto de la compra, conforme indica la Ley de Ordenación del Comercio minorista, y avala la Directiva europea.

El segundo párrafo del apartado primero del artículo 4 del Real Decreto manifiesta que “el ejercicio del derecho (de resolución por parte del adherente), no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite, en cualquier forma admitida en Derecho”, párrafo que, textualmente, reproduce el apartado 2 del artículo 44 de la LOCM. Resulta curioso el silencio, al respecto de la norma comunitaria.

En el apartado 4º del mencionado artículo 4 del Real Decreto, se transpone la normativa comunitaria, al exigir que una vez ejercido el derecho de resolución, el predisponente deberá devolver la cantidades recibidas, sin retención alguna, de manera inmediata (lo antes posible, dice la norma comunitaria), y nunca después de treinta días (habrá que entender, que se trata de días naturales, pues el Real Decreto no hace mención a que sean hábiles, como si lo hace, en cambio, en el párrafo 1º).

Por último, para determinar los supuestos en los que la facultad no podrá ejercitarse, debe tenerse en cuenta, no lo dispuesto en el artículo 4.5 del Real Decreto, sino lo que prevé el artículo 45 de la LOCM. Por otra parte, la norma contenida en el artículo 45 de la LOCM es más amplia que la contenida en el Real Decreto, amén de que la norma del mencionado art. 4.5 del Real Decreto, excluyendo los casos en que “por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevarlo a cabo”, quedaría, también subsumido en el propio artículo 45.b) de la LOCM, que, en su último inciso, extiende el derecho de desistimiento a los casos en que “en razón de su naturaleza no pueden ser devueltos”, expresión para cuya interpretación se han de tener en cuenta los supuestos a los que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva 97/7/CE. Así, se excluirá el derecho de “resolución”, en resumen, en los casos siguientes:

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

- b) A los contratos celebrados con intervención de fedatario público.
- c) Los de prestación de bienes o servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables.
- d) Tampoco se extenderá, salvo pacto en contrario, a las ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato (ejemplo de ellas serán las grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, desprecintados por el consumidor). Ni tampoco los que se destinen a la higiene corporal.
- e) Los suministros 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. Casos concretos serían los citados en la Directiva, como los de suministro de prensa diaria, revistas etc., o de servicios de apuestas y loterías.

En definitiva, aunque en el Real Decreto 1906/1999 se haya pretendido una regulación del derecho de resolución que “se conecta con la información de las condiciones generales y particulares del contrato imponiendo una exoneración de gastos para el adherente en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información, todo ello sin perjuicio de la producción de los efectos generales previstos en el Ordenamiento para tal caso”, el resultado al que nos conduce el ámbito de la habilitación legal del artículo 5.3 LCGC, y el propio análisis de la LOCM, aunque sea en una interpretación conforme a la Directiva 97/7/CE, es el mismo que teníamos antes del Real Decreto, y que puede resumirse de la siguiente manera:

1. El adherente en el caso de la contratación telefónica o electrónica tiene que recibir información previa (presupuesto necesario de su *aceptación*) de las condiciones general y debe remitirse confirmación documental de la contratación efectuada. El requisito de la información previa debe matizarse atendiendo a la exigencia de proporcionar conocimiento completo *en el momento de contratar*, conforme al artículo 7 a) LCGC, permite reputar suficiente que tal posibilidad se haya ofrecido, en los casos que no sea razonable diferir la perfección del contrato hasta obtener el texto de las condiciones generales, y el medio de comunicación tampoco permite un conocimiento inmediato de las mismas.

2. Si ha habido información previa y se produce la confirmación documental del contrato, el adherente quedará vinculado por las cláusulas predisuestas sin poder desistir, salvo que sea un destinatario final y el supuesto se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la LOCM en materia de ventas o servicios a distancia; en tal caso, el adherente, perfecto conocedor de la existencia y contenido de las condiciones generales, podrá ejercitar la facultad de libre desistimiento, propio de la contratación a distancia.

3. Si en el momento de contratar no se ha producido la oportunidad de conocer de manera completa el contenido de las condiciones generales, oportunidad que debe proporcionar el predisponente, el contrato se perfecciona sin dicho contenido, siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez. En

estos casos el adherente, destinatario final, sigue contando con la facultad de libre desistimiento, que podrá ejercitar dentro de los plazos señalados y, generalmente, todavía la encontrará a su disposición cuando encuentre la información completa sobre el contenido que se le pretende imponer por el predisponente. El no ejercicio de la facultad de desistimiento, a pesar de dicho conocimiento, no puede entenderse como aceptación tácita de las condiciones generales que sólo ahora conocen. Si se trata de un adherente que no es destinatario final, ni puede invocar la facultad de desistimiento conforme a la LOCM, tendrá un contrato perfeccionado, si se dan sus requisitos esenciales, en el que no se habrán incorporado las condiciones generales. El envío ulterior de las mismas y el silencio del adherente al recibirlas no debe estimarse como voluntad conforme a lo que sería, en rigor, una novación del contenido contractual, sin perjuicio de que tal novación pueda tener lugar. En este caso, podría pensarse que fuera conveniente conceder una facultad de desistimiento del contrato; pero, en el bien entendido, de que con dicha facultad no se trata de evitarle la imposición de condiciones generales que no tuvo oportunidad de conocer, porque tales condiciones generales simplemente no se le pueden imponer, al no haberse incorporado al contrato. Aun así, tal facultad podría ser útil, ante el peligro de que se le pretendiera imponer condiciones en rigor no incorporadas y luego comunicadas. Pero lo que es evidente, es que tal facultad no puede establecerse con carácter general y para cualquier adherente en una norma reglamentaria, como el Real Decreto contemplado.

4. Si el predisponente ha proporcionado, efectivamente, la información previa, es decir, la oportunidad de conocer el clausulado de manera completa al tiempo de contratar, pero incumple su deber de remitir inmediatamente la confirmación documental en la forma señalada en el Real Decreto, el adherente consumidor encuentra ampliado el plazo para desistir a tres meses, desde la recepción del bien o celebración del contrato, conforme a la LOCM y a la Directiva 97/7/CE. Si no se admite esta interpretación y, en cualquier caso, se tratare de un adherente no protegido por la LOCM, debe resolverse la cuestión atendiendo a la función que tal confirmación tiene para la incorporación de las condiciones generales; si no afecta a la función de publicidad, porque dicha función ya se ha cumplido con la información previa (que será, por supuesto, la única que podrá invocarse como contenido del contrato frente al adherente), no impide la incorporación que ya ha tenido lugar, pero puede plantear problemas de prueba que no pueden perjudicar al adherente. Si la función de publicidad que persiguen los requisitos de incorporación no se ha cumplido antes, puede mantenerse que las condiciones generales no se incorporarán, porque no se ha cumplido el requisito de facilitar un ejemplar. Al menos esta conclusión puede mantenerse, con cierta seguridad, si se trata de un consumidor, a la vista del artículo 10.1 a) LGDCU. Por supuesto, el adherente, sea o no consumidor, siempre podrá exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de remitirle una "confirmación por escrito de la contratación efectuada" en virtud del artículo 5.3 LCGC.

Es importante reseñar lo afirmado, de una parte, en la LOCM, artículo 48, según el cual “1. Cuando el comprador sea un consumidor, entendiendo por tal el definido en los apartados 2 y 3 del art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce (Capítulo II del Título III, dedicado a las ventas a distancia) *serán irrenunciables*”. Lo cual es consecuente con lo proclamado en el artículo 12.1 de la Directiva 97/7/CE, de que los consumidores *no podrán renunciar a los derechos que se les reconozcan*, en virtud de la transposición al Derecho nacional de la Directiva.

B) *El derecho de “resolución” en los contratos financiados*

El artículo 6.4 de la Directiva 97/7/CE encomienda a los Estados miembros la adopción, en sus legislaciones, de las medidas necesarias para que, 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, o 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. Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito. Con esta disposición se quiere evitar, también, la penalización económica que podría suponer el mantenimiento del contrato de financiación suscrito por el consumidor para poder llevar a cabo el contrato a distancia, haciendo uso para ello de la técnica de conexión funcional de contratos.

El contrato de crédito quedará resuelto directamente para el supuesto de que sea el proveedor quien financia directamente, no así, cuando dicha financiación provenga de un tercero, en cuyo caso se requiere un “*previo acuerdo*” entre este tercero y el proveedor. Esto último significa que no cabe la resolución del contrato de crédito, si el consumidor obtiene el préstamo de persona o entidad que no ha concertado previamente con el proveedor la financiación del contrato a distancia.

La resolución del contrato de crédito determinará la obligación de cada una de las partes de restituir a la otra las prestaciones recibidas. Además, siguiendo la exigencia de la norma comunitaria de que el contrato de financiación quedará resuelto sin penalización, quedarían excluidas las pretensiones por pagos de intereses y gastos contra el consumidor.

La LOCM incluye, también, la resolución del contrato de crédito cuando se ejercite el desistimiento del contrato principal (art. 44.7). Sin embargo, en línea con la Directiva no distingue entre que el crédito haya sido concedido por el proveedor, o por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor. Por tanto, parecería que el legislador ha querido proteger al comprador siempre que financie el contrato a distancia, lo cual supondría una mayor protección para

el consumidor, aunque en algún caso pudiera calificarse como “sobreprotección”³⁴. Esta interpretación de la norma es congruente con lo que dispone la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, donde en su artículo 15 intitulado “derechos ejercitables en los contratos vinculados”, también se condiciona los efectos de la Ley al previo acuerdo entre el tercero y el proveedor.

C) *Garantías en los contratos celebrados a distancia*

La protección de los intereses económicos y sociales, es uno de los derechos esenciales del consumidor y así está reconocido en el ordenamiento nacional y comunitario.

Entre las manifestaciones de este derecho se encuentran, entre otras, la garantía posventa de los productos y servicios, que atribuye al consumidor la posibilidad de “hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación”, siguiendo al artículo 11.1 LGDCU.

En la venta ordinaria, la mayor parte de los bienes gozan de una garantía cuyo período de duración dependerá de la naturaleza de aquéllos. Sin embargo, en la regulación específica de las ventas a distancia no se hace ninguna mención a la garantía de los bienes o servicios adquiridos, de modo que acudiremos al régimen general previsto en el artículo 12 de la LOCM. Éste contempla, en el apartado 1º, una garantía y un servicio posventa con una remisión, con carácter general y en lo relativo al régimen de responsabilidad del vendedor por la calidad de los artículos vendidos, a la normativa civil, mercantil y la propia de los consumidores y usuarios³⁵. El mismo precepto especifica, en su 2º apartado, el *plazo mínimo* general de la garantía en el caso de bienes de carácter duradero, fijado en seis meses, salvo que la naturaleza del bien lo impida o exista una normativa específica aplicable.

El servicio técnico de posventa comprende el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años, a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse, señala el art. 12.3 de la LOCM. A la vez que en el apartado 4º señala que “el plazo o derecho de recuperación de los géneros entregados por el consumidor o usuario al comerciante para su recuperación prescribirá a los tres años a partir del momento de la entrega”.

³⁴ BOTANA GARCÍA, G., “*Contratos a distancia*” VVAA. Obra coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ, “*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*” McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

³⁵ La LGDCU establece en su artículo 11.2, que “en relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

- El objeto sobre el que recaiga la garantía
- El garante
- El titular de la garantía
- Los derechos del titular de la garantía
- El plazo de duración de la garantía.

Por su parte la LGDCU, en su artículo 11.3 señala que “durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho *como mínimo* a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado”

Resalta, en relación con el servicio técnico para los bienes de naturaleza duradera³⁶, lo mismo que dice la LOCM, pero reseñando que el consumidor o usuario tendrá derecho a un *adecuado* servicio técnico.

D) *Envíos no solicitados*

El envío no solicitado es una práctica que consiste en el envío, por el proveedor, de un producto a una persona que no lo ha pedido, y le suele ser indicado que puede pagar el precio, o bien devolver el producto. La gravedad en estos casos resulta porque el empresario cuenta con la pusilanimidad del consumidor o con la falta de tiempo de éste para devolver el envío, y la consecuencia es, que en un número elevado de ocasiones consigue cobrar el precio del producto enviado, no porque el consumidor tenga interés en adquirirlo, sino para evitar los problemas relacionados con su devolución.

En el propio Preámbulo de la Directiva 97/7/CE, al referirse a este tipo de envíos afirma que “*no puede admitirse*”. Por ello, en su artículo 9, conmina a los Estados miembros a adoptar 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”, así como para “dispensar al consumidor de toda contraprestación en caso de suministro no solicitado, *sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento*”.

Por su parte, en nuestro Derecho interno el artículo 42.1 de la LOCM dispone que “queda prohibido enviar al consumidor o usuario artículos o mercancías no pedidas por él al comerciante (...). 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*”. Exceptúa de esta prohibición el envío de muestras comerciales, pero siempre que se trate de muestras gratuitas. Es de destacar la penalización que dispone para el comerciante que contraviniera esta norma, ya que si no se tratase de muestras gratuitas, es decir, si incluyere una petición de pago, entonces el receptor del envío no estará obligado a pagar, ni a

³⁶ Respecto qué bienes han de ser considerados de naturaleza duradera, el Anexo II, del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, publicado en el BOE nº 61, de 12 de marzo, aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a los efectos del artículo 11 de la LGDCU.

devolver tal producto, en definitiva, la norma lo transforma en un envío con carácter gratuito para el destinatario. Pero si el receptor, pese a todo, decidiera devolverlo, señala el mismo artículo en su segundo párrafo, “no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto”.

En el párrafo tercero del mismo artículo 42 de la LOCM, se trata de evitar tan graves consecuencias, para el proveedor, cuando se trate de un error en el envío. El error debe ser claro y la carga de la prueba, de la existencia de tal error corresponde al vendedor. En este caso, continúa el mencionado párrafo, el receptor tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados. Al respecto la redacción anterior del artículo señalaba la obligación del receptor del envío no solicitado de guardar la cosa 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. Se trataba, por tanto, de una obligación del receptor de guardar y conservar a disposición del vendedor, en modo alguno imponía la norma la obligación de reenviar

Por otra parte, la Directiva 97/7/CE, en su artículo 10 establece, también, restricciones a determinadas técnicas de comunicación a distancia, para las que exige el consentimiento *previo* del consumidor, estas técnicas son: el sistema automatizado de llamada sin intervención humana (la propia Directiva las denomina llamadas automáticas); y el fax (al que la Directiva define como “telecopia”). Establece en el segundo apartado del mencionado artículo, un mandato a los Estados miembros para que las técnicas de comunicación a distancia, distintas de las anteriormente mencionadas, que permitan una comunicación individual, sólo puedan utilizarse si no se produce oposición del consumidor, oposición que la Directiva exige que sea “manifiesta”.

VII. LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y RESPONSABILIDAD DE PROVEEDORES E INTERMEDIARIOS

A) *La atribución de la carga de la prueba*

La prueba de los requisitos de incorporación debe remitirse a las normas generales en la materia. En este sentido, es evidente que al predisponente incumbe la prueba del cumplimiento de los deberes que la propia Ley le impone, en el sentido de procurar y proporcionar la información suficiente sobre las condiciones generales, así como lo relativo al envío de la confirmación por escrito. No otra cosa es la que se desprende del propio artículo 5.1 del Real Decreto que, en este punto, no añade nada nuevo en la materia. Llama la atención, de todos modos, la mención a “la renuncia expresa al derecho de resolución”, derecho del que ya hemos estudiado su alcance y ámbito, sin olvidar que la renuncia al derecho de

desistimiento, como de cualquier otro reconocido en el correspondiente capítulo de la LOCM, el artículo 48 de esta misma Ley la declara como nula.

Más o menos lo mismo cabe decir del apartado 2º del mencionado artículo 5 del Reglamento, ya que cuanto afirma se deriva de las reglas generales en materia de prueba recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que, en definitiva, se remite el propio art.5.2 del Real Decreto, cuando en su inciso final afirma que “será aceptada, en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable”, del mismo modo puede considerarse la afirmación del valor de tales pruebas “sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho”.

En el último párrafo del artículo hace referencia expresa a la contratación electrónica, recordando que, en estos casos, “deberá utilizarse una firma electrónica avanzada, que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica”³⁷. Con lo cual, de nuevo nos encontramos con la escasa aportación del Real Decreto en materia de prueba del cumplimiento de los requisitos de incorporación, pues, también en estos contratos, se limita a remitirnos a otra legislación existente, concretamente, al Real Decreto citado sobre firma electrónica.

Sin embargo, la contratación electrónica, en claro crecimiento en las operaciones de consumo, suscita, también, problemas probatorios. Dejando a un lado la cuestión relativa a la fijación del momento y lugar en que debe considerarse perfeccionado el contrato; una vez se demuestra que efectivamente se ha celebrado, se cuestiona el valor probatorio que puede tener el denominado “*documento electrónico*”. Por tal puede entenderse el conjunto de datos en forma digital memorizados en un soporte magnético u óptico, y legibles exclusivamente mediante un sistema informático idóneo. Las dudas relativas a su eficacia probatoria se deben a la dificultad para determinar la autenticidad del “*documento*” (término utilizado, aquí, en sentido amplio, como relativo a cualquier soporte capaz de representar una idea) y a la posibilidad de alteración de su contenido una vez introducidos los datos en la red informática. El problema de la autenticidad se resuelve mediante la utilización de sistemas criptográficos de “*firma electrónica*”, que permiten comprobar la identidad del emiteente del mensaje correspondiente. En cuanto al grado de alterabilidad del “*documento*”, éste depende, en general, de la seguridad del sistema informático empleado.

En el Derecho español la celebración de un contrato puede probarse a través de cualquier medio admitido en la Ley, no es indispensable la prueba docu-

³⁷ Es de destacar que en el art. 3.1 del R.D.ley 14/1999, la firma electrónica avanzada “tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. Pero debemos tener presente que a la firma electrónica simple, según el art. 3.2, “no se le negarán efectos jurídicos, ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”.

mental³⁸. Además, en el supuesto de que se aporte un documento, éste no tiene que ser un *documento contractual*, es decir, un escrito en el que se plasman las declaraciones de oferta y aceptación de los contratantes y es suscrito por éstos (la firma manifiesta la adhesión a lo contenido en el documento), sino que basta, como regla general, cualquier documento que permita demostrar su efectiva conclusión (recibo, factura, etc.). Por esta razón no hay especial obstáculo en admitir la prueba de la celebración de un contrato a través del denominado "*documento electrónico*", siempre que reúna cierto grado de fiabilidad³⁹.

En los contratos con consumidores, la Ley exige forma escrita, medio del que se vale el legislador para facilitar al consumidor determinada información. Desde este punto de vista, la forma electrónica puede considerarse equivalente a la forma escrita, siempre y cuando permita al consumidor tener a su disposición la correspondiente información durante el desarrollo de la relación contractual. En cualquier caso, el legislador, para garantizar al consumidor un adecuado nivel de protección, exige que se le envíe un documento en el que conste la información necesaria acerca del contenido del contrato.

B) *La responsabilidad civil del empresario*

La responsabilidad civil del fabricante o del empresario comprende todos aquellos supuestos de producción de daños por la introducción de productos en el mercado o por la prestación de servicios, se trata de la también denominada responsabilidad extracontractual. A lo largo de los últimos años se han producido importantes modificaciones legislativas sobre la materia. Desde el régimen general contenido en los artículos 1902 y ss, del Código civil, pasando por la reglamentación contenida en los artículos 25 y ss, de la LGDCU, para concluir, en la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (en adelante LRCP). Además de las disposiciones citadas, existe una larga lista de disposiciones específicas destinadas a regular la responsabilidad civil por el desarrollo de determinadas actividades empresariales o no empresariales, así están, la Ley de la energía nuclear, la de navegación aérea, la de caza, la ley de protección del medio ambiente atmosférico, etc.

La LRCP parte de un criterio de responsabilidad objetiva, "Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen". Por lo tanto, la responsabilidad nace sin necesidad de comportamiento culposo, por lo cual el empresario causante del daño no podrá eludir su

³⁸ Artículo 1215 del Código civil.

³⁹ SANTOS MORÓN, M. J., "*Información precontractual, forma y prueba del contrato*", VVAA. Obra coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ, "*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*", McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

responsabilidad, en principio, con la prueba de un comportamiento diligente. En cuanto al régimen de responsabilidad la LGDCU supone una continuidad de nuestro sistema de responsabilidad civil del artículo 1902 del Código civil, según la corriente jurisprudencial que incorpora la inversión de la carga de la prueba. De todos modos, la LGDCU establece, también, un sistema especial de responsabilidad, en daños causados por determinados productos, régimen recogido en el artículo 28 de la Ley, y en el que el criterio de imputación de la responsabilidad es un criterio objetivo por la simple producción del daño, en el que no es posible la liberación por el comportamiento diligente del empresario, salvo la cláusula de responsabilidad del artículo 25, en que la culpa es exclusiva de la víctima; por lo que el empresario sólo quedará liberado de responsabilidad si el daño se produjo por el incorrecto uso o consumo del producto. En todo caso, exceptiona este principio las causas de exoneración de la responsabilidad relacionadas en el artículo 6 de la LRCP.

En cuanto al concepto de producto, la LRCP en su artículo 2, entiende por producto “todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial”. Igualmente, considera productos “el gas y la electricidad”. Debemos entender que la referencia a los bienes muebles comprende a todo bien no inmueble, susceptible de apropiación y de movilidad sin menoscabo de su naturaleza. Puede tratarse, por tanto, de bienes de consumo o de bienes de producción. Como consecuencia de lo establecido por la LRCP, los preceptos de la LGDCU reducen su aplicación exclusivamente, a los servicios, inmuebles y las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial.

Por su parte, el concepto de producto defectuoso, señalado en el artículo 3 de la LRCP, nos conduce al elemento clave, determinante de la responsabilidad. El artículo citado dice que:

1. Se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga, posteriormente, en circulación de forma más perfeccionada.

Habrà de advertir que la tutela no se refiere a la calidad de los productos y que no puede identificarse producto inseguro o peligroso con defectuoso. Sobre las cualidades pactadas de los bienes adquiridos, éstas deben exigirse a través del cauce contractual de incumplimiento o de vicios ocultos.

Respecto a la carga de la prueba, el artículo 5 LRCP establece que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que pro-

bar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos". La Ley impone aquí una prueba ciertamente complicada, al consumidor, por la dificultad que entraña para el perjudicado, la prueba del defecto y la relación de causalidad con el daño producido.

Define también la misma Ley el concepto de fabricante e importador en su artículo 4, y el de los sujetos protegidos por la norma, que son, "los perjudicados por el producto defectuoso". En el caso de la LGDCU, el ámbito subjetivo de aplicación se estrecha, en el caso del perjudicado, ya que sólo comprende como sujetos protegidos a los consumidores en cuanto destinatarios finales de los bienes o servicios; en cuanto a los sujetos responsables, cualquier empresario o comerciante que haya intervenido en la cadena de distribución queda obligado, solidariamente, al pago de las indemnizaciones oportunas.

Como decíamos más arriba en su artículo 6 la LRCP establece una serie de causas de exoneración de la responsabilidad, que serían

- La no puesta en circulación del producto.
- La presunción de inexistencia del defecto en el momento de la puesta en circulación
- La fabricación no destinada a la venta, o su realización fuera del marco de una actividad profesional o empresarial.
- La fabricación del producto de acuerdo con normas imperativas existentes.
- Los riesgos derivados de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto,
- El fabricante de una parte integrante de un producto terminado no será responsable, si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado.

Las causas de exoneración, en realidad no son tales, sino más bien, causas de no imputación. La exoneración está referida a la ruptura de la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Al respecto se recogen en la LRCP dos supuestos, el de intervención de un tercero, en cuyo caso no hay liberación de la responsabilidad directa del fabricante o importador, pero sí se produce la liberación indirecta parcial, al reconocerse un derecho de repetición frente a ese tercero. El segundo caso es el de culpa del perjudicado, que sí libera, total o parcialmente, directamente al responsable. Al respecto la LGDCU sólo menciona la culpa exclusiva de la víctima, en su artículo 25, pero diversos autores entienden que se debe añadir, como supuesto de interrupción de la relación causal entre el producto y el daño, aunque no se mencione expresamente en esta Ley, la culpa exclusiva de un tercero.

Son daños reparables tanto los daños morales, como los personales o los materiales. Por otra parte, la LRCP declara la ineficacia de las cláusulas contractuales de exoneración o de limitación de la responsabilidad nacida al amparo de esta Ley. En cuanto a la LGDCU, se refiere a la reparación del daño en su artículo 25 con el siguiente tenor: "el consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios *demostrados* que el consumo de bienes o

la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa *exclusiva*". De este precepto se deduce con claridad la necesidad de la certeza del daño. En cuanto al objeto de la indemnización, la LGDCU, a diferencia de la LRCP, no establece ninguna limitación expresa al respecto, por tanto caben aquí todos los daños que el consumo o uso le ocasione al consumidor o usuario, daños corporales, materiales y morales, y tanto el daño emergente como el lucro cesante⁴⁰.

La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la LRCP prescribe a los tres años, desde la fecha en que se produjo el perjuicio. La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código civil. En este campo se produce una de las lagunas más desconcertantes de la LGDCU; ello ha dado lugar a la polémica entre los valedores del plazo de un año (artículo 1968.2º del Código civil: "Prescribe al año: 2º La acción para exigir la responsabilidad civil (...) por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902"), y el general de quince años (artículo 1964 del Código civil); uno demasiado largo y otro demasiado corto. La doctrina mayoritaria entiende más adecuado la aplicación del plazo de un año, dada, entre otras razones, la enorme desproporción que representa el plazo largo respecto al señalado por la propia LRCP.

C) *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación*

La idea de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico, es regular tan sólo la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, es decir, los proveedores de acceso a la red y los prestadores de actividades de mero transporte ("mere conduit"), "caching" (ejecución de copias transitorias para hacer más rápido el acceso a páginas con múltiples visitantes), y "hosting" (o servicios de almacenamiento de datos).

Dentro del concepto de los prestadores de servicios de la información, se entiende por intermediarios, en la Directiva 2000/31/CE, a esos prestadores que realicen actividades de mera transmisión, almacenamiento o alojamiento de datos. La responsabilidad de estos intermediarios se recoge en la mencionada Directiva en los artículos 12, 13 y 14. Dichos artículos merecieron importantes discusiones, existiendo posturas de lo más diversas, desde los que querían partir de un principio de irresponsabilidad para estos intermediarios, posturas que fueron modulándose, en el sentido de que debían tener responsabilidad, en determinados casos y circunstancias, variándose al efecto con matizaciones⁴¹. Se llegó así al resultado recogido en el considerando 40 de la Directiva: " La divergencia de las normati-

⁴⁰ RUIZ MUÑOZ, M., "Responsabilidad civil del empresario/fabricante" VVAA, obra coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ "Curso sobre protección jurídica de los consumidores" McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

⁴¹ GARCÍA MÁS, F. J., Obra citada, pág. 2911.

vas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios, que actúan como intermediarios, entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior, al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. En algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; conveniría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios, negociados entre todas las partes implicadas, y fomentados por los Estados miembros. Todas las partes, que participan en el suministro de servicios de la sociedad de la información, tienen interés en que este tipo de mecanismos se aprueben y se apliquen. Lo dispuesto en la citada Directiva sobre responsabilidad no supone un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen, de forma efectiva, sistemas técnicos de protección e identificación, y de supervisión, que permite la tecnología digital dentro de los límites trazados por las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE”.

En este terreno hay un conflicto entre estos intermediarios y las empresas que suministran contenidos, que temen el pirateo de copias ilegales y su circulación impune por la red. Frente a ellos y la pretensión de hacer responsables subsidiarios de dichas actividades ilícitas y cualesquiera otras que puedan circular por la red (casinos virtuales no autorizados, mensajes racistas o xenófobos, etc.), los prestadores de servicios de intermediación pretenden contar con un régimen jurídico que los exima de dos cosas:

a) De responsabilidad por los contenidos o actividades ilícitas que puedan circular por la red, con tal que ellos no hayan modificado ni influido en el contenido de dicha información y de que, en caso de tener conocimiento de su existencia, lo denuncien a las autoridades competentes.

b) De la obligación general de supervisar los contenidos que almacenan o transportan, sin perjuicio de la obligación de realizar controles selectivos por orden de las autoridades judiciales (los programas actuales no permiten, todavía, un control general de la información, por lo que en la actualidad este control se percibe como técnicamente inviable).

En grandes líneas, este es el régimen que ha pasado a la Directiva, sin perjuicio de añadirse el deber de colaboración en la evitación de la infracción perseguida⁴².

Las exenciones de responsabilidad de cada uno de los intermediarios y el límite de actuación o de obligación impuesta a los mismos están bastante perfiladas en distintos considerandos del texto, que luego queda reflejada en los propios artículos 12, 13 y 14. En este sentido se establece en el considerando 42, de la Directiva, 2000/31/CE, que “...las exenciones de responsabilidad establecidas en

⁴² CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Comentarios a la Directiva y al proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2.000. Contenido y proceso de elaboración”. RCDI, nº 664.

la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios... se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficaz". Y en el considerando 43, de la Directiva mencionada, que: "un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (*caching*) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite".

Con independencia de que la Directiva establece unas determinadas limitaciones de responsabilidad, ello no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos que pueden consistir en actuaciones de los Tribunales o de autoridades administrativas, en virtud de las cuales se ponga fin a la infracción o se impida que se cometa, incluso con la posibilidad de retirar la información ilícita, o bien haciendo imposible el acceso a ella.

Cuando la actividad del prestador de servicios consista en almacenar datos facilitados por el destinatario para que pueda beneficiarse el prestador de la limitación de responsabilidad, éste habrá de actuar con prontitud para retirar los datos o impedir el acceso a ellos cuando tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. Incluso los Estados miembros podrán exigir, en estos casos, a estos prestadores que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos, y que esté especificado en el Derecho nacional del mismo.

El artículo 15 de la Directiva de comercio electrónico, establece como principio general la inexistencia de obligación de supervisión⁴³. En este sentido "los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de mero transporte (art. 12), de la forma de almacenamiento denominada *caching* (art. 13), así como el alojamiento de datos (art. 14)".

⁴³ Considero interesante, en este punto, reproducir un párrafo de la página 25 del informe del Ministerio de Justicia sobre "*la firma y el comercio electrónico. Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*", en el que afirma: "ha sido estimada negativa la formulación del apartado uno del artículo 15, ya que el prestador de servicios, realiza una función esencial, para los destinatarios, y si esa actividad es ilícita o así lo presume el prestador de servicios, debe exigírsele un deber general de colaboración, que está inmerso en casi todas las Legislaciones Penales de los Estados miembros, además de poder caer en la figura, entre otras, de colaborador necesario a la comisión del delito, e incluso de encubridor. Además debe permitirse, siempre y en todo caso, que cada Estado miembro, establezca las medidas necesarias en sus respectivas legislaciones para controlar y exigir responsabilidades al prestador de servicios, sobre todo desde el punto de vista penal, que es cuestión esencial y específica del Derecho interno. De otro modo, como queda redactado el párrafo primero del artículo 15, produciría (*sic.*) en un grave peligro a la hora de realizar la Transposición de la Directiva, en concreto al Derecho interno español". Página web: http://www.Mju.es/g_firmaelect_amp_t.htm

El problema es más importante en la forma de almacenamiento denominada *caching*, ya que dicho método de almacenamiento automático, provisional y temporal, es un medio para facilitar la rapidez en Internet, en la transmisión de la información a través de copias existentes en la red para facilitar el acceso de otros usuarios a esa información, pero el problema radica, muchas veces, en las normas del sector, que habitualmente se utilizan para procurar este procedimiento, que en muchas ocasiones no han sido pactadas, previamente, con la persona que aporta la información y el prestador de servicios, sino que son normas convencionales de uso, pero que no tienen ni un origen contractual ni un origen normativo.

La idea expresada por esta Directiva en el artículo 15, es que no se someterá a los prestadores de servicios a ninguna obligación general de supervisar o controlar, activamente, el contenido de las informaciones de terceros. Ahora bien, esa no exigencia de supervisión no debe implicar el consentir transmitir datos o hechos que indiquen actividades ilícitas, por ello será necesario suavizar este principio general, dejando de establecerse esa obligación general de no supervisión, cuando se tenga conocimiento efectivo de que esa actividad es ilícita, con la obligación, en este caso, por parte de los prestadores de servicios, de ponerlo en conocimiento, inmediatamente, a las Autoridades Judiciales competentes, como señalábamos hace algunos párrafos. Todo ello, como es lógico, con el fin de que las Autoridades competentes establezcan las medidas cautelares necesarias para que esa información ilícita no esté recorriendo las redes de la información.

Por ello, creemos que es negativa la formulación del apartado uno del artículo 15, ya que el prestador de servicios realiza una función esencial para los destinatarios, y si esa actividad es ilícita o así lo presume el prestador de servicios, debe exigírsele un deber general de colaboración que está inmerso en casi todas las Legislaciones penales de los Estados miembros⁴⁴.

Por supuesto, el apartado segundo de este artículo 15, que establece que lo indicado en el apartado primero se entiende sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión selectiva y transitoria que las Autoridades Judiciales del país soliciten, a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional para prevenir, investigar, detectar y perseguir infracciones penales; este apartado resulta inevitable, ya que no puede ser de otra manera el que la Autoridad Judicial puede ejercitar cualquier tipo de actividad para prevenir, investigar y castigar delitos que se realicen por la vía electrónica. La interceptación de las comunicaciones por razones específicas están permitidas a los Estados miembros y previstas en la Directiva 97/66/CE sobre datos personales y privados en el sector de Telecomunicaciones.

⁴⁴ GARCÍA MÁZ F. J., Obra citada pág. 2912-2915.

VIII. SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES DE LOS CONFLICTOS Y RECURSOS JUDICIALES

A) *La actividad de limitación de las Administraciones públicas para la protección de los consumidores*

La intervención de la administración en la defensa de los intereses generales, agrupados bajo el título de defensa de los consumidores y usuarios, se puede concretar teniendo en cuenta la enumeración de los derechos básicos de los consumidores que recoge el artículo 2 de la LGDCU. Analizaremos, en especial, la actividad de limitación de la administración, en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios; consiste ésta, fundamentalmente, en imponer restricciones y deberes a los empresarios y otros sujetos que ofrecen bienes o servicios, es decir, en señalarles, imperativamente, cómo deben actuar para no poner en peligro los intereses públicos, en determinar cuál es la conducta correcta y cuál la prohibida. Además vigilará que todos esos deberes y limitaciones se cumplan, efectivamente, a través de la inspección. Y, finalmente, si alguien no cumple aquello a lo que está obligado, la administración adoptará las medidas coactivas para forzar al cumplimiento y, para que, en cualquier caso, no se continúe poniendo en peligro los intereses generales de los consumidores.

A este respecto, lo que la administración hace es concretar en múltiples deberes específicos, los deberes genéricos que explícita o implícitamente ya están establecidos en las Leyes. Esos deberes son, fundamentalmente, los siguientes:

- Deber de no perjudicar ni poner en peligro la salud y seguridad de los consumidores y usuarios.
- Deber de respetar los intereses económicos y sociales de los consumidores
- Deber de informar sobre las características esenciales de los bienes o servicios ofrecidos a los consumidores y usuarios

Por ello quien lesione o ponga en peligro la salud y la seguridad de los consumidores, quienes no observen las exigencias de la buena fe en sus relaciones con los consumidores o quien no informe sobre las condiciones esenciales de los bienes y servicios que oferta en el mercado, está actuando ilegalmente. Y su conducta será ilegal aun cuando no esté concretamente prohibida.

Los medios de limitación de la administración consisten, primero, en determinar imperativamente lo que está permitido o prohibido (papel que desempeñan las Leyes y los reglamentos) y, después, en reaccionar frente a eventuales incumplimientos; entre una y otra fase se desarrolla una actividad administrativa de control o inspección, que vigila el cumplimiento de lo ordenado imperativamente y prepara, en caso de incumplimiento, la reacción de la administración. Para ello la administración dispone, incluso, de la capacidad de coacción, de modo que si el obligado no cumple voluntariamente, en un cierto plazo, lo que el acto administrativo le impone, la administración puede proceder a la ejecución forzosa⁴⁵.

⁴⁵ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., *“Administraciones públicas y protección de los consumidores”* VVAA, obra citada coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ.

B) *Soluciones extrajudiciales: el sistema arbitral de consumo*

Entre otras medidas, se ha regulado en la LCGC la actuación de ciertos profesionales oficiales al servicio de la protección del consumidor. Así se regula la actuación de los *Notarios y Corredores de Comercio*, con funciones de incorporación de condiciones generales a los contratos, de advertencia e información de la existencia de tales condiciones generales, así como la prohibición de autorización de escrituras que contengan cláusulas nulas o declaradas, judicialmente, nulas por abusivas. También, se incluyen deberes de los *Registradores de la propiedad*, referidos a informar al consumidor sobre sus derechos y obligaciones, la denegación de cláusulas abusivas, así declaradas judicialmente, e imponiéndole el control profesional de la inscripción registral, de tal manera que la LCGC, así como las instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, en el aspecto interpretativo de dicha norma, han supuesto una radical reforma en beneficio del consumidor inmobiliario⁴⁶.

Sin embargo, el modo más importante de solución de conflictos, en el ámbito de consumo, es el arbitraje. Antes de la aprobación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, la referencia más concreta a dicho sistema era la contenida en el artículo 31 de la LGDCU, establece este artículo de la LGDCU, las siguientes bases, para el sistema arbitral de consumo:

1ª. Referida a la ausencia de formalidades, exige que el arbitraje de consumo debe ser establecido, de modo que los consumidores, sin apenas dificultades formales, puedan hacer valer sus derechos frente a la contraparte.

2ª. La decisión que se obtenga para resolver el conflicto existente entre el consumidor y el empresario ha de tener "carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes".

3ª. Quedan excluidas del sistema de arbitraje las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios en que "concurra intoxicación, lesión o muerte", o bien "existan indicios racionales de delito".

4ª. El sometimiento de las partes al sistema arbitral, será voluntario y deberá constar, expresamente, por escrito.

5ª. El órgano arbitral será tripartito, y estará integrado por representantes de los sectores interesados, de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas.

A estas notas esenciales señaladas, le añade la Ley 36/1988, de arbitraje, otra nota característica, que será la de *gratuidad*, pues los arbitrajes de consumo, de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley mencionada, son esencialmente gratuitos.

⁴⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación" RCDI nº 648, 1.948, págs. 1610-1619.

Es importante recordar aquí que, según la Ley de arbitraje, los árbitros pueden decidir la cuestión litigiosa “con sujeción a derecho o en equidad”. En el primer caso, los árbitros deberán resolver el conflicto con rigurosa aplicación de las normas jurídicas; en el segundo, los árbitros decidirán la controversia de acuerdo con su leal saber y entender, atendiendo a lo que consideran justo para el caso concreto⁴⁷.

Los procedimientos arbitrales, habitualmente, terminan en forma de laudo.

En el caso especial de los contratos electrónicos, nada impide que las partes, en el contrato electrónico, puedan establecer una cláusula, en virtud de la cual, se someten al arbitraje, empleando incluso medios telemáticos o electrónicos para su formalización y aplicación, siempre y cuando no se opongan a las normas reguladoras de aquél⁴⁸.

Las principales ventajas del arbitraje frente a los tradicionales tribunales de justicia, se resumen en celeridad, eficacia, confidencialidad y menor coste económico⁴⁹.

La *celeridad* se manifiesta en que las partes pueden establecer un plazo máximo para que se dicte el laudo arbitral, y en defecto de pacto establecido por las partes, los árbitros deberán dictarlo en el plazo máximo de seis meses.

La *eficacia* está vinculada con la celeridad, porque una vez dictado el laudo arbitral deberá cumplirse, y en caso de incumplimiento se podrá solicitar su ejecución forzosa.

La *confidencialidad*, se manifiesta en la ausencia de publicidad del laudo arbitral, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias judiciales, cuya publicidad puede resultar, muchas veces, perjudicial para las partes. Por último, el coste económico global asociado al arbitraje es menor que el de los procedimientos judiciales, y en el caso que nos ocupa de los arbitrajes de consumo, llega a ser gratuito.

Este es el camino que la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, impone a los Estados miembros, con la obligación de hacer posible la utilización de vías electrónicas en el ámbito del arbitraje de consumo, cuando se trate de contratos electrónicos⁵⁰.

Para ello, el artículo 17 de la Directiva, sobre comercio electrónico establece en su primer apartado que los Estados miembros velarán por que en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario de los mismos, su legislación permita utilizar, de forma efectiva, mecanismos de solución extrajudicial, incluso utilizando vías electrónicas ade-

⁴⁷ BADENAS CARPIO, J. M., “*El sistema arbitral de consumo*”, VVAA, Obra citada coordinada por BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ.

⁴⁸ Es importante señalar, en este sentido, la importancia de ARBITEC (Asociación Española de Arbitraje Tecnológico) constituida como una alternativa eficaz para la resolución de las divergencias que tengan como fondo productos o servicios relacionados con las tecnologías de la información. Desde 1997 admite solicitudes de arbitraje a través de Internet. Página Web: <http://www.onnet.es/arbitec/quees.htm>.

⁴⁹ DE ROSELLÓ MORENO, R., Obra citada, pág. 136.

⁵⁰ CARCABA FERNÁNDEZ, M., Obra citada, pág. 112.

cuadas. Se considera que este tipo de mecanismo, por vía electrónica, es particularmente útil para determinados litigios en Internet, habida cuenta de la escasa cuantía de las transacciones.

Los apartados 2 y 3 aportan pocas novedades a lo ya establecido en otras normativas anteriores.

Por ello nos remitiremos, en el caso español, a lo previsto en la Ley de Arbitraje, la LGDCU y la LCGC y sus normas de desarrollo. Incluso en los contratos celebrados por vía electrónica se podrá incorporar, como cláusula adicional, un convenio de sumisión a arbitraje, pudiéndose emplear medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con los principios reguladores de los procedimientos arbitrales⁵¹.

C) *La solución judicial de los conflictos*

La preocupación por hacer más accesibles los Tribunales a los consumidores, y por mejorar los procedimientos que permitan garantizarles el ejercicio de sus derechos, ha llevado a analizar los obstáculos existentes y a plantearse una serie de cuestiones sobre cómo mejorar la tutela jurisdiccional del consumidor. Diversas han sido las iniciativas, trabajos y propuestas de solución que, en este sentido, se han formulado en el ámbito comunitario. Tal vez por ello, tras un largo período con múltiples trabajos e iniciativas sobre protección de los consumidores, por fin, con al entrada en vigor del Acta Única Europea, el 1 de julio de 1987, se recoge, por primera vez, la protección de los consumidores entre los objetivos de política legislativa común. Prosiguiendo en esta línea, el Tratado de Amsterdam, aprobado en junio de 1997, refuerza el desarrollo de ese objetivo y el establecimiento de medidas a favor de los consumidores.

En el ámbito interno español la LCGC recoge las posibilidades, tanto individuales como colectivas, así en cuanto a la protección de los intereses individuales derivados de una relación de consumo, que da origen a una acción individual del consumidor, los litigios se resuelven ante los órganos jurisdiccionales, de acuerdo con las normas generales del proceso civil ordinario. La norma protectora más importante en este campo sería de tipo procesal⁵², consistente en conceder la competencia territorial a los órganos jurisdiccionales del domicilio del consumidor.

La misma Ley entra en el campo de los intereses colectivos y difusos, en los que concede legitimación (también recogida en la LECiv) a las Asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de estos intereses, y entra a regular las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley, estas acciones serán la acción de *cesación* dirigida a impedir la utilización de tales condiciones generales; la de *retractación*, dirigida a

⁵¹ GARCÍA MÁZ, F. J., Obra citada, pág. 2919.

⁵² Artículo 52.1.14º de la LECiv, en vigor.

prohibir y retractarse de su recomendación, siempre que en algún momento hayan sido utilizadas; y la declarativa dirigida a reconocer la cualidad de condición general e instar la inscripción de las mismas en el Registro de condiciones generales de la contratación.

En el tema que nos ocupa, más concretamente, en cuanto a los contratos celebrados por vía electrónica, la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, impone a los Estados miembros que velen por que los recursos judiciales existentes en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados. Este primer apartado del artículo 18 de la Directiva, trata de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y está vinculado al objetivo comunitario de asegurar la libre circulación de servicios.

En la Ley de transposición española habrá que indicar la aplicación de la ley de Enjuiciamiento civil y la criminal, y la Ley 30/92, de 26 de noviembre; y, además, se podrán adoptar medidas cautelares que se estimen necesarias, de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas citadas.

Sin embargo, el criterio asumido por la Directiva genera una situación que carece de la claridad necesaria y puede conducir a ámbitos distintos, al no relacionar, adecuadamente, el tema de los procedimientos judiciales con el de la responsabilidad. Así, se deberían diferenciar entre los diversos supuestos de responsabilidad que puede contraerse por parte de los intervinientes en un proceso contractual o de prestación de servicios de carácter electrónico (ya sea por el prestador de servicios, ya lo sea por la parte con la que éste contrata). Estos supuestos serían:

a) Supuestos de responsabilidad civil:

- Contractual
- Extracontractual

b) Supuestos de responsabilidad penal, en cuyo apartado se han de diferenciar los siguientes aspectos:

- Problema de determinación de la jurisdicción competente.
- Necesidad de determinación de los tipos penales de las diversas actividades delictivas
- Relación de esta responsabilidad penal con el asunto del "país de origen" (principio que podría resultar inadecuado en este ámbito)

c) Supuestos de responsabilidad por parte de un Estado miembro por introducir restricciones a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información.

Pasamos a hacer un breve análisis de cada uno de estos supuestos

1. La responsabilidad civil contraída en el marco de una contratación electrónica, creo que debe quedar sujeta a los criterios de carácter general de los contratos celebrados con consumidores y usuarios.

2. En el caso de responsabilidad extracontractual existe un cauce específico para formular la reclamación en nuestro Derecho interno, como es la acción de responsabilidad civil extracontractual establecida por el artículo 1902 del Código civil.

– En cuanto a los supuestos de responsabilidad penal, conviene determinar, en primer lugar, los diferentes tipos o actividades delictivas en Internet, que representa un amplio abanico de actividades recogidas en el Código penal.

Por lo que respecta a la determinación de la jurisdicción competente, dado el carácter transfronterizo de muchas de las actividades ilícitas realizadas a través de Internet, se plantea el problema de determinar cuál es la jurisdicción competente para enjuiciar los delitos que tienen su origen en un país y producen sus efectos en otro. En principio, las Leyes penales tienen carácter territorial, sin perjuicio de establecer determinados supuestos de extraterritorialidad⁵³. En los delitos cometidos por procedimientos informáticos, hay que partir de su consideración de delitos a distancia. En la interpretación sobre el lugar, se enfrentan las teorías de la manifestación de la voluntad y la del resultado, que no procede analizar aquí. El criterio seguido por la Directiva es el de atribuir competencia al Estado en que está establecido el prestador de servicios.

En el artículo 3.5 de la Directiva 2000/31/CE, se incorporó una salvaguardia por la que se prevé la posibilidad, de los Estados miembros, de excepcionar la prohibición de adoptar medidas de restricción a la libre circulación de los servicios que viajen por la red, por razones de orden público y de protección de la salud pública, de la seguridad pública o de los *intereses de los consumidores*, siempre que estas medidas vayan encaminadas a evitar un peligro o daño serio y grave contra tales objetivos y que se atenga el Estado afectado a las normas de procedimiento que establece la propia Directiva para la adopción de la medida de restricción, con objeto de prevenir un uso abusivo de esta posibilidad de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

- BENDITO CAÑIZARES, M.T., “*La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación*”, RCDI núm. 657.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “*La transposición de la Directiva comunitaria 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, al Derecho español*”, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.
- BOTANA GARCÍA, G./ RUIZ MUÑOZ, M. Coord. “*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*”, VVAA, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, “*Armonización del Derecho de seguro de daños en la Unión Europea*”, Civitas, Madrid, 1996.
- CANDELARIO MACÍAS, I., “*La defensa de los consumidores y usuarios: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*” VVAA, obra coordinada por Santiago Espiau, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁵³ Así, por ejemplo, el artículo 23 de la LOPJ reconoce competencia a los Tribunales españoles, respecto de delitos cometidos en el extranjero, siempre que su autoría corresponda a un nacional español y que el hecho de que se trate sea punible en el lugar de su ejecución.

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. “Comentarios a la Directiva y al Proyecto de ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración” nº 664.
- CORDÓN MORENO, F., “La protección de los derechos de los consumidores a partir de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (RCL 1984, 1906 y ApNDL 2943): la ley de condiciones generales de la contratación (RCL 1998, 960) y el proyecto de ley de enjuiciamiento civil”, RGD, 1999.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y otros “Derecho procesal civil” Colex, Madrid, 1997.
- DE ROSELLÓ MORENO, R., “El comercio electrónico y la protección del consumidor”, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”, Civitas, Madrid, 1993.
- “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, VVAA, ponente general L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1996.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J F, “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo” VVAA, Aranzadi, Elcano, 1999.
- GARCÍA AMIGO, M, “Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad extracontractual”, en AC, 1986.
- GARCÍA MÁS, F. J., “Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). RCDI, nº 661
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación” RCDI nº 648
- GORDILLO CAÑA, “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal” Anuario de Derecho civil, 1975.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derecho civil” vol. I, Trivium, Madrid, 1998.
- “Principios de Derecho civil”, vol. III, Trivium, Madrid, 1999.
- INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO “Consultas y reclamaciones recibidas en las asociaciones de consumidores de ámbito nacional. Ejercicio 2000” Madrid, 2001.
- LETE ACHIRICA, J., “Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho comunitario”, La Ley, 29 de septiembre 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “La firma y el comercio electrónico. Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información”, Madrid, 2001.
- “Guía sobre contratación telefónica o electrónica en España”, 2001
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, “El consumidor y las nuevas tecnologías, La opinión de los expertos” Madrid, 2001.
- MONTON GARCÍA, M. L., “Los consumidores y usuarios ante la nueva ley de enjuiciamiento civil”, La Ley, 6 de octubre de 2000.
- PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos de incorporación de las condiciones generales”, VVAA, Elcano, 1999.
- PLAZA PENADÉS, J., “El control registral de las condiciones generales de los contratos”, RCDI nº 663.

- REYES LÓPEZ, M. J., "*Derecho de consumo: la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación: comentarios, legislación y jurisprudencia*", Valencia, Ed. General de Derecho, 1993.
- TEJEDOR MUÑOZ, L., *Incorporación contractual de las condiciones generales (Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)*, Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires.
- VAQUER ALOY, A., "*Cinco años de aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*", VVAA, obra coordinada por Santiago Espiau. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- VVAA, "*Estudios sobre el Derecho de Consumo*", Iberdrola, Bilbao, 1994 .