

Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico (*)

SUMARIO.— I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. GARANTÍAS QUE OFRECE EL REAL DECRETO-LEY 14/1999 EN CUANTO A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS: 1. EL PROBLEMA DE LA FORMA DE CIERTOS CONTRATOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONSTAR POR ESCRITO. 2. LA PRUEBA MEDIANTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO DIGITALMENTE.—III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: 1. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO. 2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. 3. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES. 4. REGLAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL. 5. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.—IV. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. PARTES INTERVINIENTES Y TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO CON CONDICIONES GENERALES. 3. EL DEBER DE INFORMACIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO. 4. LA POSIBILIDAD DE DESISTIR Y RESOLVER EL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR: 4.1. *El plazo para desistir y resolver el contrato.* 4.2. *Los gastos de devolución de la cosa.* 4.3. *La obligación de indemnizar los desperfectos del objeto del contrato.* AA. *Supuestos en que procede el desistimiento y supuestos en que procede la resolución:* 4.4.1. *Supuestos de ejercicio del desistimiento.* 4.4.2. *Supuestos en que procede la resolución.* 5. FORMA DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN. 6. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO Y DE LA RESOLUCIÓN. 7. MOMENTO DEL PAGO. 8. ADQUISICIÓN MEDIANTE CRÉDITO Y CONSECUENCIAS DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Actualmente es cada vez mayor el número de personas que utilizan el ordenador, no sólo para buscar información, sino también para realizar operaciones comerciales. Estas denominadas transacciones electrónicas en senti-

(*) El presente trabajo constituye la ponencia presentada por el autor en el Curso «Los diez últimos años de reformas en el Derecho de Obligaciones y Contratos», organizado por el Centro Buendía (Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Valladolid), los días 17 a 21 enero de 2000, y dirigido por la Profesora doctora doña Teodora Torres García.

do amplio se pueden realizar en el sector público: comunicaciones dentro de la Administración Pública y de ésta con los administrados; presentación de declaraciones fiscales, declaraciones-liquidaciones, autoliquidaciones o cualesquiera otros documentos exigidos por la normativa tributaria; presentación de instancias por medios electrónicos; afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; las operaciones en que interviene la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc. Pero también en el sector privado existen cada vez mayor número de relaciones interempresariales y de relaciones entre empresarios y consumidores, tanto a nivel nacional como internacional. Voy aquí a ceñir el fenómeno del comercio electrónico a las transacciones comerciales electrónicas (es decir de compraventa de bienes o prestación de servicios, las actividades y negociaciones previas y otras actividades posteriores relacionadas con las mismas como los pagos electrónicos) desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación (1) (correo electrónico, u otras aplicaciones de Internet, como la WWW; aunque también haré las oportunas referencias al sistema EDI o intercambio electrónico de datos en su vertiente comercial).

El fenómeno del comercio electrónico desde luego no es nuevo. Una de sus variantes más consolidadas hoy en día, que surgió en los años ochenta es la basada en la Transferencia Electrónica de Datos (conocida como EDI o *Electronic Data interchange*). Esta viene definida por el artículo 2.2 de la Recomendación 94/820/CE de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, en virtud de la cual se adopta el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, como *la transferencia electrónica, de ordenador a ordenador, de datos comerciales o administrativos que estructuran un mensaje de EDI con arreglo a una norma acordada* (2).

(1) Así lo define MARTÍNEZ NADAL, A. «Comercio electrónico», en *Curso de Protección Jurídica de los Consumidores*, Coord. por BOTANA GARCÍA, G. y Ruiz MUÑOZ, M., MacGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 248.

(2) Cfr. DOCE, n.º L 338 de 28 de diciembre de 1994, págs. 0098 y ss. Esta definición es prácticamente coincidente con la del artículo 2.b) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional. Sobre el tema vid. PESO NAVARRO, E. del, «El pago mediante medios electrónicos. Análisis Jurídico», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 5, 1992; «Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos» en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 191 y ss.; MORENO NAVARRETE, M.A., *Contratos electrónicos*, Pons, Madrid, 1999, págs. 119 y ss.

El mensaje de EDI consta de una serie de segmentos, estructurados con arreglo a una norma aceptada, preparados en un formato legible por ordenador y capaz de ser procesado automáticamente y sin ambigüedades. En general, en el ámbito europeo, los mensajes de EDI se transmiten de acuerdo con las normas, recomendaciones y procedimientos UN/EDIFACT aprobados por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas,

La naturaleza jurídica de la figura es discutible, inclinándose unos autores por acercarla a la figura del mandato (3), y otros por entender que es más exacta la figura del pago por tercero, aunque éste pueda tener su origen en el mandato (4). Sea lo que fuere, lo cierto es que la vertiente comercial del EDI, consiste en la realización de transacciones comerciales con el intercambio en forma automatizada y en formato normalizado, de órdenes de compra, venta y pago realizadas entre ordenadores dentro de comunidades sectoriales, y habitualmente dentro de redes cerradas. El servicio es proporcionado por unos prestadores de tales servicios, y generalmente requieren una fase de negociación previa entre las partes, sobre todo para establecer los protocolos técnicos y los acuerdos que les van a ser aplicables, implicando casi siempre unas relaciones comerciales a largo plazo entre empresas recíprocamente conocidas y dignas de confianza con un volumen elevado de operaciones (5). Sin embargo, como en el sistema EDI el intercambio se produce de ordenador a ordenador y la importancia económica de las transacciones es enorme, funciona sobre redes cerradas, las denominadas VAN o *Value-Added Networks*. Es, por tanto, un sistema distinto al mercado abierto que ofrece Internet, cuyo menor coste permite acceder a estas ventajas a empresas que no pueden permitirse los elevados costes que implica una EDI/VAN.

Esta última matización resulta fundamental a la hora de hablar en la actualidad del comercio electrónico, ya que Internet es un *mercado abierto*, en el que, a diferencia de las VAN, las partes no tienen por qué mantener necesariamente unas relaciones más o menos estables, ni es necesario un acuerdo previo negociado entre las mismas. Por otro lado, ya se utilice para hacer alguna transacción directamente la Web o el correo electrónico, lo cierto es que las posibilidades del comercio electrónico no se limitan ya a las relaciones entre empresas (*business to business*), sino que se amplían a la de éstas con los consumidores (*business to consumers*) y a la de los particulares entre sí, lo cual plantea el problema de la aplicación de la normativa existente sobre protección de consumidores y usuarios. En cualquiera de los casos el primer problema a resolver en todo tipo de transacciones comerciales en este mercado abierto es el de la seguridad y la integridad en las comunicaciones, así como el de la privacidad y protección de los datos personales de las partes

que constan de una serie de directorios y orientaciones aceptados internacionalmente para el intercambio de datos estructurados y, muy en particular, para el intercambio relacionado con el comercio de bienes y servicios entre sistemas de información independientes e informatizados.

(3) Cfr. CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M.A., RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*; Comares, Granada, 1997, pág. 35.

(4) PESO NAVARRO, «El pago...», cit., pág. 41.

(5) Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Cívitas, Madrid, 1998, págs. 25 y ss.

intervinientes (6). Sobre este tema no voy a incidir directamente, a pesar de la importancia del mismo, sino que voy a centrarme en los problemas de seguridad e integridad de las comunicaciones desde la perspectiva de los contratos que se realizan electrónicamente con consumidores.

II. GARANTÍAS QUE OFRECE EL REAL DECRETO-LEY 14/1999 EN CUANTO A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS

El Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre de 1999, sobre firma electrónica, adelantándose a la Directiva 1999/93/CE (7), aparte de otras cuestiones, pretende garantizar la seguridad en las comunicaciones electrónicas para la rápida difusión de lo que se ha venido a llamar la sociedad de la información. Para ello establece un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública, que está basado en la utilización de dos claves asociadas: una clave privada secreta, y una clave pública accesible a cualquier persona. Ambas claves van asociadas y se complementan, de manera que aplicando la clave privada del emisor sobre un mensaje, y verificado éste por el destinatario con la clave pública de aquél, se tiene garantía de la autenticación y de la integridad del mensaje (8).

Por otro lado, es fundamental que el certificado sea reconocido y expedido por tercero de confianza, es decir, un prestador de servicios que cumpla los requisitos del artículo 12 del Real Decreto Ley 14/1999, ya que su función principal es la de asegurar la validez de la clave pública. A nadie se le ocultan los resultados a que puede conducir cifrar un texto confidencial con una clave pública que no se corresponde con la de nuestro receptor, de manera que la

(6) Sobre este último aspecto incide la Directiva 95/46 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (D.O., L 281, de 23 de noviembre de 1995), la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (D.O., L 24, de 30 de enero de 1998), y la reciente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la cual deben entenderse realizadas las remisiones que el Real Decreto-Ley 14/1999 realiza en varios de sus preceptos a la Ley Orgánica 5A992, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 15/1999. Igualmente habrá que hacer con las remisión que se hace a la LORTAD de 1992 en el artículo 39 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

(7) Cfr. Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, DO, L 13, de 19 de enero del 2000.

(8) Cfr. ampliamente, MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital...*, cit., 37 y ss.;

persona a la que perteneciera la misma podría conocer el texto del mismo. Como se ha destacado, la función central del certificado es vincular un elemento de verificación de firma (una clave pública en el caso de la criptografía asimétrica) a una persona determinada, por lo que resulta fundamental la confirmación y verificación de la identidad del titular (9).

Así, pues, en la firma electrónica lo que se produce es una transformación de un mensaje utilizando un criptosistema asimétrico, de manera que una persona que reciba el mensaje firmado y que conozca la clave pública del firmante puede determinar con exactitud si la transformación mencionada se produjo mediante la utilización de la clave privada que se corresponde con la clave pública del firmante o si el mensaje firmado ha sido alterado posteriormente (10). En definitiva, el sistema establecido en el Real Decreto Ley 14/1999, cuando se trata de firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, garantiza las siguientes cuestiones: a) Autenticación de los participantes en una transacción electrónica, asegurando que quien se comunica es quien dice ser. b) Integridad del mensaje, garantizando que éste no ha sido manipulado por un tercero. c) Confidencialidad del mensaje, de manera que se permite el acceso a la lectura sólo a aquellas personas que previamente hayan sido autorizados.

El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 14/1999 establece expresamente que las disposiciones del mismo *no alteran las normas relativas a la celebración de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*. Sin embargo, como vamos a ver seguidamente, afecta de un modo directo a dos aspectos fundamentales: la prueba y la forma de emisión de las declaraciones de voluntad.

1. EL PROBLEMA DE LA FORMA DE CIERTOS CONTRATOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONSTAR POR ESCRITO

Una de las cuestiones que puede plantear la aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999 es si el criterio de equivalencia funcional de los datos consig-

(9) Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (I), *La Ley*, n.º 4939, 1 de diciembre de 1999, pág. 3.

(10) Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R., «La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre», *Derecho de los Negocios*, n.º 109, 1999, págs. 4 y ss.; y MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio, electrónico, firma electrónica y autoridades de certificación*, Cívitas, Madrid, 1998, *passim*. En cuanto a las medidas necesarias para la operatividad de los criptosistemas de claves asimétricas en el sistema EDI, cfr. ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 13, abril, 1994, págs. 20 y ss.

nados en forma electrónica con los consignados en soporte papel que proclama el artículo 3 del mismo, puede aplicarse a aquellos contratos en que se exige como requisito para la validez de los mismos que consten de forma escrita. Como acabo de destacar el artículo 1.2 establece que las disposiciones del Real Decreto-Ley no alteran las reglas relativas a la celebración, *formalización*, validez y eficacia de los contratos (11). Literalmente, parecen quedar excluidos de utilizar el formato electrónico. Pero es preciso que analicemos cuál es la finalidad última que se persigue con estas formas especiales de documentación del contrato para interpretar si deben o no quedar excluidos del ámbito de aplicación de la nueva normativa. La cuestión no es baladí, sobre todo pensando en las consecuencias que puede tener en determinadas figuras contractuales el no cumplir con determinados requisitos de forma.

Especialmente en la normativa protectora de los consumidores y usuarios (comunitaria e interna), existe una serie de disposiciones de las que se puede deducir la existencia de un principio general: el deber de información que pesa sobre los empresarios, y correlativo derecho de los consumidores, a ser informados en la fase precontractual y en la fase posterior a la celebración del contrato. Estos deberes de información cubren múltiples aspectos, pero casi siempre van unidos a garantizar el derecho que asiste al consumidor para desligarse libre y unilateralmente de la relación contractual durante un determinado plazo. Para ello se ha intensificado el carácter formal de determinados contratos, estableciendo la obligación de que consten por escrito, e imponiendo diversas sanciones para el supuesto de que no se cubra dicho requisito formal. Como afirma GARCÍA RUBIO, de esta manera, se ha dado un paso de la información al formalismo *ad luciditatem*, destinado a asegurar la autonomía de la voluntad de la parte más débil a la hora de decidir su vinculación contractual (12).

A mi juicio, y partiendo de que en la mayoría de los casos nos encontraremos ante un supuesto de condiciones generales de la contratación, creo que debe asumirse el criterio que ha impuesto el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con

(11) A ello se refiere también el artículo 1.2 de la Directiva 1999/93/CE, advirtiendo que no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos.

(12) Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del Consumo», *Act. Civ.*, 1994-2, XVI, pág. 278 y nota 4. Vid. además, MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC*, 1994, págs. 82 y ss.; y ampliamente, GARCÍA VICENTE, J.R., *La Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 174 y ss.

condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En este Real Decreto se parte de la existencia de un deber de información previa de todas las cláusulas del contrato y de remitir el texto completo de las condiciones generales de la contratación, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada. Una vez que se ha celebrado el contrato, el predisponente debe enviar inmediatamente al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación *por escrito o en soporte duradero*, de la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Por soporte duradero, entiende el artículo 3.3 de Real Decreto cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento. Como se puede ver se recoge el principio de equivalencia funcional entre el documento escrito en soporte papel y el documento electrónico.

Desde esta perspectiva, entiendo que cabe aplicar la forma electrónica, cubriéndose con ello el requisito de la forma escrita que las diversas leyes establecen, a los contratos de seguro, de crédito al consumo, de viajes combinados, de edición, y de venta a plazo de bienes muebles con o sin financiación (13), siempre y cuando se trate de firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, dado el principio de equivalencia funcional entre el soporte electrónico y el soporte papel (14). Los problemas prácticos que para la concertación a distancia de contratos de seguros, contratos de crédito y de otros servicios financieros, excluidos del ámbito de aplicación de los artículos 38 a 48 de la LOCM por la Disposición Adicional 1.^a de ésta, quedarán paliados en cuanto se adopte la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (15).

No obstante, parece que debe quedar excluido el caso previsto en la Ley 26/1991, de 29 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, porque el supuesto de hecho del que se parte es pre-

(13) Cfr. artículos 3, 5 y 83.a),2 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del Contrato de Seguro; artículos 6 y ss. de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; artículos 3, 4 y 6 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los Viajes Combinados; artículos 60 y 61 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, de 12 de abril de 1996; artículo 6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazo de Bienes Muebles; y con carácter general el artículo 11 de la Ley 7/1995, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.

(14) En contra VATTIER FUENZALIDA, C, «En torno a los contratos electrónicos», *RGLJ*, enero-febrero, 1999, pág. 83, que considera «francamente inútil» la nueva normativa desde el punto de vista de la forma exigible a cierto tipo de contratos.

(15) Cfr. COM (1999) 385 final, de 23 de julio de 1999.

cisamente que el empresario tome la iniciativa negocial y aborde al consumidor en su domicilio, lugar de trabajo, o en un medio de transporte público (art. 1) donde, obviamente, no media contratación electrónica. Además encontraríamos el obstáculo insalvable del artículo 3.1, que exige la firma *de puño y letra* del consumidor (16).

Aparte de lo anterior, no cabe duda de que quedan excluidos los negocios que necesariamente deban constar en documento público. El artículo 1.2 deja claro que las normas sobre prestación de servicios de certificación de firma electrónica, no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a Derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos. No obstante, en el futuro creo que debería modificarse la legislación notarial, regulando la posibilidad de instrumentos públicos electrónicos, en los cuales intervendría un fedatario público, que no sólo identificaría al signatario, sino también garantizaría, en cumplimiento de los deberes inherentes a su actuación, todo lo relativo a capacidad de las partes, previa información y asesoramiento para la formación de la voluntad sin vicios del consentimiento, lectura íntegra y comunicación del contenido negocial al signatario/s, calificación del título y legalidad del acto (17). De esta forma podría aprovecharse el criterio amplio que utiliza la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 12 de noviembre de 1999 en cuanto a la presentación telemática y con firma electrónica de documentos en el Registro de la Propiedad (18). En cualquier caso, me parece clara la necesidad de que la fe pública se adapte a las nuevas necesidades del mercado. De poco sirve que se reconozca con generosidad la posibilidad de contratar electrónicamente, incluso en un futuro próximo la posibilidad de concertar hipotecas y otros servicios financieros

(16) Por otro lado, como afirma GARCÍA RUBIO, «La forma en los contratos...», cit., pág. 282, la entrega del ejemplar del documento contractual principal y del documento de revocación debe ser material, con traspaso posesorio, siendo insuficiente con la puesta a disposición de los mismos.

(17) En este sentido, las enmiendas n.º 12 y 13 del GPS del Congreso, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, n.º 188-3, de 22 de noviembre de 1999, al Proyecto de Ley sobre firma electrónica, que se tramitaba sobre la base del Real Decreto-Ley. Aun coincidiendo con el planteamiento de dichas enmiendas, creo que lo procedente es modificar la legislación notarial, lo mismo que los documentos públicos judiciales vienen recogidos en el artículo 230 LOPJ, y los documentos públicos administrativos en el art.45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y normativa que desarrolla el mismo.

(18) Cfr. RDGRN de 12 de diciembre de 1999, resolviendo consulta sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

a distancia (19), si la fe pública notarial sigue anclada en un sistema anticuado que, de no acomodarse a las nuevas necesidades, no hará otra cosa que ralentizar todas las posibilidades que desde una perspectiva económica ofrece la reciente regulación sobre firma electrónica.

2. LA PRUEBA MEDIANTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO DIGITALMENTE

El concepto de lo que se ha venido a denominar *documento electrónico* tiene relevancia especialmente desde la perspectiva de la naturaleza probatoria del mismo. El avance tecnológico ha provocado la aparición de otras formas documentales diferentes de los escritos, lo que obliga a acomodar el concepto de documento a la realidad. Ni la jurisprudencia (20), ni el legislador han sido ajenos a esta realidad, refiriéndose al documento electrónico en varias disposiciones (21), cuyo nexo común estriba en considerar que estos

(19) Vid. LETE ACHIRICA, J., «La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea. ¿Una apuesta de futuro?», *La Ley*, n.º 4786, de 30 de abril de 1999, págs. 1 y ss.

(20) La STS de 19 de abril de 1991 (RJ 2813) destaca a este respecto que el concepto de documento actualmente «no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad... Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora». Asimismo la STS de 25 de marzo de 1997 (RJ 1964) señala que la prueba inequívocamente documental es la que consta «en un soporte material, que tradicionalmente era un escrito y ahora puede incluir también un vídeo, un film, un diskette u otro documento informático, cuya resultancia sea relevante y transcendente». Igualmente la STS de 3 de noviembre de 1997 (RJ 8251) pone de relieve que «el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con transcendencia jurídica, no puede identificarse ya en exclusiva con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles».

(21) Así, en el artículo 49 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 del Código Penal; artículo 27 del Código de Comercio, en la redacción dada al mismo por el artículo 2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de Sociedades; artículo 30 del reglamento del Registro Mercantil; artículo 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, sobre utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado. En concreto el artículo 3.d) de este último entiende por documento la «entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada

documentos gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, recepción por el interesado, cumpliendo los requisitos y garantías exigidos por otras leyes, entre éstas, las procesales.

La Directiva 1999/93 es consciente de que, para que se produzca la aceptación general de los métodos de autenticación electrónica, es preciso garantizar en todos los Estados miembros la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en los procedimientos judiciales, aunque deja libertad a las legislaciones nacionales para determinar los campos jurídicos en que se puede utilizar o no la firma y documentos electrónicos, y no afecta a las normas internas en cuanto a la libertad de la valoración judicial de las pruebas. En este sentido el artículo 5.1.b) establece que los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada con un dispositivo seguro de creación de firma *sea admisible como prueba en los procedimientos judiciales*. Los plenos efectos probatorios se refieren, por tanto, sólo a la firma electrónica avanzada. El artículo 3 del Real Decreto-Ley 14/1999 se refiere a este aspecto al señalar que la firma electrónica avanzada tiene, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admitida como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Por otra parte, se establece la presunción de que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir tales efectos probatorios cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado de acuerdo con los requisitos que recoge el artículo 21.

Esto no significa que se niegue valor probatorio a la firma electrónica no avanzada, pero desde luego con una entidad mucho menor. El artículo 5.2 de la Directiva establece la necesidad de que los Estados miembros velen por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica no basada en un certificado reconocido o expedido por un proveedor no acreditado, o que no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma. El artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 14/1999 señala a estos efectos que a la firma electrónica que no reúna tales requisitos no se le negarán efectos jurídicos ni será

entre sistemas de tratamiento de información o usuarios como una unidad diferenciada». Finalmente, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1999/2101, de 23 de julio, que desarrolla el artículo 81 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica (22).

Antes de la entrada en vigor del nuevo texto de la LEC es discutible el encuadramiento del documento electrónico en alguno de los medios probatorios previstos en los artículos 1.215 CC y 578 LEC, especialmente su consideración como prueba documental, reconocimiento judicial o pericial; aunque doctrinal y jurisprudencialmente se admite sin problema el carácter de *numerus apertus* de los medios de prueba recogidos en los mismos (23). No obstante, la doctrina viene reclamando hace tiempo un reconocimiento legal del valor probatorio del documento electrónico (24).

La equiparación del documento electrónico con el documento en papel a efectos de la prueba documental ha sido defendida por figurar el electrónico en un soporte material (disquetes, circuitos, chips de memorias), contener un mensaje escrito usando un lenguaje convencional a la par que utilizando un código determinado, y poder ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma electrónica (25). Varios pronunciamientos jurisprudenciales se inclinan por esta vía de solución (26). No obstante lo anterior, la STS de 30 de noviembre de 1992, respecto de las cintas de vídeo, magnetofónicas y otros medios de reproducción hablada o representación

(22) Se acogen en este punto los mismos criterios que inspiran los artículos 5, 6, 7 y, especialmente 9, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

(23) Cfr. PICÓ Y JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*; Barcelona, 1996, págs. 176 y ss., donde destaca que ni siquiera el artículo 24.2 de la Constitución limita los medios probatorios, consagrando el principio de libertad de prueba.

(24) HEREDERO HIGUERAS, M., «Valor probatorio de los documentos electrónicos», *Encuentros sobre Informática y Derecho 1990-1991*, Coord. DAVARA, M.A., Universidad Pontificia de Comillas (ICADÉ), Madrid, 1992, págs. 19 y ss.; CAMINO, J.R., «El documento electrónico: su admisibilidad en derecho español», *La Ley*, 1997, págs. 1878 y ss.; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 372 y ss.; y «El documento electrónico, informático y telemático y la firma digital», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º de julio de 1997, págs. 13 y ss.; AZOFRA VEGAS, F. «La contratación electrónica bancada», *RDBB*, n.º 68, 1997, págs. 1095 y ss. Sobre el tema, ampliamente, SANCHÍS CRESPO, C. *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

(25) Por todos, vid. JIJENA LEIVA, R.J., «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», *La Ley*, n.º 4586, de 17 de julio de 1998.

(26) Vid. desde distintas ópticas las SSTS de 30 de noviembre de 1981 (*RJ* 4680), 5 de febrero de 1988 (*RJ* 857), 16 de febrero de 1992 (*RJ* 169), 24 de marzo de 1994 (*RJ* 2175), y dos sentencias de 3 de noviembre de 1997 (*RJ* 8251 y 8252). La dos últimas vienen referidas a documentos de giro mercantil (letra, cheque, pagaré), considerando el TS que un soporte magnético puede producir efectos de giro siempre y cuando las características de documento permitan establecer la autenticidad, la autoría y la firma de quien asume su contenido y la efectividad de las cláusulas. Ambas Sentencias han sido estudiadas por DÍAZ FRAILE, J.M., «Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998», *La Ley*, n.º 4678, de 24 de noviembre de 1999, págs. 4 y ss.

visual del pensamiento, sostiene que «en todo caso su utilización probatoria exige la necesaria y previa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previas» (27).

Desde el punto de vista probatorio resulta dudoso que la autenticidad, veracidad y fidelidad de que habla esta Sentencia se vean sustituidas por la acreditación que puede ofrecer alguno de los prestadores de servicios de certificación, porque en ningún momento la Directiva 1999/93 ni el Real Decreto-Ley 14/1999 establece las pautas a las que tienen que atenerse los tribunales para apreciar el valor probatorio del documento firmado digitalmente, ni cuándo éste se puede considerar indubitado (ni siquiera cuando se trata de firma electrónica avanzada). Lo único que se hace es una remisión a la valoración de la misma según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Fuera de los supuestos de confesión en juicio o de reconocimiento del documento electrónico por la parte a quien haya de perjudicar, nuestra Ley rituaría consagra el principio de libre apreciación de la prueba, por lo que será el juzgador quien de acuerdo con las circunstancias de cada caso resuelva libremente sobre el valor que se puede atribuir al documento electrónico aportado a un proceso. Desde esta perspectiva, en muchos casos será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial o pericial. En cualquier caso, utilizando los argumentos de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (28), se puede decir que la virtualidad probatoria que el documento electrónico puede desplegar en el proceso es la misma si se admite como prueba documental o como prueba de reconocimiento judicial o pericial.

Desde luego un documento firmado digitalmente puede ofrecer mayor seguridad y seguridad que un documento consignado en papel. El problema estriba en que su admisión como prueba exige unos conocimientos técnicos que hace difícil el no acudir por parte de los tribunales a personas expertas o peritos que proporcionen los mismos. En este sentido, cuando se generalice en el tráfico la utilización de los procedimientos de signatura digital y se confíe razonablemente en su fiabilidad, los tribunales se irán familiarizando con dichas técnicas y podrán prescindir de la aportación de peritos para convencerse de la autenticidad de la firma (29). Este mismo problema se plantea con la contratación realizada mediante EDI. En este sentido el Modelo Euro-

(27) Cfr. RJ 9458.

(28) Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico digitalmente firmado», *Act. Civ.*, 1999-1. XII, págs. 221 y ss. Vid. sobre el tratamiento del documento electrónico en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, MORENO NAVARRETE, M.A., *Contratos electrónicos*, cit, págs. 119 y ss.

(29) Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La prueba mediante documento electrónico...», cit., págs. 231.

peo de Acuerdo EDI, elaborado en la Comisión de las Comunidades Europeas, prevé en su artículo 6 que, entre los procedimientos y medidas de seguridad que se deben aplicar, deben figurar la comprobación del origen, la comprobación de su integridad, el no repudio del origen y el destino, y la confidencialidad de los mensajes EDI, aconsejando incluso medidas más rigurosas de control en el caso de transacciones importantes (30).

Lo que parece evidente es que la denominada firma electrónica avanzada, junto con la intervención de un prestador de servicios de certificación reconocido, deben tener un tratamiento más favorable a su admisión como prueba, ya que aquélla permite la detección de cualquier modificación ulterior de los datos. El primer reconocimiento legal de la anterior afirmación aparece en el Real Decreto 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. En dicho Real Decreto se obliga al predisponente a probar la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato, la entrega de las condiciones generales, la justificación documental de la contratación una vez efectuada, así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental, y el momento de sus respectivos envíos. Pues bien, en los casos de contratación electrónica, el artículo 5.2 en su último apartado, exige expresamente que para ello se utilice la firma electrónica avanzada, acompañando al documento electrónico una consignación de la fecha y hora de remisión y recepción (31).

El nuevo texto de LEC aprobado por Ley 1/2000, de 7 de enero, establece expresamente en su artículo 265.1, la necesidad de que a toda demanda o contestación se acompañen ciertos documentos. Entre otros, los medios e instrumentos a que se refiere el artículo 299.2, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes. En dicho artículo 299.2, se establece expresamente, dentro de los medios de prueba de que se puede

(30) Cfr. Recomendación 94/820/CE de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, en virtud de la cual se adopta el Modelo Europeo de Acuerdo EDI (*DO*, L 338, de 28 de diciembre de 1994, págs. 0098 y ss.). Sobre el tema en relación con el sistema EDI, vid. las consideraciones de ALCOVER GARAU, G., «La firma electrónica...», cit., págs. 11 y ss.

(31) Igualmente, en la Instrucción de 31 de diciembre de 1999 de la DGRN, sobre legalización de libros en los Registros mercantiles a través de procedimientos telemáticos, se exige en el artículo 6 la necesidad de que las firmas de quien realiza la solicitud y las demás generadas por los libros, reúnan los requisitos de la firma electrónica avanzada con la preceptiva intervención de un prestador de servicios de certificación. A efectos de la prueba judicial de la legalización, el artículo 9 desarrolla el artículo 327 de la nueva LEC, estableciendo que el Registrador Mercantil imprimirá una copia en papel de los libros presentados y certificará, a instancia de parte interesada o por mandato judicial, que los ficheros contenidos en el soporte informático se corresponden con los libros legalizados por generar la misma firma digital, todo ello por referencia a los asientos practicados en el Libro-fichero de legalizaciones.

hacer uso en juicio, que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. La cuestión viene desarrollada en los artículos 382 y ss., conforme a los cuales las partes pueden proponer tales instrumentos como medio de prueba, acompañando en su caso una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate, y aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes. Tales instrumentos deben ser examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el Tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el Tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. En cualquier caso, se establece que los Tribunales valorarán dichos instrumentos según las reglas de la sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. Se pone de relieve, por ello, que no existe una equiparación total a efectos procesales entre el documento consignado en papel y el documento electrónico, tal como he puesto de relieve con anterioridad (32).

III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Ya he destacado que el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 14/1999 establece expresamente que las disposiciones del mismo *no alteran las normas relativas a la celebración de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*. Resulta llamativo que una norma que consagra y reconoce jurídicamente el comercio electrónico, no regule algunos aspectos de éste que se ven directamente afectados por la forma utilizada en la contratación. A pesar de ello, no hay duda de que la norma incide directamente, como hemos visto, en dos aspectos: en la prueba y en la forma de emisión de las declaraciones de voluntad. Además, el artículo 14 del Real Decreto Ley 14/1999 afecta directamente a la normativa sobre responsabilidad contractual o extracontractual de los prestadores de servicios de certificación.

(32) Los documentos electrónicos se recogen también en los artículos 812 y ss. a la hora de acudir el procedimiento monitorio, ya que la deuda reclamada se puede acreditar «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquiera otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor (artículo 812.1.1.ª).

Vid. asimismo el artículo 135.5, en cuanto a la presentación de escritos a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales; el artículo 146.3 por lo que se refiere a la documentación y archivo de las actuaciones; y el artículo 162 en cuanto a los actos de comunicación por jueces y tribunales por medios electrónicos, informáticos y similares.

Todo ello obliga a reinterpretar los textos vigentes, en especial el Código Civil y el Código de Comercio, en atención a la nueva forma de contratación establecida, teniendo muy en cuenta la normativa existente sobre protección de los consumidores y usuarios. Desde esta óptica son muy diferentes las relaciones jurídico-privadas de los empresarios entre sí (*business to business*) y las que ligan a éstos con los consumidores y usuarios (*business to consumers*), mucho más problemáticas. Por otro lado, entendiendo como comercio electrónico las transacciones comerciales electrónicas (compraventa de bienes y prestación de servicios), así como las actividades y negociaciones previas y ulteriores a las mismas, es preciso distinguir el comercio electrónico directo del indirecto.

En el *comercio electrónico indirecto* solamente la oferta y la aceptación se producen de manera electrónica, mientras que los bienes o servicios se entregan por los canales ordinarios. Esta vía puede ofrecer inicialmente mucha mayor confianza a los consumidores y usuarios, por ejemplo realizando el pago contra reembolso, pero limita enormemente las posibilidades del nuevo sistema implantado. En el *comercio electrónico directo*, por el contrario, se produce en línea tanto la oferta y aceptación, como la entrega de bienes o servicios intangibles y el pago de los mismos. Esta modalidad puede referirse a servicios de información, ocio, enciclopedias en línea, actualizaciones y consultas de bases de datos, revistas electrónicas, programas informáticos, etc., y en ella es habitual que el cliente obtenga una licencia de uso temporal o una versión limitada que, tras efectuar el pago, va a ser plenamente operativa (33). A su vez, desde la perspectiva de la recepción del bien o servicio por el contratante, el comercio electrónico directo admite dos modalidades, dependiendo de que éste pueda efectuar directamente la descarga (*download*) del bien o servicio, o de que el proveedor se lo remita directamente por vía electrónica (v.gr. a través de correo electrónico). La generalización de este sistema depende de la confianza en la seguridad del mismo, especialmente entre personas desconocidas y geográficamente distantes.

La distinción entre comercio electrónico directo e indirecto no es meramente académica, sino que puede tener importantes repercusiones prácticas en cuanto a la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a uno y otros supuestos. En este sentido, los servicios ya prestados (a diferencia de las cosas adquiridas), difícilmente pueden ser objeto de restitución en caso de desistimiento. Igualmente, las mayores particularidades van a aparecer en los contratos de prestación de servicios en línea, donde es habitual conceder licencias de uso temporal o versiones limitadas de determinados programas, que van a ser plenamente operativos, una vez efectuado el pago, lo cual no parece co-

(33) Cfr. RIBAS ALEJANDRO, J. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 17 y ss

honestarse con la prohibición de realizar pagos anticipados que impera en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Por otra parte, desde la perspectiva tributaria, los problemas que se plantean en el caso de bienes y servicios que se suministran por los canales ordinarios, son muy distintos de aquellos otros que circulan por la red y se adquieren a través de la misma, generalmente sometidos a propiedad intelectual. Por lo que se refiere a la imposición directa, la venta de bienes materiales adquiridos a través de Internet, no plantea especiales problemas de calificación de las rentas cuando el suministro se realiza *off-line*, aplicándose a las rentas obtenidas la normativa general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, según los casos. Pero cuando se adquieren (generalmente en línea) derechos derivados de la propiedad intelectual, estamos ante pagos por el uso o la concesión del uso de un derecho, es decir ante lo que se denomina «cánones» en los Convenios para evitar la doble imposición (34). Problemas similares se plantean en la imposición indirecta. Cuando se contrata electrónicamente, pero los bienes se entregan y se transportan por los medios tradicionales, el IVA se aplicará en una de las siguientes modalidades: operaciones interiores (adquisición de bienes), adquisiciones intracomunitarias, régimen de ventas a distancia, o importaciones. Sin embargo, cuando estamos ante operaciones comerciales sobre bienes y derechos de alguna manera relacionados con la propiedad intelectual, que circulan por la red, el régimen es distinto dependiendo de que los califiquemos como *compraventa* de productos o como *cesiones de uso*. A efectos del IVA, en el primer caso estamos ante «adquisiciones de bienes», y en el segundo ante «prestaciones de servicios». Como el lugar de realización del hecho imponible es distinto en cada una de estas modalidades, según cuál sea la calificación que se adopte, podrán o no someterse al IVA español (35).

1. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Si el consentimiento contractual se forma mediante el concurso entre dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), según destaca el artículo 1262 CC, resulta evidente que estas declaraciones de voluntad tienen que coincidir en un determinado momento para que pueda existir el contrato. En este sentido los contratos de formación instantánea no plantean problemas,

(34) Cfr. OLIVER CUELLO, R., *Tributación del Comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 39 y ss., y «El comercio electrónico: perspectiva tributaria», *Actualidad Informática Aranzadi*, n 33, 1999, págs. 1 y ss.

(35) Cfr. OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 71 y ss. En cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, vid. págs. 83 y ss.

pero sí aquellos de formación sucesiva, como ocurrirá en la mayor parte de los casos en la contratación electrónica. Las razones de aplicar a este supuesto las reglas sobre contratación entre personas ausentes, no es tanto la distancia geográfica que separa a los contratantes, sino el hecho de que no haya intermediación en el intercambio de declaraciones de voluntad (36).

No obstante, se ha señalado que la distinción entre contratos de formación instantánea y formación sucesiva no se debe basar en que exista o no un intervalo entre las declaraciones de voluntad, sino en el intervalo que puede existir entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente (37). Esta postura, se ajusta más al tenor literal del apartado 2.º del artículo 1262 CC, pero como se ha destacado, tal interpretación sólo toma en consideración el lapso de tiempo que hay entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario, y deja fuera los problemas que pueden aparecer cuando dicho intervalo se produzca entre oferta y aceptación (38).

Sobre la base de la práctica inmediatez de los sistemas informáticos en cuanto a la emisión de las declaraciones de voluntad, se ha defendido que la contratación por medios electrónicos no es un supuesto de contratación entre ausentes, sino de contratación entre presentes (39). La cuestión me parece dudosa. Es cierto que la aceptación va a llegar a su destino casi al mismo tiempo en que se ha realizado, teniendo en cuenta la velocidad de transmisión entre ordenadores. Pero para ello es preciso o bien que los ordenadores del oferente y aceptante estén conectados entre sí, o bien que exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que los mensajes que se envíen por medios electrónicos se descarguen inmediatamente en el ordena-

(36) GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, XVII, vol. I.ºB), Edersa, Madrid, 1993, págs. 133.

(37) Cfr. ROGEL VIDE, C; «Momento y lugar de perfección del contrato», *La Ley*, 1982-4, pág. 1256; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código civil», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pág. 400, nota 10.

(38) En este sentido, GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVII, vol. I.ºB), págs. 133-134, quien pone el ejemplo de la oferta emitida por carta en la que, una vez conocida por el aceptante, éste va a presencia del destinatario a emitir su aceptación, pero en dicho intervalo el oferente ha revocado la oferta.

La cuestión difícilmente se podrá plantear en la contratación electrónica, pero sirve para poner de manifiesto que los problemas de contratación sucesiva se plantean en cuanto a ambas declaraciones de voluntad, como tendremos ocasión de analizar más adelante cuando tratemos el criterio que pretende establecer en cuanto al acuse de recibo la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999.

(39) CARRASCOSA-POZO-RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática...*, cit., pág. 31.

dor correspondiente, o bien que la contratación se realice directamente a través de una página *Web*.

En la práctica, sin embargo, puede ocurrir que no exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que mientras no se realice una conexión al mismo los mensajes permanezcan en el buzón del usuario, que sólo conocerá su contenido cuando los descargue en su ordenador. El momento de perfección del contrato electrónico es una de las cuestiones más debatidas y genera gran inseguridad sobre todo para el consumidor, ya que puede dudar si es el momento del envío de la aceptación o el de la recepción de la misma. Tampoco está claro lo que significa la acción de hacer *clic* en el icono de «Aceptar», que puede tener un significado diferente para cada Estado miembro (aceptación de una oferta del prestador del servicio u oferta de contrato del cliente). Una parte puede considerar que el contrato ya se ha celebrado, y la otra, de acuerdo con su legislación, entender que aún no está vinculada por dicho contrato. Aquí lo importante no es la celeridad, sino la seguridad.

En ningún caso puede admitirse que el contrato se perfeccione en momentos distintos para el aceptante y para el proponente. Se plantean entonces los problemas típicos de contratación entre ausentes (40). Como es conocido, en nuestro país no existe una teoría unitaria aplicable a la totalidad de los contratos. El legislador ha optado por establecer dos teorías diferentes según la calificación civil o mercantil del contrato. El artículo 1.262 del CC sigue la teoría del conocimiento de la aceptación por parte del oferente, corregida doctrinal y jurisprudencialmente por la teoría de la recepción, es decir, el contrato se perfecciona, como vimos desde el momento de la llegada de la aceptación al ámbito de acción o círculo de intereses de aquél, sin que sea necesario su conocimiento. El artículo 54 del C. de Com., por el contrario, sigue la teoría del momento de la emisión de la aceptación, entendida por algunos autores como teoría de la expedición, es decir como momento en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad dirigida al oferente (41). Parte de la doctrina mercantilista critica las soluciones del CC y

(40) Doctrinalmente se suelen señalar cuatro criterios para determinar el momento de perfección del contrato: A) *Teoría de la emisión*, de acuerdo con la cual el contrato se perfecciona desde que el destinatario de la oferta emite su declaración de voluntad aceptando. B) *Teoría de la expedición*, que exige no sólo la aceptación, sino que el aceptante se desprenda de su declaración de voluntad dirigiéndosela al oferente para que el contrato se considere perfeccionado. C) *Teoría la cognición*, que sitúa el momento de perfección del contrato en el momento en el que el oferente conoce la declaración de voluntad del aceptante. D) *Teoría de la recepción*, que toma en consideración el momento en que el oferente puede razonablemente conocer la aceptación, es decir, el de la llegada de la aceptación al ámbito de acción o círculo de intereses de aquél, sin que sea necesario su conocimiento.

(41) Cfr., por todos, MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 247 y ss.

del C. de Com. por estar ambas asociadas a un hecho psicológico, y considera que sería más correcto referirse al momento y lugar de recepción de la aceptación (aunque no la conozca el oferente) (42).

Seguir en el caso de la contratación electrónica la teoría de la cognición pura del artículo 1.262 CC puede conducir a resultados no deseados, por lo que parece más lógico entender que el contrato se perfecciona en el momento que la aceptación llega al buzón del oferente, sin necesidad de que éste tenga un conocimiento expreso de la misma (43). Para defender esta postura se pueden utilizar los criterios que plantea el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. También los artículos 18.2 y 23 y 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, se inclina por la teoría de la recepción (44). Igualmente los artículos 1.9 y 2.6 de los Principios UNIDROIT señalan que la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación del asentimiento llega al oferente (45). Finalmente, para los sistemas basados en EDI, el artículo 3.3 del Modelo Europeo de Acuerdo EDI, elaborado en la Comisión de las Comunidades Europeas, establece que los contratos celebrados por esta vía se consideran celebrados en el lugar y momento en que el mensaje EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente.

En la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999 (46), el artículo 11 establece que 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». Ello supone una

(42) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., págs. 421 y ss.

(43) Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S., «Informática y teoría del contrato», en *Encuentros sobre Informática y Derecho. 1996-1997*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 271; VATTIER FUENZALIDA, «En torno a los contratos electrónicos», cit., págs. 84 y ss.

(44) Cfr. PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; págs. 220 y ss.; y DíEZ-PICAZO, en VV.AA., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (coord. por DíEZ-PICAZO), Cívitas, Madrid, 1998, págs. 180 y ss.

(45) Sobre el tema, en relación con las soluciones que ofrece el Derecho español, cfr. PERALES VISCASILLAS, P., «Comentario al Capítulo 2 (Formación) de los Principios de UNIDROIT», en VV.AA., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 117 y ss; y PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., «Comentario al Capítulo 1 (Disposiciones Generales) de los Principios de UNIDROIT», en VV.AA., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, cit., págs. 87 y ss.

(46) Cfr. COM (1999) 427 final, de 17 de agosto de 1999. Este texto presenta importantes modificaciones respecto de la primera Propuesta de Directiva, COO (1998), 586 final, de 18 de noviembre de 1998.

importante novedad que, de llegar a aprobarse como tal Directiva, obligará a una reforma de nuestra legislación nacional. La única excepción en la que cabe acuerdo en contrario sobre el momento de celebración del contrato, es el caso en que éste se realice entre profesionales.

De este precepto se desprende que, una vez emitida la aceptación y recibida ésta por el oferente, para que se entienda celebrado el contrato se precisa que el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación. No hace falta ahora, como en la propuesta inicial de Directiva que el destinatario del servicio confirme a su vez la recepción del acuse de recibo. Se ha mantenido que ello supone dejar en manos del aceptante la existencia del contrato, pues, si le interesara, podría en un momento dado negar el haber recibido el acuse de recibo (47). No creo que esta postura pueda mantenerse. Lo contrario supondría la necesidad de un nuevo acuse de recibo de confirmación por parte del oferente, y así sucesivamente. Precisamente, una de las garantías que debe ofrecer una firma electrónica avanzada en la que ha intervenido un prestador de servicios de certificación reconocido, es precisamente el no-repudio, es decir, que el mensaje una vez recibido no puede ser rechazado.

Por otro lado, la Propuesta de Directiva considera que el acuse de recibo ha sido recibido *cuando el destinatario del servicio pueda tener acceso a él*. Por tanto, entre las teorías de la emisión, expedición, recepción y conocimiento, el legislador comunitario se inclina por la teoría de la *recepción* (aunque en este caso se trate de recepción del acuse de recibo por parte del aceptante). Ello, sin embargo, puede plantear problemas en el caso del comercio directo, en el que el pedido, el pago y la entrega se hacen en línea. No obstante, como reconoce el Considerando 13 de la Propuesta modificada de Directiva, en estos casos es posible considerar que la aceptación puede consistir en realizar un pago en línea y que el acuse de recibo expedido por un prestador de servicio puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.

Por lo que se refiere al plazo para mandar el acuse de recibo, el artículo 11.b) de la Propuesta modificada de Directiva establece que el prestador de servicios deberá *enviarlo lo antes posible*, lo cual genera bastante incertidumbre al aceptante, ya que no se concreta en qué momento puede considerar no realizado el contrato, o hasta qué momento puede razonablemente dar por supuesto que se ha producido un problema en la transmisión. Acaso pudieran utilizarse los mismos principios que, para la aceptación tardía por retraso no imputable al aceptante, inspiran el artículo 21 de la Convención de Viena de

(47) Cfr. MARTÍNEZ NADAL, «Comercio electrónico», cit., pág. 268. Para el sistema EDI mantiene una postura similar ALCOVER GARAU, «La firma electrónica...», cit., págs. 24 y ss

1980 (48). En este sentido podría entenderse que si es reconocible por el aceptante que el acuse de recibo del prestador de servicios fue enviado en tales circunstancias que, si su transmisión hubiera sido normal, hubiera llegado al aceptante en el plazo previsto, el acuse de recibo, a pesar de ser tardío, tendría los efectos de perfeccionar el contrato, salvo que de inmediato y sin demora, el aceptante formulara un rechazo u oposición.

Realmente el oferente es el primer interesado en que el contrato se considere perfeccionado cuanto antes. Pero, además técnicamente, es posible que el sistema se programe para que ciertos mensajes de pedido sean comprobados automáticamente y del mismo modo se remita la confirmación de su recepción. En realidad el sistema que se pretende implantar está inspirado en el EDI, donde la cuestión relativa al acuse de recibo, cuando así se ha establecido por las partes, está ampliamente tratada en el artículo 5 del Modelo Europeo de Acuerdo EDI, cuyo Anexo II prevé el establecimiento de estos sistemas automatizados. El plazo para remitir el acuse de recibo se concreta aquí, salvo que otra cosa se especifique, a un día laborable, lo que supone mayor seguridad para el aceptante, ya que, de acuerdo con el artículo 5.4, éste puede, previa notificación al oferente, considerar no válido el mensaje EDI desde el momento en que expire dicho plazo o iniciar un procedimiento alternativo de recuperación, según se especifica en el Anexo Técnico para garantizar la recepción efectiva del acuse de recibo.

2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

La cuestión relativa al lugar de celebración del contrato electrónico tiene una enorme importancia. Por un lado, porque para resolver las cuestiones que se susciten sobre la conformidad o disconformidad con lo establecido en el acuerdo de voluntades, es preciso determinar cuál va a ser la ley aplicable. Y por otro, porque puede ser necesario en el Derecho interno determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales que pueden entender de la cuestión, por razón del lugar de celebración del contrato. En la contratación informática será frecuente que las partes se sometan expresamente a una legislación y jurisdicción determinada, o que acudan a la institución del arbitraje. No obstante, como veremos seguidamente la nueva LEC incide directamente en la materia, aunque permite la sumisión expresa de las partes siempre que

(48) Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, 1993, pág. 1716, y *La compraventa internacional...*, cit., págs. 196 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., págs. 610 y ss., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., «El contrato de compraventa internacional de mercaderías», en *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 232 y ss.

se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer el asunto de que se trate.

El problema de la determinación del lugar de celebración del contrato tiene importancia en los casos en que la ley aplicable a las obligaciones de las partes dependa del lugar en que se considere celebrado el contrato, como ocurre con el artículo 10.5 del CC. Este apartado permanece en el CC con carácter residual ya que, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, en España, como en los demás países de la UE, hay que atenerse al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 18 de junio de 1980 (49). No obstante, entiendo que es aplicable a los conflictos interregionales que se puedan plantear por remisión del artículo 16.1 CC (50). Ello puede tener importancia dentro del comercio electrónico celebrado dentro del espacio común de vigencia del Derecho español, donde coexisten distintas legislaciones civiles y algunas especialidades autonómicas en materia de protección a consumidores y usuarios (51).

En cuanto al lugar de celebración del contrato, nuestro CC en su artículo 1262 dispone que los contratos se presumen celebrados en el *lugar en que se hizo la oferta*. Así pues, independientemente del criterio que se siga en cuanto al momento en que se produce el acuerdo de voluntades, una vez perfeccionado el contrato, éste se presume celebrado en el lugar donde se realizó la oferta. El precepto es aplicable al comercio electrónico en tanto en cuanto se refiere a los supuestos de aceptación hecha por carta, entre los que deben incluirse por analogía todos los celebrados por personas situadas geográficamente en lugares distintos, ya que es aquí donde se va a plantear el problema de determinar el lugar de celebración del contrato. En materia de contratación electrónica, es posible que los contratantes residan en el mismo lugar, pero en este supuesto sólo se plantean problemas en cuanto al momento en que se debe considerar celebrado el contrato, no en lo relativo al lugar.

(49) En el caso de España, en su modalidad de Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (BOE 19 de julio de 1993). El Convenio de Roma sustituye, pues lo establecido en los artículos 10.5, 10.6 y 11.1 CC en las materias que le son propias, y en el caso del artículo 11.1 sólo en lo referente a los contratos.

(50) La cuestión no es pacífica en la doctrina, ya que también podría entenderse que la remisión se hace a los mismos principios que inspiran los conflictos internacionales, con lo que sería aplicable el Convenio de Roma, lo cual provocaría diversas fricciones en el ámbito interregional. Cfr. por todos, VIRGOS SORIANO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, 1-2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 627 y ss.

(51) Igualmente pueden plantearse problemas de localización de las actividades comerciales en materia tributaria, ya que debe tenerse en cuenta el diferente régimen del País Vasco y Navarra, y la problemática que se puede suscitar en cuanto al régimen de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas. Cfr., ampliamente, OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 23 y ss., 48 y ss., y 77 y ss.

El problema de interpretación que plantea el precepto del Código Civil es el de establecer si la solución que se da sobre el momento de perfección del contrato está directamente ligada a la del lugar de celebración, o si, por el contrario se trata de cuestiones diferentes. Los autores que defienden que momento y lugar de celebración son materias relacionadas entre sí y sometidas por el legislador al mismo criterio, entienden que el lugar de celebración del contrato depende necesariamente del momento en que se considera perfeccionado el contrato. Así en los sistemas regidos por las teorías de la emisión o expedición, el lugar de perfeccionamiento del contrato es aquél en que se ha realizado la aceptación, mientras que si se siguen las teorías del conocimiento o de la recepción el lugar es aquél en que recibe la aceptación el oferente o en el que hizo la oferta (52). La solución, por tanto, es diferente dependiendo de que el contrato sea civil o mercantil.

Otros autores, por el contrario, partiendo del carácter dispositivo del apartado 2º del artículo 1262 CC, entienden que no tiene por qué darse una coincidencia entre el criterio adoptado para el momento de perfección del contrato y el seguido para determinar el lugar en que éste se considera celebrado, de tal manera que la autonomía privada permite fijar un lugar de celebración, haciendo abstracción del momento de perfección del contrato (53). Lo cierto es que, si nada establecen las partes, en la contratación electrónica el contrato se presume celebrado donde se hizo la oferta. Lo mismo ocurrirá si el contrato es mercantil, pues al no ofrecer el Código de Comercio ninguna solución específica a este problema se aplica la regla del CC, por la remisión que a éste hace el artículo 50 del C. de Com. (54).

Acaso sea más acertada esta última interpretación, aunque la solución adoptada por el legislador me parece criticable. Desde la perspectiva de los

(52) Cfr. ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A., «Problemas de la contratación entre personas distantes», *ADC*, 1958, pág. 175, y 170 y ss.; ROGEL VIDE, «Momento y lugar...», cit., págs. 1263 y ss. Este último considera que la regla del apág. 2º del artículo 1262 es excepcional, de modo que los contratos celebrados entre presentes se perfeccionan cuando se emite la declaración de voluntad aceptando. En este caso, pues, lo mismo que en el del artículo 54 C. de Com., el lugar de perfección del contrato sería aquél en que se hizo la aceptación.

(53) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección...», cit., págs. 418 y ss.; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVII, vol. 1º.B), págs. 141 y ss.

(54) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección...», cit., págs. 419, nota 68. A pesar de partir de postulados diferentes, el mismo criterio sostienen ROVIRA MOLA y PALOMAR BARÓ «Problemas de la contratación...», cit. pág. 176, aunque consideran que la solución del Código de Comercio es ilógica por seguir la teoría de la emisión, ya que estos autores defienden, como vimos, que momento y lugar de celebración son materias relacionadas entre sí.

En contra, siguiendo fielmente los principios de los que parte, ROGEL VIDE, «Momento y lugar...», cit., págs. 1263 y 1269, considera que los contratos mercantiles se consideran celebrados en el lugar donde se emitió la aceptación.

consumidores y usuarios el criterio adecuado debería ser el de considerar como lugar de perfección del contrato el del domicilio del consumidor, sobre todo teniendo en cuenta que el lugar de celebración del contrato en el derecho interno puede ser determinante para establecer la competencia de los Tribunales encargados de resolver los litigios que se planteen (55).

En la contratación electrónica, pues, todo va a depender de dónde se encuentre ubicado el ordenador oferente, aunque es previsible que las grandes empresas centralicen sus operaciones en un único lugar, independientemente del número de sucursales que tengan. Ello puede plantear problemas cuando se contrata con una sucursal, dado que es dudoso si el lugar a tener en cuenta es aquel donde radique la sucursal, aunque esté subordinada económicamente al establecimiento principal, o si es el lugar donde se encuentra la sede principal o donde está ubicada la central informática, considerando las sucursales como meros enlaces informáticos. Como se ha señalado, la solución más lógica es considerar que el contrato se ha celebrado en el lugar donde está la sede social, entendiendo que en las empresas informatizadas las sucursales se ven reducidas a simples cauces de información (56).

Sin embargo, siempre podemos encontrarnos con el problema de ubicar espacialmente una página *Web*, dado que los nombres de dominio que poseen los proveedores de Internet, no se corresponden necesariamente con una ubicación física conocida. El problema también aparece mirando la cuestión desde la perspectiva de la otra parte contratante, es decir, el adquirente de bienes y servicios, ya que puede realizar la operación desde cualquier ordenador conectado a la red.

3. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

Cuando el contrato electrónico tiene carácter internacional, la perspectiva es diferente. Aparte de los numerosos problemas que el comercio electrónico internacional plantea desde la óptica tributaria (57), desde el punto de vista jurídico privado hay que atenerse al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable por los jueces de los Estados miembros de la UE para determinar la ley material aplicable a los contratos internacionales, con indepen-

(55) En cualquier caso, como veremos, la nueva LEC abandona el criterio del artículo 62.1 de la LEC de 1881, ya que no se refiere a los juicios en que se ejerciten acciones personales.

(56) Cfr. CARRASCOSA-POZO-RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática...*, cit. págs. 29 y ss.

(57) Cfr. OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 26 y ss.; y AGULLÓ AGÜERO, A. «El marco internacional de la fiscalidad del comercio electrónico», *Actualidad Informática Aranzadi*, n 33, 1999, págs. 1 y ss.

dencia del domicilio o residencia de las partes, de su nacionalidad y de que dicha ley sea la de un Estado no miembro de la UE.

En el caso de los contratos internacionales celebrados por consumidores, el artículo 5 establece con carácter principal que el contrato estará sometido a la ley elegida por las partes, siempre que esa elección no vulnere las disposiciones imperativas del Estado de la residencia habitual del consumidor (58) y que se trate de alguno de los supuestos que taxativamente enumera el apartado 2.º de dicho precepto. Subsidiariamente, a falta de elección de las partes, los contratos a que se refiere el artículo 4 estarán sometidos a la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor. Así, en caso de un contrato electrónico celebrado por una empresa alemana con un consumidor con residencia en España, la ley material aplicable, a falta de elección por las partes del Derecho aplicable, será la ley española. De acuerdo con el artículo 10 del Convenio, dicha ley regirá todo lo relativo a la interpretación del contrato, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones (incluida la valoración del daño), los diversos modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad del contrato. Por otro lado, en cuanto a las modalidades de cumplimiento y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de cumplimiento defectuoso, se tiene en cuenta la ley material del país donde tenga lugar el cumplimiento.

Del mismo modo, si el contrato electrónico es celebrado entre un consumidor con residencia en Francia y un empresario establecido en España, el juez español debe aplicar la ley material francesa. Igualmente, teniendo en cuenta el carácter universal del Convenio de Roma que expresamente recoge su artículo 2, conforme al cual la ley designada por dicho Convenio *se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante*, si el contrato electrónico se celebra entre un consumidor con residencia en EE.UU. y un empresario con establecimiento en España, el juez español aplicará, a falta de elección de las partes, la ley material estadounidense.

No obstante, es necesario destacar que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo protege a los consumidores pasivos, es decir, captados en su mercado doméstico por un empresario extranjero, como ocurrirá en los casos en que el empresario se dirija al consumidor por correo electrónico o en aquellos en que la *web* del empresario ofrezca directamente al público sus productos o servicios y permita al consumidor manifestar su consentimiento contractual. El consumidor activo, que se dirige o actúa en un mercado extranjero para ad-

(58) La Disposición Adicional 1.^a, III, 28 de la LGDCU, establece, con carácter imperativo, como abusiva la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

quirir bienes y servicios no puede esperar que le proteja su ley nacional, de modo que habrá que aplicar las reglas de conflicto de los artículos 3 y 4 que, a falta de elección, acuden al criterio de la ley del país del vendedor o suministrador (59).

Lo que no son deseables son los problemas de *interacción* entre las normas de conflicto contenidas en las Directivas comunitarias y el Convenio de Roma. Cuando se celebra un contrato electrónico, como veremos seguidamente, son aplicables las disposiciones sobre contratación a distancia. El artículo 12.2 de la Directiva 97/7/CE sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia (60), establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros». La prioridad del Derecho comunitario sobre el Convenio de Roma se reconoce expresamente en el artículo 20 de este último, pero parece suficiente la protección que a los consumidores otorga el artículo 5. No es deseable que se dicten normas específicas de protección a los consumidores en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, porque la existencia de dos sistemas conflictuales con distinto ámbito de aplicación puede provocar problemas de interacción entre las normas de conflicto contenidas en las Directivas comunitarias y el Convenio de Roma (61).

(59) Sobre esta distinción entre consumidores activos y pasivos, cfr. VIRGOS SORIANO, *Comentario...*, cit. 1.2º, págs. 671 y ss. Vid. además, MARÍN LÓPEZ, A. «La protección de la parte débil en la contratación internacional», *Act. Civ.*, 1999-2, XXX, pp. 499 y ss.

(60) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia, *DO*, L 144, de 4 de junio de 1997, págs. 19 y ss.

(61) En todo caso, este parece ser el rumbo que ha adoptado el legislador comunitario. Así, se desprende de lo previsto, entre otros, en el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores (*DO*, L 95, de 21 de abril de 1993); artículo 9 de la Directiva 1994/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre derecho de utilización de inmuebles por tiempo compartido (*DO*, L 280, de 29 de octubre de 1994; artículo 7.2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*DO*, L 171, de 7 de julio de 1999). También se recoge el mismo criterio en el artículo 11.3 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999 (COM 1999, 385 final, pág. 27).

Sobre estos problemas de interacción, cfr. LAGARDE, P. «Les limites objectives de la Convention de Rome (Conflits de lois, primauté du Droit Communautaire, rapports avec les autres Conventions)», *RDIPP*, 1993, págs. 37 y ss.; JAYME, E., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le Droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, pp. 17 y ss.

4. REGLAS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA JUDICIAL

En cuanto a los tribunales competentes para atender de los litigios que se susciten entre proveedores y consumidores, el nuevo texto de la LEC incorpora al respecto algunas novedades. Los artículos 50 y 51, regulan una serie de disposiciones comunes sobre el fuero general de las personas físicas, incluidos los empresarios y profesionales, y de las personas jurídicas, que son normas dispositivas a tenor de lo que establecen los artículos 54 y 55. No obstante, el artículo 54.2 establece que no será válida la cláusula de sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Ello está en consonancia con lo previsto en la Disposición Adicional 1.^a, III, 27 de la LGDCU, que lo considera como cláusula abusiva.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 54.1 establece el carácter imperativo de lo previsto en el artículo 52.2, conforme al cual, en lo litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de una oferta pública, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta respectivamente (62).

Desde la perspectiva del comercio electrónico internacional, el artículo 36.1 de la nueva LEC determina que la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte (63). En este sentido, debe tenerse en cuenta el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia

(62) Para el contrato de seguro reitera el mismo criterio el artículo 24 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro. El nuevo precepto de la LEC, coincide básicamente con el artículo 22.4.º LOPJ.

(63) El artículo 21.1 LOPJ establece que los Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a los establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

En cuanto al ámbito territorial de las normas procesales civiles españolas, el artículo 3 de la nueva LEC establece que los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por éstas, salvo lo que puedan prever los Tratados y Convenios Internacionales. Debe tenerse en cuenta además lo previsto en el artículo 66 sobre recursos en materia de competencia internacional, así como otros aspectos que se contemplan en los arts 177, 323, 523, Disposición Derogatoria Única, 1-3.^a (que mantiene la vigencia de los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, sobre eficacia de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo futuro prevé la Disposición Final Vigésima de la nueva LEC).

civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (64), aplicable a los Estados miembros de la UE para determinar la competencia judicial internacional de sus Tribunales, siempre que el demandado (consumidor o empresario) tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro de la UE.

Los artículos 13 a 15 regulan las cuestiones de competencia en materia de contratos celebrados por consumidores. Si el consumidor o usuario es el demandante, podrá interponer su demanda, o bien ante los Tribunales del Estado contratante de su propio domicilio, o ante los Tribunales del Estado contratante donde tuviera su domicilio el empresario demandado. Por el contrario, si el demandante es el empresario, únicamente podrá plantear la demanda ante los Tribunales del estado contratante del domicilio del consumidor demandado. De esta manera, si el consumidor está domiciliado en España, y el empresario en otro Estado contratante, aquél podrá dirigir su demanda ante los Tribunales españoles o ante los Tribunales del Estado donde tenga su domicilio el empresario, mientras que para las demandas que éste interponga contra el consumidor, sólo serán competentes los Tribunales españoles.

No obstante el artículo 15 del Convenio de Bruselas permite la celebración de pactos de atribución de jurisdicción entre las partes, siempre que se trate de pactos o acuerdos que, o bien sean posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al consumidor formular demandas ante Tribunales distintos a los indicados en los artículos 13 y 14, o que habiéndose celebrado entre un consumidor y un empresario domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado contratante en el momento de celebración del contrato, atribuyeren competencia a los Tribunales de dicho Estado, salvo que la Ley de éste prohíba tales acuerdos. Además de ello, si el empresario que contrata con el consumidor no está domiciliado en un Estado contratante, aquél podrá plantear la demanda ante los Tribunales españoles; pero si el empresario posee una agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, lo podrá demandar ante los Tribunales de este último, pues se considera que para todos los litigios relativos a su explotación, está domiciliado en dicho Estado. En ningún caso el Convenio de Bruselas determina la competencia de los Tribunales de un Estado no contratante.

Finalmente en materia de contratación electrónica internacional puede ser aplicable también el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. Este Convenio, ratificado por España, donde entró en vigor el 1 de noviembre de 1994, está celebrado entre los

(64) He utilizado la versión codificada del Convenio publicada en el *DOCE*, C 27, de 26 de enero de 1998, que integra en un solo texto las modificaciones a la versión inicial del Convenio de Bruselas.

Estados miembros de la UE y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio (65), se basa en los mismos principio del Convenio de Bruselas, muchos de cuyos preceptos reproduce. Sus artículos 13 a 15 determinan la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores. Se aplican si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la AELC. Si estamos ante un consumidor español que contrata con un empresario domiciliado en un Estado miembro de la AELC, cuando el consumidor es el demandado se aplica el Convenio de Bruselas (art. 54 ter del Convenio de Lugano), mientras que si el demandado es el empresario se aplica el Convenio de Lugano, con las mismas posibilidades ya reseñadas para el Convenio de Bruselas (66).

Para el futuro habrá que tener en cuenta, que existe una Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En este sentido es de destacar que el artículo 15 de la Propuesta de Reglamento extiende los mismos criterios del artículo 13 del Convenio de Bruselas a todo tipo de contratos que se refieran a bienes o servicios celebrados con consumidores, por lo que se deben incluir los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido y los contratos de viajes combinados. En este punto el artículo 15.3 de la Propuesta de Reglamento supone una innovación importante cuando se refiere a todos los «casos en que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades».

Con ello, se pretende subsanar el problema que plantea la aplicación del artículo 13.3 del Convenio de Bruselas cuando el consumidor no ha realizado en su Estado los actos propios para la celebración del contrato, impidiéndole invocar la competencia protectora (67). Pero además, se pretende desarrollar

(65) La conocida como AELC está formada por Islandia, Licchtenstein, Noruega y Suiza.

(66) Cfr. COM (1999) 348 final, de 14 de julio de 1999. Dicho Reglamento pretende uniformar las reglas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, y entronca con el Convenio de Bruselas, recogiendo los resultados de las negociaciones del grupo ad hoc «Revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano». Sobre tales negociaciones, vid. BORRAS RODRÍGUEZ (ed.) *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española* (Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo e 1997), M. Pons, Barcelona, 1998; y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y RODRÍGUEZ BEROT, A., «La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura», *REDI*, 1998, págs. 35 y ss.

(67) Por ejemplo, porque a iniciativa del cocontratante se ha visto incitado a dejar el Estado de su domicilio para celebrar el contrato.

el comercio electrónico, ya que ello juega un importante papel con relación a los contratos celebrados a través de un sitio de Internet interactivo. En este caso, el lugar donde el consumidor realiza estas gestiones puede ser difícil o imposible de determinar, considerándose que las mismas carecen de pertinencia para la creación del vínculo entre el contrato y el Estado del consumidor. Como se destaca en la Exposición de Motivos, «esta noción de actividad en el, o dirigida al, Estado del domicilio del consumidor tiene como finalidad dejar claro que el punto 3 se aplica al contrato de consumo celebrado en un sitio de Internet interactivo accesible en el Estado del domicilio del consumidor», sin que baste el mero hecho de que el consumidor haya tenido conocimiento de la posibilidad de comprar un artículo a través de un sitio Internet pasivo para poder invocar la competencia protectora. «De modo que el contrato electrónico se asimila a los restantes contratos a distancia, celebrados por teléfono, fax, etc., que dan derecho a la competencia del artículo 16» (68).

El artículo 16, por otra parte aumenta considerablemente la protección del consumidor, respecto a lo que establecen los Convenios de Bruselas y Lugano, ya que en caso de litigio puede optar entre plantear la demanda en el Estado miembro del domicilio del cocontratante, o ante el tribunal de su domicilio, y no del Estado miembro en que esté situado su domicilio, lo que se justifica por el deseo de que el consumidor pueda perseguir al cocontratante lo más cerca posible de su domicilio. Ello puede ser problemático para las empresas activas que se dediquen al comercio electrónico, ya que el concepto de «dirigir tales actividades» a que se refiere el artículo 15 es difícil de encajar desde la perspectiva de Internet, de modo que tales empresas, o bien aceptan la posibilidad de tener litigios en todos los estados miembros, o bien deben precisar que sus productos o servicios sólo se destinan a consumidores domiciliados en determinados países (69).

5. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Para el comercio electrónico, especialmente el transfronterizo, la solución judicial de los conflictos y litigios que se puedan plantear, generalmente no van a resultar muy eficaces ni van a satisfacer a las partes, tanto a los vendedores o suministradores de servicios, como a los consumidores o usuarios

(68) Cfr. COM (1999) 348 final, pág. 16.

(69) Cfr. Exposición de Motivos, COM (1999) 348 final, pág. 17, donde se destaca que ello supone una excepción a la regla según la cual la Propuesta de Reglamento sólo se refiere a la competencia internacional, y no a la competencia interna de los Estados miembros.

(a éstos especialmente). Desde este punto de vista, los comportamientos ilícitos en Internet producen perjuicios que se caracterizan por su rapidez y por su amplitud geográfica, lo que hace necesario medios de actuación más rápidos y eficaces. Por otro lado, como se afirma en el Resumen de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, en el mercado interior, además de los litigios entre profesionales, los problemas relativos a Internet pueden incluir pequeños litigios relativos a importes reducidos (micropagos) o litigios entre particulares que hayan utilizado un servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, anuncios breves) que no justifican el recurso a actuaciones judiciales gravosas (70).

A este respecto el artículo 18 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, establece que «los Estados miembros velarán por que las actividades de servicios de la sociedad de la información puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces que permitan adoptar, en el plazo más breve posible y por procedimiento sumario, medidas dirigidas a solucionar la transgresión alegada y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados» (71). Con la nueva LEC, podría utilizarse el procedimiento para la adopción de medidas cautelares, de los artículos 721 y ss., que si bien es verdad que no están pensadas para el comercio electrónico, lo cierto es que el artículo 727, al enumerar las medidas cautelares que se pueden acordar, se refiere genéricamente en su número 11 a «otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio».

Por otro lado, aparte de las soluciones que se adopten para resolver los conflictos a nivel estatal, desde la óptica del comercio electrónico internacional hace falta una evidente cooperación entre los Estados. A ella se refiere el artículo 177 de la nueva LEC, de acuerdo con los Tratados internacionales en que España sea parte, aunque habrá que esperar a las soluciones que se tomen en la futura Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil que se anuncia en la Disposición Final Vigésima de la LEC.

En cualquier caso, creo que en el futuro la solución debe venir de la mano de mecanismos de solución extrajudicial de litigios, utilizando incluso las vías electrónicas adecuadas. En este sentido el artículo 17 de la Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, exige que los Estados miembros velen por que los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo respeten el ordenamiento jurídico comunitario y apliquen los principios de independencia, transparencia, contra-

(70) Cfr. COM (1998) 586 final, de 18 de noviembre de 1998, pág. 13.

(71) Cfr. COM (1999) 427 final, de 17 de agosto de 1999, pág. 30.

dicción, eficacia del procedimiento, legalidad de la decisión, libertad de las partes y representación (72).

Por otra parte, para fomentar la confianza de los consumidores en las nuevas técnicas comerciales, los organismos comunitarios están potenciando la creación de códigos de conducta aplicables a los profesionales, en el sentido recogido en la Recomendación 92/295/CEE, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (73). Así, el artículo 16 de la mencionada Propuesta de Directiva, fomenta la elaboración de estos códigos de conducta, a los que se pueda acceder por vía electrónica, a fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15. En este sentido, puede ser determinante para provocar dicha confianza, el cumplimiento por los operadores de servicios de la obligación que les impone el artículo 5 en cuanto al deber de facilitar el acceso de forma directa y permanente de una serie de datos. Entre éstos figuran la identificación del prestador de servicios, incluida la dirección en que está establecido y, en su caso, su inscripción en un Registro Mercantil, que pueden ser para determinar el lugar del establecimiento de un servicio en línea, eliminando las dudas que pudieran surgir sobre si dicho lugar es el del servidor que alberga un sitio, o si se trata de un simple buzón electrónico, etc.

IV. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL

No existe en Derecho español una norma que de modo general regule el comercio electrónico celebrado con consumidores. Sin embargo, sí que encontramos una serie de disposiciones que pueden ser aplicables, aunque sea de un modo parcial, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos electrónicos que se realizan son contratos con condiciones generales. Así, debemos tomar en consideración la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 38 a 48, que regula las ventas a distancia), la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.3 de la anterior.

(72) La Comisión publicó el 14 de febrero de 1996 un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, incluyendo una serie de iniciativas para promover procedimientos extrajudiciales. Igualmente debe tenerse en cuenta la Resolución 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de consumo (DO, L 115, de 17 de abril de 1998, págs. 31 y ss.)

(73) Cfr. DO, L 156, de 16 de junio de 1992, págs. 21 y ss.

Que los contratos electrónicos, en su modalidad de venta, se pueden considerar como ventas a distancia es algo indudable. En este sentido, ya no es sólo que el artículo 38 de la LOCM las defina como aquéllas que se celebran sin la presencia física simultánea del comprador y vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza, sino además, que la Directiva 91/119/CEE sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia (74), en cuanto a las técnicas de comunicación que se consideran incluidas, se remite con carácter indicativo al Anexo I, donde figura expresamente el *correo electrónico*. La Disposición Adicional Primera de la LOCM dispone asimismo que los artículos 38 a 42 son igualmente de aplicación a los contratos, negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, salvo los referentes a seguros, créditos y servicios de inversión. El problema que se plantea es que la LOCM es de fecha anterior a la Directiva 97/7, de manera que el legislador español sólo tuvo en cuenta la inicial Propuesta de Directiva sobre contratos a distancia, de 20 de mayo de 1992, y no las modificaciones posteriores que se fueron introduciendo en dicho texto hasta llegar al definitivo (el legislador español deberá acomodar su legislación a la Directiva 97/7, antes del 4 de junio de 2000).

1. PARTES INTERVINIENTES Y TÉCNICAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La Directiva 97/7 se refiere de un modo claro a los contratos que los proveedores celebren con consumidores en sentido jurídico, del mismo modo que la LOCM se refiere a los que celebren vendedores o prestadores de servicios, como profesionales, con compradores o receptores de tales servicios como destinatarios finales. Ciertamente, como se ha defendido, la LOCM no tiene como objetivo principal la tutela de los consumidores tal como se desprende de su artículo 1.2, sino que alude sólo a los destinatarios finales de los bienes y servicios, sin remitirse a los consumidores en el sentido de la LGDCU, de manera que sería posible mantener la aplicación de los artículos 38 a 48 de la LOCM a toda venta a distancia, aunque los destinatarios finales de los bienes o servicios no fueran consumidores en sentido estricto. No obstante para ellos no tendría aplicación lo previsto en el artículo 48 sobre irrenunciabilidad de los derechos poncedidos en esta ley, que se aplica sólo a consumidores (75).

(74) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia, DO, L 144, de 4 de junio de 1997, págs. 19 y ss.

(75) Cfr. BOTANA GARCÍA, G.A., «Contratos a distancia», en *Curso de Protección Jurídica de los Consumidores*, cit., págs. 230-231.

Los artículos 39 y 40 de la LOCM y, de un modo menos claro, los artículos 4 y 5 de la Directiva 97/7 parecen partir de la idea de que la iniciativa de la contratación la toma el proveedor, de ahí que se regulen minuciosamente los requisitos que debe contener toda propuesta de contratación, en cuanto a la identidad del proveedor, precio, condiciones de pago, gastos de entrega, plazo de validez de la oferta, derechos del adquirente, en especial, el de desistimiento (sobre el que nos detendremos más adelante), etc.

Ello plantea el problema de las técnicas utilizadas en la contratación electrónica a distancia y las posibles restricciones que se pueden imponer. El artículo 39.3 LOCM se limita a decir que se debe dar a las personas la oportunidad de oponerse a recibir comunicaciones comerciales, observándose la legislación sobre protección de datos, debiendo entenderse ahora que la remisión está realizada a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. El artículo 10 de la Directiva 97/7 es mucho más explícito, ya que establece la necesidad del consentimiento previo del consumidor sólo para los casos en que el proveedor utilice sistemas de llamada automática o telefax. Para los demás sistemas, cuando permitan una comunicación individual, como puede suceder con una propuesta no solicitada hecha por correo electrónico, únicamente se prevé que los Estados velarán por que dichas técnicas sólo puedan ser utilizadas a falta de oposición manifiesta del consumidor.

El envío por correo electrónico de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar molesto para los consumidores, pero la Ley española sólo contempla un sistema de *listas negativas* o de derecho a oponerse, frente al de *listas positivas*, en las que es preciso el consentimiento previo del consumidor, como se desprende de su artículo 6 (76). De modo que las listas de correo electrónico a las que se pueda acceder por Internet se consideran datos libres, pues son accesibles de modo permanente y están a disponibilidad de cualquiera sin necesidad de acreditar un interés legítimo.

(76) Aunque en la definición de fuentes accesibles al público que hace el artículo 3.j) no se incluya una expresa referencia a las direcciones de correo electrónico, parece que el criterio a aplicar debe ser el mismo, ya que en un E-mail no constan necesariamente datos personales del usuario. Cfr. LEGUINA VILLA, J., en, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 688 y ss, aunque refiriéndose a la ley derogada. El concepto de fuentes accesibles al público va a ser no obstante objeto de debate, porque parece que la Ley establece una enumeración tasada. Cfr. DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., «Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 34, 2000, pág. 5 y nota 7; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., «La nueva Ley de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades», *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 34, 2000, págs. 2 y ss.

La cuestión es objeto de debate en los organismos comunitarios y de hecho se ha intentando en más de una ocasión que el correo electrónico se incluya dentro de las técnicas comerciales que exigen el consentimiento previo del consumidor (77). La Propuesta modificada de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior de 17 de agosto de 1999, exige que las comunicaciones comerciales no solicitadas hechas por e-mail deben estar identificadas como tales de forma clara e inequívoca y prevé que los Estados miembros adopten medidas para garantizar que los prestadores de servicios que utilicen tales técnicas consulten regularmente y respeten las listas de exclusión voluntaria («opt-out»), en las que se pueden inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales. Es decir se inclina por el sistema de las listas negativas (78). Diferente es el criterio que se utiliza en la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores de 23 de julio de 1999, cuyo artículo 10 deja en libertad a los Estados miembros para establecer una sistema de listas negativas o positivas. Así, se establece que, salvo en el caso de las llamadas automáticas y el telefax, las demás técnicas de comunicación a distancia «a) no se autoricen si no se ha obtenido el consentimiento previo de los consumidores afectados, o b) solamente puedan utilizarse en caso de que no exista una oposición manifiesta del consumidor (79).

Por otro lado, por lo que se refiere a las técnicas de publicidad y marketing que se empleen en Internet, es preciso eliminar toda la incertidumbre que puede generar el hecho de tener una *web* abierta, o el establecer un vínculo de hipertexto o utilizar un nombre de dominio, en cuanto a si constituyen o no una comunicación comercial o una oferta a persona incierta (80). A este respecto por comunicación comercial debe entenderse toda forma de comuni-

(77) En concreto, cuando se discutió en el Parlamento la Propuesta de Directiva sobre contratos a distancia. Así se desprende de la enmienda 16, de la Primera Lectura (cfr. *DO*, C 176, de 28 de junio de 1993, págs. 85 y ss.).

(78) Cfr. COM (1999), 427 final, págs. 7, 14 y 24.

(79) Cfr. COM (1999) 385 final, de 23 de julio de 1999, pág. 27. No obstante la enmienda 52 intentó que el correo electrónico y la llamada personal por teléfono se incluyeran directamente dentro de los medios de comunicación que precisan consentimiento previo del consumidor. Cfr. pág. 10.

En cualquier caso se prevén sanciones para los proveedores por incumplimiento de estas disposiciones e incluso se ofrece la posibilidad de que los Estados concedan al consumidor el derecho a resolver el contrato, en todo momento, sin gastos y sin penalización. Que el consumidor pueda *sine die* resolver el contrato que llegue a celebrar por el hecho de que el proveedor vulnere el sistema de listas positivas o negativas que cada Estado llegue a adoptar, me parece personalmente un disparate, y más tratándose del caso de los servicios financieros a distancia de que trata la Propuesta de Directiva.

(80) Todo ello aparte de los problemas que pueden plantearse en cuanto a las normas nacionales sobre competencia desleal y sobre publicidad de determinadas profesiones.

cación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes o servicios. El artículo 6 de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico exige que se puedan identificar claramente como tales, que se identifique la persona física o jurídica que la realiza y, en su caso, cuando estén autorizadas por el Estado miembro donde el prestador esté establecido, que se puedan identificar con claridad las ofertas, concursos o juegos de promoción, y las condiciones para beneficiarse o participar en ellos.

2. EL CONTRATO ELECTRÓNICO CON CONDICIONES GENERALES

Como ya señalé, una gran parte del comercio electrónico tiene lugar mediante condiciones generales de la contratación, de modo que el proveedor impone al consumidor total o parcialmente un contenido contractual redactado previamente (81). Aparte de otros preceptos que puedan ser aplicables de la LGDCU (especialmente sus artículos 8 y 11) el más problemático desde la perspectiva de las reglas de control del consentimiento es el artículo 10, que regula los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para que pasen a formar parte de un contrato concreto. Este artículo 10.1.a) establece con carácter general que las condiciones generales se recojan en el documento contractual en que consta el consentimiento del adherente; pero permite también su incorporación al contrato a través de una referencia en las mismas en éste, siempre que se facilite al consumidor un ejemplar del texto de las condiciones generales con carácter previo o simultáneo a la celebración del mismo. El término «facilitar» no debe interpretarse como entrega material por escrito (82), lo cual restaría toda virtualidad práctica al comercio electrónico, sino como puesta a disposición, siempre que se permita un acceso a las mismas por medios electrónicos de forma razonable. Bastaría, por tanto, con que a través de un «enlace» el consumidor pudiera acceder al texto de las condiciones generales. Para el caso de remisión por parte del proveedor vía correo electrónico, las condiciones pueden incorporarse al mensaje o incluirse en un archivo adjunto, siempre que tenga un formato conocido por la generalidad de usuarios en atención a su amplia difusión.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que incorpora la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 (esta ley afecta a todo tipo de contratos que contengan condiciones generales, excepto los excluidos expresamente). El

(81) Desde la perspectiva del Derecho Internacional, resultan especialmente interesantes las consideraciones de ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992.

(82) Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 203 y ss.

artículo 5.1 dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes, debiendo el contrato hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, sin que se pueda entender que ha habido aceptación de la incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no se le haya *facilitado* un ejemplar de las mismas. El término facilitar debe interpretarse en el sentido ya señalado. Además, los supuestos de contratación electrónica y telefónica se regulan expresamente en el artículo 5.3, conforme al cual 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, enviándose inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. Desde luego el envío de justificación escrita puede tener sentido en la contratación telefónica, pero no tiene razón de ser en la contratación electrónica, donde debe bastar una puesta a disposición de las condiciones generales, o el acceso a las mismas en soporte duradero.

La cuestión ha sido abordada por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.3 de la LCGC. En los artículos 2 y 3 del Real Decreto, la información del contenido de las condiciones generales de la contratación se prevé en un doble momento, anterior y posterior a la celebración del contrato, en concordancia con lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia. Como ya destaqué, existe un deber de información previa de todas las cláusulas del contrato y de remitir el texto completo de las condiciones generales de la contratación, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada. Celebrado el contrato, el predisponente debe enviar inmediatamente al adherente, a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación por escrito o en soporte duradero, de la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Por soporte duradero, entiende el artículo 3.3 de Real Decreto cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento. En particular, tienen esta consideración los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes de correo electrónico.

Al hacerse depender del cumplimiento de estas obligaciones, la posibilidad de ejercicio por parte del consumidor de un derecho de desistimiento, la carga de la prueba de la observancia de las mismas se hace recaer en el artículo 5 sobre el proveedor (83). A estos efectos se contempla cualquier

(83) El artículo 11.3.a) de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia establece que los Estados *pueden* establecer que la carga de la prueba recaiga sobre el proveedor en

medio de prueba admitido en derecho, y en particular los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión o recepción. Lógicamente, como ya he indicado, en los casos de contratación electrónica la prueba tiene que ser necesariamente a través de la denominada firma electrónica avanzada. Debe además tenerse en cuenta que, conforme a la Disposición Adicional 1.^a, IV, 19 de la LGDCU, se considera abusiva la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en los que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. EL DEBER DE INFORMACIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Si hay una constante en toda la normativa comunitaria y en la legislación española de protección a los consumidores, es precisamente la del deber de información. Existe un deber precontractual de información que genera responsabilidades para el proveedor (84). Dicho deber viene contemplado de modo general para los consumidores en el artículo 13 LGDCU, exigiendo que dicha información sea *veraz, eficaz y suficiente*. Con carácter previo a la celebración del contrato, resulta claramente aplicable también su artículo 8 en todos aquellos casos en que toma la iniciativa el proveedor, si bien no voy a entrar en la problemática del carácter vinculante de la información suministrada, ampliamente tratada por la doctrina. Por otra parte, existen varias disposiciones concretas que imponen a los empresarios, en el momento de llevar a cabo la oferta de contrato o cuando emiten publicidad sobre los productos y servicios que ofrecen, el deber de suministrar a la otra parte contratante cierta información, en ocasiones muy exhaustiva. Igualmente, en el mismo momento de celebración del contrato o tras celebrarse el mismo, el legislador prevé varios supuestos en que se deben incluir en el contrato determinadas informaciones, muchas veces casi idénticas a las que se deben hacer en la oferta contractual (85).

cuanto a la existencia de una información previa, una confirmación por escrito, el cumplimiento de los plazos que se prevén y el propio consentimiento del consumidor. Por el contrario la Propuesta modificada de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999, impone esta carga de la prueba al proveedor con carácter obligatorio. Cfr. COM (1999) 385 final, pág. 28.

(84) Por todos, GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991; y GÓMEZ CALLE, E., *LOS deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

(85) Así, artículos 3 y ss. de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, del Contrato de Seguro; artículo 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles; artículos 3 y 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio

En la normativa aplicable al comercio electrónico existe igualmente un deber de información previa a la celebración del contrato y un deber de información coetáneo o, en su caso, posterior a la conclusión del mismo. El deber de información previa viene contemplado en los artículos 39 y 40 LOCM, que en este punto deberán adaptarse a lo previsto en el artículo 4 de la Directiva 97/7, entre otras cuestiones en cuanto a la necesidad de informar sobre la existencia de un derecho de desistimiento. Por lo que se refiere a los deberes de información en el momento de ejecución del contrato, la cuestión viene recogida en el artículo 47 LOCM, que difiere notablemente del artículo 5 de la Directiva mencionada, a la que deberá acomodarse, en especial en cuanto a la información sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento, y, de un modo particular, en lo referente a las consecuencias del incumplimiento de estos deberes, sobre lo cual la LOCM guarda un absoluto silencio.

De alguna manera esta omisión se ha venido a paliar con el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica y electrónica, pero sólo cuando se realiza con condiciones generales. El problema es que este Decreto recoge las previsiones de la Directiva 97/7, pero contradice, en algunos puntos abiertamente, la regulación de las ventas a distancia de la LOCM que también son aplicables, por lo que se vulnera el principio de jerarquía normativa. Cuando la contratación electrónica contiene condiciones generales, el artículo 2 del Real Decreto exige que, previamente a la celebración del contrato, y con una antelación de tres días como mínimo, el predisponente facilite al adherente de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato, remitiéndole el texto completo de las mismas por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

Una vez celebrado el contrato en consonancia con lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el artículo 3 del Decreto exige que el predisponente envíe al adherente con carácter inmediato, y a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de ejecución del contrato, justificación relativa a la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma. Lo lógico es que se utilice el mismo medio de comunicación a distancia, aunque el Decreto, pensando más bien en la contratación telefónica, exige que la justificación sea por escrito o, a propuesta del adherente, en cualquier otro soporte duradero

reguladora de los Viajes Combinados; artículos 6, 16 y 17 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo; artículos 8 y 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias; artículos 7 y 13 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

adecuado al medio de comunicación empleado. De esta manera, resulta que el predisponente tiene que indicar en la información previa a que se refiere el artículo 2 los tipos de soportes entre los que puede elegir el adherente, como medio de justificación de la contratación efectuada.

No creo que en la contratación electrónica el soporte papel pueda añadir ninguna ventaja añadida al consumidor, de modo que lo lógico es que éste prefiera el mismo medio electrónico empleado para el deber de información previa, si lo que se persigue es la rapidez de la transacción, una vez asegurada la fiabilidad de las técnicas implantadas por el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. No obstante la cuestión tiene su importancia a la hora de ejercer los derechos de desistimiento o resolución, cuyo plazo depende en ocasiones del momento en que el adherente recibe la correspondiente confirmación documental. El único caso en que no es preciso el envío de confirmación documental de la contratación efectuada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Real Decreto 1906/1999, es el de los contratos de prestación de servicios de tracto único que se ejecutan mediante técnicas de comunicación a distancia, cuya facturación sea efectuada por un operador tales técnicas de comunicación, es decir, en los supuestos de comercio electrónico directo. Aunque en este supuesto es obligatorio informar al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones, especificando por separado el coste de la comunicación y del servicio.

A partir de aquí empiezan ya los problemas de acomodación entre la LOCM y el Real Decreto 1906/1999, fruto del desarrollo que éste hace de la Directiva 97/7, que no pudo tener en cuenta la LOCM por ser de fecha anterior. Por otro lado la cuestión se complica aún más cuando se trata, no de ventas, sino de contratos de prestación de servicios, recogidos en la Disposición Adicional I^a de la LOCM y que requieren un tratamiento particularizado.

4. LA POSIBILIDAD DE DESISTIR Y RESOLVER EL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR

4.1. *El plazo para desistir y resolver el contrato*

El artículo 44 de la LCOM establece que el comprador puede desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto, derecho que no está sujeto a ninguna formalidad, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. El ejercicio del mismo no puede implicar la imposición de ninguna penalidad, aunque el comprador debe satisfacer los gastos directos de la devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra. En cambio, de acuerdo

con el artículo 4 del Real Decreto 1906/1999, cumplidas las obligaciones de información previa y de confirmación documental posterior, el adherente dispone del plazo de siete días *hábiles*, según el calendario oficial del lugar de su residencia habitual, para *resolver* el contrato sin sujetarse a ninguna formalidad, *sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los gastos de devolución del bien*.

Ciertamente el artículo 6.1 de la Directiva 97/7, no impone la obligación de satisfacer los gastos de devolución del bien, sino que lo deja a la iniciativa de cada legislación (se dice: «el único gasto que *podría* imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor»). Lo que está claro es que el Real Decreto contradice directamente el artículo 44.3 de la LOCM, conforme al cual «el comprador *deberá satisfacer* los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra».

Por lo que se refiere al plazo de siete días, la Directiva habla de días laborables, al igual que el Real Decreto. En la LOCM no hay duda de que estamos ante días naturales, cuyo cómputo debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 CC, es decir, sin excluir los días inhábiles. No cabe argumentar, sobre la base de una interpretación de la Ley conforme a los criterios de la Directiva, que los días deben ser laborables, porque la misma carecería de la necesaria claridad (86). Tampoco creo que pueda mantenerse el texto del Real Decreto entendiendo que es una norma especial aplicable sólo a los casos de contratación electrónica con condiciones generales, porque tratándose de contratos a distancia también es aplicable la LOCM, superior jerárquicamente al Real Decreto, hayan mediado o no condiciones generales. Por otra parte, según se ha señalado, partiendo de que los días son naturales, cabría entender que en el caso de que el último día del plazo sea no laborable, podría entender prorrogado el plazo hasta el primer día hábil siguiente (87), lo cual en la contratación electrónica también puede ser puesto en tela de juicio, pues no se acierta a ver qué es lo que impide desistir electrónicamente en un día no laborable, sobre todo entendiendo que para la declaración de voluntad de desistir se debe seguir, como veremos, la teoría de la expedición. Así, pues, en tanto no se modifique la LOCM, el plazo de siete días sólo puede referirse a días naturales.

(86) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J.), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 719. En contra, entendiendo que cabe interpretación conforme a Directiva, Díez Soto, C.M., en VV.AA., *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1999, pág. 545

(87) Cfr. MARÍN LÓPEZ J.J., en *Ordenación del Comercio Minorista*, (Coord. ARI-MANY-MANUBENS), Praxis, Barcelona, 1996, pág. 325

4.2. *Los gastos de devolución de la cosa*

Por otra parte, el Real Decreto excluye para el adherente en caso de desistimiento la obligación de abonar los gastos de devolución del bien, lo cual contradice llanamente el artículo 44.3 LOCM. El argumento para defender la no aplicación del Real Decreto es el mismo que en el supuesto anterior, por lo que las disposiciones de éste que contradigan lo establecido en una norma de rango superior se deben considerar nulas en aplicación del artículo 51.1 y 2 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAE y PAC) y artículo 6 LOPJ. Insisto en que no es norma especial, por el hecho de que se utilicen en la contratación electrónica condiciones generales, porque, existan o no éstas, siempre estaremos ante un contrato a distancia al que será también de aplicación la LOCM, tal como se definen en su artículo 38. Es más, en este supuesto ni siquiera cabe plantear la interpretación conforme a la Directiva 97/7, porque ésta únicamente dice que el coste de la devolución de las mercancías al proveedor es el «único gasto que *podría* imputarse al consumidor», sin establecerlo con carácter obligatorio.

4.3. *La obligación de indemnizar los desperfectos del objeto del contrato*

Mucho más problemática es la obligación prevista en el artículo 44.3 LOCM de indemnizar los desperfectos del objeto de la compra, silenciada en la Directiva y aplicable sólo a los supuestos de ventas electrónicas. Como no se especifica si esta indemnización procede siempre o únicamente en los casos en que los desperfectos se deban a causa imputable al comprador, parece que la norma parte del criterio general que rige en materia de compraventa de imputar los riesgos al comprador una vez perfeccionado el contrato. Ello contrasta con lo establecido en el artículo 10 LOCM, conforme al cual, cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, *el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega*. Además de ello, nos encontramos con una regulación bastante completa del derecho de desistimiento en el artículo 6 de la Ley 26 /1991 (LCCFEM), según el cual el consumidor *no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa*.

Para un sector de la doctrina el artículo 10 LOCM es un precepto de carácter general aplicable a toda venta realizada con consumidores, de modo que los supuestos en particular que se contemplen son ley especial respecto

a éste (88). Partiendo de esta idea, para colmar las lagunas o dificultades de interpretación de otros derechos de desistimiento de carácter especial, habría que acudir a la regla general del artículo 10 y entender que no deben abonarse los deterioros que se deban a uso para comprobar las prestaciones propias del producto adquirido. Sin embargo, un análisis de los antecedentes legislativos de este precepto, nos llevan a la conclusión de que lo que el legislador está regulando es un supuesto de ventas a prueba y a conformidad sometidas a condición suspensiva, por lo que no debe aplicarse el mismo, de manera que la analogía debería buscarse en la regulación de la LCCFEM, por contener una regulación completa de dicho derecho (89).

De todos modos, una cosa es entender que el artículo 44 LOCM se refiere a la distribución de los riesgos tras la entrega de la cosa, y otra diferente interpretarlo desde la perspectiva de la diligencia que debe exigirse al consumidor en la utilización de la misma. A mi juicio estamos ante lo segundo, es decir, me parece necesario matizar el tenor literal del artículo 44 LOCM en el sentido de que el consumidor sólo deberá responder de los desperfectos que excedan del uso de la cosa conforme a la buena fe, que le sean imputables por no haber observado la diligencia exigible en la conservación de la misma antes de la devolución (90).

Sin embargo, no creo que el artículo 44 sea una norma que regule los riesgos de la cosa desde su entrega hasta la devolución. En este punto parece preferible aplicar la misma solución del artículo 7 de la LCCFEM y entender que es el proveedor quien soporta los riesgos durante el plazo de devolución (91). Puede parecer excesivo atribuir los riesgos de pérdida de la cosa por caso fortuito en todo caso al vendedor, pero creo que la cues-

(88) Cfr. con diferentes puntos de vista DÍAZ ALABART, S., en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (Dir. PINAR MAÑAS, J.L. y BELTRÁN SÁNCHEZ E.), Cívitas, Madrid, 1997, págs. 98 y ss., MARÍN LÓPEZ, en *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 97; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I, en *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 145; y DÍEZ SOTO, en *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 554.

(89) Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 152 y ss, BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 714 y ss.

(90) Cfr. con matizaciones, PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 344 y ss.

(91) Cfr. BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 722; MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 330; DÍEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., págs. 556-557.

En contra PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 344-345; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y CARRASCO PERERA, A., «Borrador de Anteproyecto de ventas por correo», en *Estudios sobre Consumo*, n.º 21, 1991, pág.49; y JUSTE MENCÍA, J. «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho Comunitario Europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 91/11 ICE del Parlamento Europeo y el Consejo de 10 de mayo de 1997 (II)», *La Ley*, n.º 4435, de 10 de diciembre de 1997, pág. 3.

tión debe resolverse en sentido positivo, aunque el deudor debe destruir la presunción de culpa del artículo 1.183 CC. De no ser así, no sería posible ejercitar el derecho de desistimiento en aquellos casos en que, sin mediar culpa o negligencia, la cosa perece en su poder. Como luego veremos, los riesgos sólo se trasladan al adquirente desde el momento en que se le constituya en mora. Pero si la pérdida es imputable al consumidor se puede mantener la posibilidad de desistir, aunque éste deberá abonar el valor de mercado que hubiera tenido la cosa en el momento de su ejercicio (92).

No obstante, creo que sí cabe entender que el grado de diligencia exigible es diferente dependiendo de que el proveedor haya cumplido o no con los deberes de información antes reseñados. Es decir, no puede ser igual el nivel de diligencia exigible cuando el consumidor ha sido informado de que puede desistir o ha desistido ya, que en los casos en que el consumidor conoce por otra vía su posibilidad de desistir. En el primer caso debe exigirse la propia de un buen padre de familia (artículos 1.094 y 1.104 CC), mientras que en el segundo, como consecuencia de la falta de información, bastaría un nivel de diligencia inferior: el exigible a sus propios asuntos (93). Más problemática puede ser la situación cuando el empresario no ha informado expresamente al consumidor de la posibilidad de desistir y éste la desconoce. Creo que la pérdida de la cosa en este período debe soportarla el empresario, pues al consumidor no se le puede exigir ningún tipo de diligencia en la conservación de aquello que desconoce que debe restituir y que, eventualmente, puede haber transmitido a un tercero.

4.4. *Supuestos en que procede el desistimiento y supuestos en que procede la resolución*

Una de las cuestiones más confusas que se observa en la normativa comunitaria e interna de protección a los consumidores, es la nítida distinción entre dos derechos que corresponden a éstos, que están a mi juicio en función del cumplimiento o incumplimiento por parte del proveedor de sus deberes de información precontractuales y coetáneos o posteriores a la celebración del contrato. La terminología en este punto de lo más dispar, confundiéndose y

(92) Aplicando por analogía el artículo 7.1 de la LCCFEM, DÍEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 557; MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 330; y BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 722, nota 19, entienden que debería aplicarse, como límite, el precio de adquisición del bien.

(93) En este sentido BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 721 y ss.; y DÍEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 556.

mezclándose conceptos como desistimiento, renuncia, resolución, revocación, rescisión, retractación, etc. (94).

Cuando estamos ante una facultad que permite al consumidor libremente extinguir una situación jurídica preexistente, realizando una declaración de voluntad unilateral a la que queda sujeto el receptor de la misma estamos ante la figura del *desistimiento unilateral*. La declaración de voluntad es recepticia pues para que surta efectos debe llegar a conocimiento del vendedor o suministrador. Estamos ante un verdadero desistimiento *ad nutum*, pues no tiene por qué fundarse en ninguna causa especial. Esta figura, como medida de protección del consumidor se encuentra recogida en varias leyes, con distinto fundamento (95). La doctrina, sin embargo, no coincide la explicación de la naturaleza jurídica de este derecho, unas veces porque parece contradecir lo previsto en los artículos 1.115 y 1.256 CC, otras veces recurriendo al momento en que debe entenderse perfeccionado el contrato por ser de formación sucesiva, o acudiendo a la teoría de la condición interpretando dicha facultad en función del artículo 1.453 CC, o recurriendo a la analogía con diversos supuestos de ineficacia (96).

(94) El artículo 6 de la Directiva 7/97 sobre contratos a distancia, lleva como rúbrica la de *derecho de resolución*, pero el precepto habla de *rescisión*. La LOCM habla de *desistimiento*, mientras que el artículo 4 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1997 sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, habla de *derecho de resolución*. La Directiva 577/1985 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, habla en su artículo 5 de derecho de *renuncia* a los efectos de su compromiso. El artículo 5 de la Ley 26/1991 (LCCFEM) de derecho de *revocación*. El artículo 4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio reguladora de los viajes combinados, habla de *desistimiento*. Lo mismo que los artículos 8 y 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio de VPBM. El artículo 10 de la Ley de 15 de diciembre de 1998, de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles distingue entre *desistimiento* y *resolución*, mientras que la Directiva 47/1994, desarrollada por la anterior Ley habla en ambos casos de *resolución ad nutum* sin alegar motivos y de *resolución* simple. El artículo 4 de la Propuesta modificada de Directiva relativa a la comercialización a distancia de productos financieros destinados a los consumidores de 23 de julio de 1999 (COM 1999, 383 final) habla de *derecho de retractación*.

(95) Vid. artículo 5.1 Ley de Contratos Celebrados Fuera del Establecimiento Mercantil; artículos 10 y 44 LOCM; artículo 9.4 Ley de Viajes Combinados; artículo 9 de Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y artículo 10 Ley Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.

(96) Sin ánimo de ser exhaustivo, mantienen con argumentos diferentes la tesis de que la perfección del contrato se difiere hasta que expira el plazo para desistir, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTA, A., «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *RDM*, 1993, págs. 589 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, M., «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, págs. 4030 y ss.; CALVO VIDALO, F.M. «La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales», *Act. Civ.*, 1993-1, pág. 189.

A mi entender, el contrato genera obligaciones para ambas partes a partir del momento en que se produce el acuerdo de voluntades a distancia, sin que el reconocimiento del derecho a desistir pueda alterar la consideración de contrato ya perfeccionado. Intentar obviar la cuestión de la naturaleza del desistimiento, sobre la base de considerar no perfeccionado el contrato hasta que transcurre el plazo que se señale sin desistir, sólo hace trasladar el problema de las relaciones entre las partes a otro momento temporal.

Lo que ocurre, como señala LASARTE, es que aparte de los supuestos im-puestos por las Directivas comunitarias en que se autoriza al consumidor a poner fin a la relación contractual existente por su *libre arbitrio* (desistimiento), hay otros en los que cabe igualmente extinguir unilateralmente una relación obligatoria, pero no libremente, sino ante la concurrencia de una causa que lo justifique, supuestos diferentes de los anteriores y que guardan cierto parecido con la resolución del artículo 1.124 CC (97). Nos encontramos, pues, ante dos modalidades: a) supuestos en que la terminación de la relación obligatoria viene legitimada por una *justa causa* previamente contemplada en la Ley: hablamos entonces de *resolución*; b) casos en que la terminación de la relación obligatoria es simplemente producto de una *voluntad enteramente libre* que no tiene por qué fundarse en una causa especial (se habla entonces de denuncia, receso o desistimiento unilateral) (98).

Por la perfección anterior al desistimiento, con muy diversos matices, KLEIN, M., *El desistimiento unilateral*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 280 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Civitas, cit., págs. 341 y ss.; CABALLERO LOZANO, J.M., «Una compra-venta especial: la venta fuera de establecimiento», *RDP*, 1994, págs. 1050 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J.J., «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 5, 1995, pág. 155.; BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág., págs. 716 y ss.; DIEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 544; JUSTE MENCÍA, «Contratación a distancia... (II)», cit., págs. 2 y ss.

Se inclinan por acercar la figura a los vicios del consentimiento, MORALES MORENO, A.M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, XVII, vol. 1º.B), Edersa, Madrid, 1993, pág. 220; Ruiz MOLINA, M. «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (Algunos presupuestos metodológicos)», *Estudios sobre Consumo*, n.º 39, 1996, págs. 11 y ss. Una exposición de las diversas explicaciones posibles, puede verse en GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos...*, cit., págs. 111 y ss. y 150 y ss.

(97) Cfr. LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, III, 5ª ed., Trivium, Madrid, 1999, pág. 164. Por su parte, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., págs. 34 y ss. distingue entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento con *justa causa*, si bien, al intentar construir una teoría general que abarque todos los supuestos de desistimiento, hace notar la diferencia entre contratos duraderos o no duraderos y admite la especialidad de los supuestos regulados en la normativa protectora de los consumidores. Desde otra perspectiva, vid. también las consideraciones de ESPIAU ESPIAU, S. «La resolución unilateral del contrato. Estudio jurisprudencial», *Act. Civ.*, 1998-1, págs. 113 y ss.

(98) Cfr. a este respecto, las observaciones de MUNAR BERNAT, P., *La regulación española de la multipropiedad*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 166 y ss.

El desistimiento en sentido estricto es enteramente libre, mientras que la resolución debe ir ligada al deber general de informar en todo caso al consumidor de las condiciones del contrato que aparece en toda la normativa comunitaria y nacional sobre la materia. La resolución, así entendida, es una extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejercitada por una de las partes, que no es sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley (99), concretamente el incumplimiento del deber de información. Cuestión diferente, que puede inducir a confusión entre ambos derechos, es que el inicio del cómputo del plazo para desistir dependa del momento en que se cumplan tales deberes. Una vez cumplidos, se puede desistir. Si hay incumplimiento, o cumplimiento defectuoso del deber de información, procede durante un cierto tiempo la resolución.

En la contratación electrónica, el fundamento del derecho de desistimiento debe buscarse, no en el hecho de que la oferta se haga a distancia, ni en la imposibilidad por parte del consumidor de comparar la oferta con otras (puede hacerlo cómodamente a través de Internet y reflexionar convenientemente), sino en la distancia que le separa de la cosa objeto del contrato que es el origen del necesario deber de información precontractual, y la necesidad de que el consumidor pueda examinar la mercancía. No es el error en que haya podido incurrir, ni que el producto pueda tener defectos o que no se corresponda con la oferta, aunque, evidentemente en estos casos, el derecho de desistimiento puede servir para poner fin a la relación contractual. Lo que pretendo poner de manifiesto es que el derecho de desistimiento es libre, *ad nutum*, con la lógica limitación de las exigencias derivadas de la buena fe, de tal manera que no hay que justificar la utilización del mismo para condicionar su ejercicio. Ello, por supuesto, no es obstáculo para el ejercicio de otras acciones, derivadas del incumplimiento, los vicios ocultos que tenga la cosa, o el error padecido al contratar, o derivado de la posible conducta dolosa que pueda haber utilizado el proveedor que utiliza técnicas de comunicación a distancia. Pero dentro del plazo para desistir, puede ser mucho más cómodo en la práctica para el consumidor poner remedio a esta situación mediante el derecho de desistimiento, aunque tenga que pagar los gastos de devolución de la cosa.

Sin embargo, como vamos a ver, la cuestión es bastante más difícil de resolver en los supuestos de contratación electrónica de servicios, ya que no es posible la restitución de los mismos una vez prestados. En este punto la

(99) Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 855.

Directiva 97/7 hace un tratamiento diferenciado, al que habrá que acudir para cubrir las lagunas de interpretación que ofrece la LOCM, que dedica a la prestación de servicios una simple remisión en su Disp. Ad. 1.^a a los artículos 38 a 48.

4.4.1. Supuestos de ejercicio del desistimiento

Tratándose de contratos electrónicos de compraventa de productos, el plazo de siete días para desistir se computa desde la recepción de la cosa (art. 44.1 LOCM y 6.1 de la Directiva 97/7). Sin embargo, de acuerdo con el texto de la Directiva, cuando el proveedor no ha cumplido con los deberes de información que le exige el artículo 5, dicho plazo sólo puede comenzar a computarse desde que se hayan cumplido los mismos (el día inicial puede ser, por tanto, posterior a la recepción de la cosa). Creo que, en todo caso, el adquirente puede desistir en el plazo de siete días contados desde la recepción de la cosa, ya se le haya facilitado o no la correspondiente información, sin perjuicio de que, una vez cumplidos estos deberes por el proveedor, comience a computarse un nuevo plazo de siete días para desistir. Mantener lo contrario supondría dejar en manos del empresario la posibilidad de que el consumidor ejercitara el desistimiento, ya que, con no remitirle ninguna información, impediría que pudiera comenzar a computarse el plazo.

Para el caso de contrato de prestación de servicios, como el servicio no puede ser restituido, el criterio de la Directiva es que el plazo comienza a computarse desde la celebración del contrato, como si se tratara de un plazo de reflexión (100), con la misma salvedad anterior, es decir, no comenzando a computarse mientras no se cumplan los deberes de información, que creo debe ser interpretado como acabo de poner de manifiesto en el sentido de existir dos momentos iniciales del cómputo (el momento de celebración del contrato, o el día en el proveedor cumple con sus deberes de información) salvo en el supuesto de servicios cuya ejecución haya comenzado antes de finalizar dicho plazo, con el acuerdo del consumidor. En este caso, se parte del cumplimiento por el proveedor de los deberes que impone el artículo 5, entre los cuales se encuentra implícito el de informar que en estos supuestos no cabe desistimiento.

El Real Decreto 1906/1999 incide en estas cuestiones, tras reconocer el derecho a desistir (aunque utiliza impropriamente el término resolver), una vez cumplidos los deberes de información previa y de confirmación documental de la contratación efectuada. Así, el artículo 4.2 señala que el plazo se com-

(100) JUSTE MENCÍA, «Contratación a distancia... (II)», cit, pág. 4.

putará «en el caso de que el contrato tenga por objeto la entrega de bienes, a partir de la recepción por el adherente, y en los casos de prestación de servicios a partir del día de celebración del contrato». Pero a renglón seguido, en n.º 3 establece: «si la información sobre las condiciones generales o sobre la confirmación documental tiene lugar con posterioridad a la entrega de bienes o a la celebración del contrato, el plazo se computará desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas». Aun referido sólo a los contratos electrónicos con condiciones generales, creo que la misma solución debe adoptarse por analogía para cubrir las deficiencias de la LOCM en otros supuestos. El Real Decreto es más claro que la Directiva, por cuanto no dice que el plazo de siete días sólo pueda comenzar a computarse a partir de que los deberes de información del proveedor queden totalmente cumplidos, sino que el inicio del cómputo puede tener lugar en dos momentos distintos: el de recepción de la cosa y celebración del contrato para los servicios, y el momento (posterior) en que el empresario cumple su deber de información.

4.4.2. Supuestos en que procede la resolución

Cuando el proveedor incumple con los deberes que le impone el artículo 5 de la Directiva, el apartado 3.º del artículo 6 de la misma determina que «el plazo será de tres meses», comenzando a computarse, para los bienes desde el día en que los reciba el consumidor, y para los servicios, a partir de la celebración del contrato. Aparentemente se está hablando del mismo derecho (desistimiento), pero en realidad estamos ante un supuesto de *resolución* por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de información (101). La prueba está en que el artículo 6, apartado 4.º, señala: «Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento».

El plazo de tres meses es para cumplir con la obligación de remitir la correspondiente información contractual. Como se puede observar, no hay un plazo inicial de tres meses para desistir, que se reduce a siete cuando el proveedor cumple con los correspondientes deberes de información. Si así fuera, al empresario le bastaría con incumplir con su deber de información

(101) La Directiva 97/7 está inspirada en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en tiempo compartido, (*DO*, L , de 29 de octubre de 1994), donde se distingue netamente ambos derechos, lo mismo que en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

sobre la posibilidad de desistir para evitar que comenzara a computarse el plazo del desistimiento. El plazo de desistimiento es siempre de siete días, variando sólo el día inicial del cómputo: desde la entrega de la cosa o la celebración del contrato en el caso de los servicios, o desde que se cumplen posteriormente los deberes de información. Por el contrario, el plazo de tres meses es de resolución, precisamente por haber contravenido el proveedor los deberes impuestos en el artículo 5. Pero si dentro de los tres meses cumple con los mismos y el consumidor recibe la confirmación en cualquier soporte duradero del contrato realizado, a partir de ese momento dispone de siete días para desistir.

El artículo 4.3 del Real Decreto 1906/1999 sigue este criterio cuando establece que «en caso de incumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato a que se refiere el artículo anterior, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos tres meses computados en la forma establecida en el apartado anterior». Podría entenderse que al proveedor le basta con no remitir dicha información para paralizar la posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento; pero si el consumidor ha dejado transcurrir los siete días computados desde la entrega de la cosa o la celebración del contrato sin desistir, lo que puede hacer durante el plazo de tres meses es solicitar la resolución por incumplimiento de los deberes informativos del proveedor. Lo que no creo que se pueda mantener es que caducado el plazo de tres meses sin haberse remitido por el proveedor la correspondiente información, comienza de nuevo un plazo de siete días para desistir (102). Esta protección al consumidor me parece exorbitante. Cuestión distinta es que la información suministrada no sea veraz, en cuyo caso creo que podría hablarse de vicios del consentimiento y utilizar la acción de anulabilidad por dolo.

5. FORMA DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN

En cuanto a la forma en que se ejercita el derecho de desistimiento (o el de resolución) el artículo 44 LOCM dice que no está sometido a ninguna formalidad, bastando que se acredite de cualquier forma admitida en derecho. Hace falta que tal declaración de voluntad llegue a conocimiento del proveedor. Como el consumidor es quien se va a beneficiar del ejercicio de tal derecho es a él a quien corresponde la carga de la prueba. Para ello es aconsejable que la forma escogida pueda ser probada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, especialmente en cuanto a su utilización en plazo

(102) Este posibilidad sí la reconoce expresamente el artículo 10.2 de la Ley 42/1998.

tempestivo. En nuestro caso, creo que la buena fe impone el deber de utilizar la misma forma que para la celebración del contrato, que será la que cumpla los requisitos de la firma electrónica avanzada a los efectos de probar que se realizó dentro de plazo. No debe olvidarse que ésta garantiza la autenticidad, identificación fiable del manifestante, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión o recepción.

Lo que no hace falta es que el proveedor la reciba dentro del plazo de siete días. Aquí la declaración de voluntad tiene carácter recepticio, pero debe seguirse la teoría de la expedición, ya que lo contrario supondría acortar un plazo ya de por sí breve. Analógicamente podría aplicarse lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 42/1998, al establecer expresamente que será suficiente con que el envío se realice antes de la expiración del plazo. El artículo 4.4 de la Propuesta modificada de Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros de 23 de julio de 1999 (103) establece a este respecto que el consumidor ejercerá su derecho de *retractación* notificando ésta al proveedor mediante cualquier soporte duradero a disposición de éste y al cual éste tenga acceso.

6. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO Y DE LA RESOLUCIÓN

Los efectos que produce el desistimiento y la resolución aunque similares, pueden tener consecuencias diferentes, en concreto, que a través de la resolución se pueden solicitar daños y perjuicios. Asimismo es diferente la situación del consumidor en cuanto a la diligencia exigible, dependiendo de que conozca la posibilidad de desistir, o de que no ha sido informado de ello por el proveedor. La LOCM solamente señala que el ejercicio del desistimiento no puede implicar penalidad alguna, aunque el consumidor asume los gastos de devolución. El artículo 6.2 de la Directiva 97/7 establece que se puede imputar al consumidor el coste directo de la devolución de las mercancías, y que el proveedor está obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días. En términos similares en cuanto al plazo de devolución de las cantidades por el proveedor se expresa el artículo 4.4 del Real Decreto 1906/1999. Lo que no cabe aplicar, por contradecir la LOCM, es el artículo 4.1 de este Real Decreto debiendo entenderse que el consumidor debe costear los *gastos de devolución*, entendiéndose por tales los calculados en relación a su expedición al lugar desde donde fue enviada la cosa (104). En definitiva

(103) Cfr. COM (1999), 385 final, pág. 24.

(104) En contra, BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., págs. 721-722, entiende aplicable por analogía el artículo 6.2 de la Ley 26/1991 (LCCFEM), conforme

se trata de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones, donde habrá que aplicar analógicamente el artículo 1.308 CC en cuanto al principio de reciprocidad en la restitución de las prestaciones.

Si el precio no se ha entregado todavía, sólo habrá lugar a la devolución de la cosa, dependiendo la constitución en mora del consumidor de la intimación del proveedor. Si se ha pagado el precio, debe devolverse éste, entiendo que con sus intereses desde el desistimiento o la resolución. Si se han cumplido ambas prestaciones, cualquiera de las partes podrá oponerse a la restitución mientras no cumpla la otra. La restitución de la cosa por el comprador provoca la mora automática del proveedor que, a falta de pacto, consistirá en el pago de los intereses legales (art. 1.100 y 1.108 CC). De igual forma, la devolución del precio por el proveedor determina la mora automática del consumidor que, a partir de este momento, y no antes, soporta los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa (arts. 1.096 y 1.183 CC) (105).

La cuestión es mucho más compleja en los contratos electrónicos de prestación de servicios, donde por otro lado es habitual el pago de cantidades anticipadas, a pesar de la posición contraria del artículo 43.2 LOCM, que se silencia en la Directiva 97/7. En estos casos es preciso distinguir con nitidez entre los supuestos de comercio electrónico directo (en los que el servicio se presta en línea o mediante la remisión periódica del servicio de información solicitado al buzón del consumidor), de aquellos otros de comercio electrónico indirecto en que el contrato se celebra electrónicamente, pero no así la ejecución del servicio. En este último caso, a diferencia de las mercancías o productos en general, es evidente que el servicio una vez recibido no puede ser restituido, por lo que el plazo para desistir se computa desde la celebración del contrato. La lógica excepción que establece el artículo 6 de la Directiva es el supuesto de servicios cuya ejecución haya comenzado antes de finalizar el plazo de siete días, con el acuerdo del consumidor (es este caso el proveedor debe haber informado previamente de ello al consumidor) en que no hay derecho de desistimiento una vez comenzada la ejecución. Lo contrario supondría que el proveedor tuviera que reembolsar las cantidades percibidas, sin recibir nada a cambio, con el consiguiente enriquecimiento del consumidor. Para evitarlo, el proveedor debe cumplir escrupulosamente con los deberes de información. En caso contrario, como hemos visto, el consumidor puede desistir o resolver el contrato, dependiendo de los casos. Si ya se ha prestado el servicio, se ha defendido que en todo caso el consumidor puede ejercitar su derecho y reclamar las cantidades abonadas, a pesar del enrique-

al cual el lugar de cumplimiento es el lugar donde el consumidor haya recibido la prestación, de manera que el lugar de cumplimiento de la devolución sería el de cumplimiento anterior a la entrega de la cosa, es decir, generalmente el domicilio del consumidor, lo cual supondría un coste cero.

(105) Cfr. DIEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit, págs. 552 y ss.

cimiento que experimenta (recibe el servicio y, además, el precio pagado por él), el cual tendría su causa en la imposición de dicha sanción al proveedor por violar los deberes de información (106).

Tal interpretación me parece excesiva, y debe ser matizada según los casos, ya que puede haber desistimiento (y no resolución) habiendo cumplido el proveedor escrupulosamente con sus deberes de información, pues no parece justo que un consumidor que ha recibido un servicio (e incluso pueda haber quedado satisfecho con el mismo por acomodarse a sus expectativas) se enriquezca a costa de un derecho que debe ser ejercitado de acuerdo con la buena fe (107). Cuestión distinta es que lo que se ejercite sea realmente la resolución por omitir las informaciones a que se refiere el artículo 5 de la Directiva o que estemos ante el desistimiento que se prevé para el supuesto de que el prestador cumpla dicha obligación tras la celebración del contrato. Creo que el consumidor que ha recibido el servicio actuaría de mala fe si reclama el precio pagado por el hecho de que (o aprovechando que) el proveedor cumplió posteriormente con los deberes de información. Para estos casos creo que lo único que podrá reclamar son daños y perjuicios y probar efectivamente los que se causaron por esa falta de información. El propio artículo 4.5 del Real Decreto 1906/1999, excluye tal derecho «en aquellos casos en que por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevarlo a cabo, sin perjuicio de la reclamación de daños y perjuicios».

La cuestión podría resolverse entendiendo que el consumidor, a pesar del desistimiento, debe indemnizar al proveedor en dos situaciones: cuando el ejercicio del derecho sea abusivo, sancionándose entonces la infracción del deber contractual de actuar con arreglo a la buena fe; y cuando experimente un enriquecimiento injustificado a costa del desistimiento, en cuyo caso, aun cuando el ejercicio del derecho sea conforme a la buena fe y a la equidad, el deber de indemnizar no constituye una sanción, sino una compensación frente al perjuicio económico que experimenta el proveedor.

Distinto es el supuesto en que, por dicha falta de información, el servicio es deficiente o no se acomoda a sus expectativas, en cuyo caso sí cabría reclamar el precio pagado. En todo caso, esto pone de relieve la dificultad de acomodar los derechos de desistimiento y resolución a los contratos de prestación de servicios, de modo que deberán ser los Estados miembros quienes al transponer esta Directiva establezcan con claridad las consecuencias que se producen en los diversos supuestos. De hecho, el artículo 6.3 de la Directiva se refiere a una serie de servicios que quedan excluidos de los derechos anteriormente mencionados, en atención a los problemas que plantea la devolución de los mismos: así los servicios de apuestas y loterías, los de suminis-

(106) Cfr. JUSTE MENCÍA, «Contratación a distancia...», cit. (II), pág. 4.

(107) Vid. ESPIAU, «La resolución unilateral...», cit., págs. 124 y ss.

tro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas, los servicios prestados al consumidor que sean personalizados o que por su naturaleza no puedan ser devueltos, y el suministro de servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar.

Quizá la especialidad, para el caso de este tipo de contratos, estribe en diferenciar los servicios que se prestan de una sola vez de aquellos otros que se prestan periódicamente. Se trata en definitiva, a efectos de la restitución de las prestaciones, de acudir al criterio general de diferenciar las prestaciones duraderas o de tracto sucesivo, de aquellas otras que se agotan de una vez (108). En este último caso se puede defender la ineficacia retroactiva del negocio, con las salvedades apuntadas, mientras que en los supuestos de prestaciones de servicios duraderas la ineficacia debe entenderse *ex nunc*, manteniéndose los efectos ya producidos, que imponen unos deberes de liquidación de la situación anterior diferentes según los casos.

De esta manera, no veo inconveniente en que si se ha recibido parte del servicio, por tener carácter periódico, se descuente una parte proporcional del precio para el caso del desistimiento. Ello no contraviene la prohibición de establecer penalizaciones para ejercitar tal derecho, porque lo único que se hace es detraer una parte del precio pagado en función del servicio o de la parte del servicio efectivamente percibido por el consumidor. No se retiene o se cobra una cantidad por desistir, sino que se trata de evitar el enriquecimiento del consumidor.

La cuestión se puede ver más clara en los supuestos de comercio electrónico directo, en que el servicio se presta periódicamente en línea o a través de correo electrónico, como puede suceder en los casos en que consista en recibir determinadas informaciones o en permitir la consulta de bases de datos. Salvo que el contrato se haya celebrado a conformidad (109), si el consumidor desiste en el plazo previsto, se le podrá detraer la cantidad proporcional a los días en que ha dispuesto del mismo, con lo que se evita que un usuario de mala fe, se abone a un servicio para conseguir determinada información, para desistir del contrato, una vez conseguida la misma) (110).

(108) Así, LASARTE, *Principios...*, III, cit, pág. 165; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, cit., pág. 724.

(109) Generalmente, en estos casos, las partes realizarán un contrato con un plazo para que el consumidor pueda examinar el tipo de servicio, en cuyo caso estaríamos ante un plazo de reflexión en que el contrato permanece en suspenso o se considera celebrado bajo condición suspensiva, como en el artículo 1453 del CC. Lógicamente en estos casos habrá que estar a lo pactado.

(110) A favor de esta argumentación, se puede utilizar el criterio adoptado por la Propuesta modificada de Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros, que en caso de retractación, prevé que el consumidor está obligado a pagar: a) En los casos en que el proveedor pueda determinar este precio antes de la celebración del con-

En el caso de resolución, por haber incumplido el proveedor con los deberes de información (v.gr. no informó de la posibilidad de desistimiento y de las condiciones de ejercicio del mismo, que según el artículo 5.1 de la Directiva es preceptivo en el caso de contratos de duración indeterminada o de duración superior a un año), la cuestión es distinta, ya que podrán pedir, además, daños y perjuicios.

7. MOMENTO DEL PAGO

A pesar del silencio de la Directiva sobre este punto, el artículo 43.2 LOCM prohíbe como regla general exigir el pago por anticipado. Esta medida es excesivamente protectora del consumidor y puede entorpecer los instrumentos habituales de pago que en la contratación electrónica suelen utilizarse (cargo en tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria). La letra del precepto impide realizar el cargo antes de la entrega.

Si el consumidor paga antes, puede no recuperar la cantidad o encontrar enormes dificultades para recuperarla en caso de que no se produzca la entrega de la cosa o la prestación del servicio. Pero, por otro lado, no hay duda de que para los proveedores, el pago anticipado puede suponer una prueba de la seriedad de la otra parte contratante. La LOCM parece haber optado por que sea el vendedor o suministrador de servicios quien soporte este tipo de riesgos. En el comercio electrónico indirecto referido a ventas generalmente no surgirán problemas, pues el pago se efectuará contra reembolso. Pero en

trato, el precio del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor (el ejemplo típico es el préstamo hipotecario en que el proveedor puede fijar con carácter previo el precio de un servicio de peritaje del bien inmueble que sirve de garantía del préstamo); b) En los casos en que el proveedor no pueda determinar este precio antes de la celebración del contrato, la parte del precio total del servicio financiero que es objeto del contrato, a prorrata del período transcurrido entre el día de la celebración del contrato y el día en que éste ejercitó su derecho de retractación (ejemplo típico es el del consumidor que suscribe un seguro de automóvil el 1 de enero y se retracta el día 13. El servicio prestado dependerá del número de días de cobertura, pudiéndose por tanto fijar el coste con arreglo a una base diaria multiplicada por el número de días).

Nótese que en el caso de la hipoteca el ejercicio del derecho de retractación puede ser posterior a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, porque todavía no haya vencido el plazo de treinta días que se prevé. Se plantea, así el problema de la publicidad registral de un derecho claudicante, en contradicción con las presunciones de validez y legalidad de los derechos publicados por el Registro (artículo 38 LH). En su día, en la hipoteca contratada por técnicas a distancia con consumidores, la celebración del contrato y su inscripción devienen firmes y definitivas para la entidad de crédito, pero el consentimiento prestado por el consumidor, aun constando, es revocable, por lo que en el momento de la transposición debe hacerse constar claramente esta circunstancia en el Registro.

el caso de la prestación de servicios es habitual exigir una parte del precio como anticipo y provisión de fondos, o que el cliente obtenga una licencia de uso temporal o una versión limitada que, tras efectuar el pago, va a ser plenamente operativa (111). En la contratación electrónica directa el problema casi se reduce a una cuestión de confianza entre las partes contratantes. De hecho, como ya se indicó, el Considerando 13 de la Propuesta modificada de Directiva de comercio electrónico en el mercado interior, considera que la aceptación puede consistir en realizar un pago en línea y que el acuse de recibo expedido por un prestador de servicio puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.

Aparte de la excepción que el artículo 43.2 LOCM contempla para poder exigir el pago anticipado, que ha sido objeto de múltiples interpretaciones y críticas por la doctrina, creo que el precepto podría interpretarse en el sentido de no poder exigirse la totalidad del precio anticipadamente, pero sí al menos una parte del mismo (112). En cualquier caso, parece que cuando el consumidor se limita a comunicar el número de su tarjeta de pago a proveedores carentes de seriedad comercial, la aplicación del artículo 46 LOCM puede otorgar una cierta protección al consumidor ya que no hay identificación electrónica de la misma, de modo que el titular de la tarjeta podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

La utilización habitual de este tipo de tarjetas en el comercio electrónico plantea una serie de especialidades en las que es preciso detenerse. El artículo 46 LOCM se refiere exclusivamente a las tarjetas de crédito, pero debe aplicarse a todo tipo de tarjetas de pago, sean de crédito, de débito, comerciales o bancarias (113). Aparentemente dicho artículo pretende proteger al titular de la tarjeta frente a una utilización fraudulenta de la misma, y esa es desde luego su finalidad principal, dado que en el comercio electrónico no se dará la identificación personal de su titular ni la identificación electrónica de la tarjeta. El riesgo de tal utilización fraudulenta lo sufre el proveedor o prestador de servicios, ya que en estos casos las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se deben efectuar a la mayor brevedad.

Pero lo que no permite la LOCM es que un consumidor que realmente ha celebrado el contrato utilice este mecanismo a su favor. El artículo 46.2 des-

(111) PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit, pág. 561; RIBAS ALEJANDRO, *Aspectos jurídicos...*, cit., págs. 17 y ss.

(112) De considerar aplicable el artículo 10 LOCM (que a mi juicio no lo es) tampoco existiría ningún obstáculo, ya que no está prohibiendo los pagos anticipados en todos aquellos casos en que la ley conceda un derecho de desistimiento, sino que prohíbe condicionar el derecho de desistimiento a la realización de un pago previo.

(113) En este sentido, MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., págs. 340 y ss.

taca que si la compra hubiese sido efectivamente efectuada por el titular de la tarjeta y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo, aquél quedará obligado frente al vendedor al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación. Para el proveedor es sencillo probar la efectiva celebración del contrato a través de los medios seguros que le ofrece el Real Decreto-Ley 14/1999, de modo que en este caso, podrá exigir el precio y la correspondiente indemnización. En este supuesto estaríamos ante un incumplimiento doloso que acarrearía las consecuencias previstas en los artículos 1.101, 1.106, 1.107, apartado 2.º, y 1.124 CC (114), que permiten exigir el cumplimiento, oponiéndose mientras tanto a la entrega de la cosa o prestación del servicio, o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.

Lo que no creo que pueda admitirse es que la solicitud de anulación del cargo en el plazo para desistir se pueda interpretar como una manifestación inequívoca de la voluntad de desistir por no estar este derecho sujeto a ninguna formalidad (115). La rapidez de la comunicación electrónica a distancia permite al consumidor emitir su declaración de voluntad dentro del plazo de siete días, pero debe hacerlo como tal. Así, si se limita a solicitar la anulación del cargo, entiendo que no ha tenido lugar el desistimiento, por lo que el proveedor podrá exigir el cumplimiento y la resolución indicadas. Además, el artículo 46.2 liga la posibilidad de anular el cargo sólo a los casos en que la compraventa no hubiese sido efectivamente realizada (que no es el caso). De esta manera, aunque el consumidor consiga la anulación del cargo tras desistir dentro de plazo, estaría obligado a indemnizar los posibles daños y perjuicios que ocasione al proveedor, que desde luego serán sumamente difíciles de probar.

8. ADQUISICIÓN MEDIANTE CRÉDITO Y CONSECUENCIAS DEL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN

El artículo 44.1, apartado 2.º, LOCM, lo mismo que el artículo 6.4 de la Directiva 97/7, dispone que en los casos en que la adquisición se haya realizado mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato general implicará la ineficacia sobrevenida de aquél. Se trata un supuesto de recono-

(114) Así, BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 729 y REVERTE NAVARRO, A., *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., pág. 593.

(115) PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., págs. 354-355; y BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 730. En otro sentido, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., pág. 171, entiende que la buena fe exige la necesidad del preaviso, que en nuestro caso sería la notificación efectiva del ejercicio del mismo.

cimiento legal de la conexión entre contratos, cuya vinculación funcional es jurídicamente relevante (116).

Sin embargo el artículo 6.4 de la Directiva 97/7 distingue: a) los supuestos en que el precio del bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante crédito concedido por el proveedor a distancia (la conexión causal aquí es tan clara que no ofrece problemas); b) y aquellos otros en que el precio del bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante crédito concedido al consumidor por un tercero, previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor. Esta solución es mucho más ventajosa que la prevista en el artículo 11 de la Directiva 86/102/CE, de 22 de diciembre, de crédito al consumo, y en el artículo 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo, actualmente aplicable, ya que exige que el prestamista y el proveedor se encuentren vinculados por un acuerdo previo concertado en exclusiva (117). Pero mientras no se modifique ésta o la LOCM, no creo que en los contratos electrónicos que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/1995, se pueda eludir la necesidad de este pacto en exclusiva (118). Quizá la única salvedad fuera considerar los supuestos en que la finalidad específica de adquirir un bien o servicio a distancia se incorporase al contrato de crédito determinando una conexión causal entre los dos contratos (119).

(116) Como destaca LÓPEZ FRÍAS, A. *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 273, este fenómeno se da cuando «varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante».

(117) En GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 86 y ss., puede verse un análisis del origen legislativo de la exigencia del pacto en exclusiva, problema vinculado en el debate parlamentario al de si el consumidor podía acudir a otro financiador distinto.

(118) En contra, con una interpretación mucho más generosa, GAVIDIA, *El crédito al consumo...*, cit., págs. 101 y ss.; y DIEZ SOTO, *Régimen Jurídico...*, Mac Graw-Hill, cit., págs. 561 y ss., quienes con diferentes argumentos entienden preferente la especial protección que debe dispensarse a los consumidores, de manera que en todo caso el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor determinaría la ineficacia del contrato de financiación.

Desde otra perspectiva, entiende que la conexión entre los contratos se produce aun que no exista pacto en exclusiva, MUÑOZ CARRERA, M., «Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 17, 1995, pág. 210. Igualmente MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., págs. 331 y ss., entiende que no hace falta que exista pacto de exclusiva, pero sí acuerdo previo entre proveedor y financiador.

(119) En este sentido, SÁNCHEZ HERRERA, J.R., «Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Act. Civ.*, 1996-3, XXXII, pág. 715; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., «Contratos vinculados a la obtención de un crédito», en VV.AA. *Crédito al Consumo y transparencia bancaria*, (Dir. NIETO CAROL), Cívitas, Madrid, 1998, págs. 247 y ss., PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley...*, Cívitas, cit., pág. 345; BERCOVITZ, *Comentarios a las Leyes...*, Tecnos, cit., pág. 723, nota 20.

Para los contratos que queden fuera del campo de actuación de la Ley de Crédito al Consumo, sí debería diferenciarse entre los supuestos en que existe o no un acuerdo previo entre proveedor y financiador (no necesariamente en exclusiva). Sin el acuerdo previo con el proveedor, el contrato celebrado entre el consumidor y el prestamista debe ser considerado *res inter alios acta*, dada la separación causal entre éste y el que da lugar a la adquisición del producto o servicio (120). De esta manera pueden ocurrir dos cosas. Si el dinero prestado está todavía en poder del consumidor por no haber pagado el precio del objeto o servicio contratado a distancia, deberá reintegrarlo al concedente del crédito. Por el contrario, si ya efectuó el pago al proveedor o suministrador la cuestión es mucho más compleja: el financiador podrá reclamar del consumidor las cantidades prestadas, y éste podrá exigir del vendedor el precio pagado. La falta de interdependencia entre prestamista y proveedor a distancia y la falta de acuerdo previo entre ambos hace que no se propaguen al contrato de crédito los efectos del desistimiento o resolución.

Cuando sí existe tal acuerdo previo, tanto si el comprador ha pagado el precio con el dinero recibido a título de préstamo, como si el concedente del préstamo ha pagado directamente, parece que debe ser el vendedor o proveedor quien debe restituir al financiador la suma prestada. Como se ha señalado, serán éstos (vendedor y prestamista) los que convendrán en el acuerdo previo lo que estimen más adecuado a sus intereses para aquellos casos en que el consumidor ejerce el desistimiento o resolución (121). Además de ello, tratándose de un contrato de crédito también habrá que decidir quien debe pagar los intereses devengados mientras el contrato fue eficaz, aunque el consumidor como mucho deberá pagar los gastos de devolución. Los intereses pueden ser bajos, pero la normativa que desarrolle esta Directiva deberá aclarar si el consumidor tiene acción para obtener de quien proceda (el proveedor o prestamista) el pago de los desembolsos realizados por él con ocasión de la celebración del contrato de crédito (v.gr. el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas (122), o los honorarios del corredor de comercio que intervino en la operación). Si se pretende garantizar la indemnidad de la posición económica del comprador, de tal manera que sólo quede obligado al pago de los gastos directos de devolución del producto, es evidente que habrá que reconocerle el derecho a obtener el pago de esos desembolsos (123).

(120) Cfr. VERDERA SERVER, R., «Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC», *ADC*, 1996, pág. 619.

(121) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Ordenación del Comercio...*, Praxis, cit., pág. 332-333.

(122) Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 52,1.a) del Texto Refundido de la Ley de ITPAJD, en este caso el devengo es instantáneo, es decir, que se entiende producido el día en que se realice el acto o contrato gravado.

(123) En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J., «Prácticas comerciales...», cit., pág. 176. En contra, KLEIN, *El desistimiento...*, cit., pág. 373, entiende que los gastos de perfección

Así, pues, el acuerdo previo será el lugar idóneo para que el proveedor y el concedente del crédito se distribuyan el coste económico de los efectos del desistimiento o resolución sobre ambos contratos: electrónico a distancia y de crédito. En tales acuerdos se deberá contemplar, sin duda, que en el supuesto ejercicio por el consumidor del derecho de resolución por incumplir el proveedor con el deber de información, será éste quien asume el coste económico de la ineficacia del contrato de financiación. Por otra parte, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de utilizar frente al financiador los derechos, acciones y excepciones que le correspondan frente al proveedor, en los mismos supuestos que señala el artículo 15 de la Ley de Crédito al consumo.

Por último, cuando el pago se realiza sin más mediante tarjeta de crédito, no creo que puedan propagarse los efectos del contrato de adquisición a la entidad que concede el crédito, pues parece excesivo involucrar a estas entidades de financiación en cuestiones que afectan a la distribución de bienes y servicios. Se ha mantenido, no obstante, que en el mecanismo de la tarjeta de crédito hay siempre un acuerdo previo entre el prestamista emisor y el establecimiento, de manera que el consumidor tendría frente a quien le concede el crédito los mismos derechos que le correspondan frente al suministrador (124). Esto no parece acomodarse a la realidad de las relaciones jurídicas que genera una tarjeta de crédito, que son mucho más complejas, e involucran a muchas más personas que al suministrador y financiador (125). En realidad en estos casos no puede decirse que haya contratos conexos por el mero hecho de que el titular de la tarjeta escoja adquirir por vía electrónica un determinado bien o servicio en uno de los múltiples establecimientos adheridos en cualquier parte del mundo. Además, en la mayor parte de los casos, el banco emisor de la tarjeta será distinto de aquél que adhirió al establecimiento al sistema. Y finalmente, parece claro que no se cumplen los requisitos que señala el artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo para hacer responsable al financiador por los incumplimientos del proveedor (126).

y resolución del contrato que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes de la expiración del plazo son de cuenta del consumidor.

(124) Cfr. sobre la base del Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo, GÓMEZ DE MENDOZA, M. «Tarjetas de crédito y crédito al consumo», *La Ley*, n.º 330, de 9 de julio de 1993, págs. 3 y ss.

(125) Vid., por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, C, *El pago mediante tarjetas de crédito*, La Ley, Madrid, 1990, *passim*, y *Las tarjetas de crédito*, Pons, Madrid, 1997, *passim*; RIVERO ALEMÁN, S, *Disciplina del Crédito Bancario y Protección al Consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 498 y ss.; ANDREU MARTÍ, M.M., «Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas», *Encuentros sobre Informática y Derecho. 1994-1995*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 195 y ss.; PÁEZ MANÁ, J., «Las tarjetas de crédito o pago electrónico», *Encuentros sobre Informática y Derecho. 1996-1997*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 315 y ss.

(126) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Contratos vinculados...», cit., pág. 256. Desde la perspectiva tributaria, se considera que estas operaciones no deben someterse al Impuesto de

En cualquier caso, desde la perspectiva de la contratación electrónica, urge una reforma de nuestra legislación para que puedan tener virtualidad práctica los derechos otorgados a los consumidores, debiendo quedar igualmente protegidos los intereses de los proveedores a distancia de bienes y servicios, y de los terceros que intervengan en la financiación de los contratos dirigidos a la adquisición o disfrute de éstos.

Para el futuro, debe tenerse en cuenta que una excesiva protección de los consumidores puede provocar la aparición de otra parte contratante débil: los proveedores de bienes y servicios, especialmente en los casos de pequeña y mediana empresa. En este sentido, creo que deben articularse los medios necesarios para que se produzca un justo equilibrio entre la situación contractual de una y otra parte. Ello no supone prescindir de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, sino utilizar el criterio de la buena fe para integrar el contrato electrónico de acuerdo con las particularidades que cada uno presente. De esta manera, cabrían aplicar los dos principios a que alude DÍEZ-PICAZO (127) como nueva doctrina general del contrato. Por un lado, que un contrato debe quedar formado cuando, dadas las circunstancias en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de oferente y aceptante, la buena fe exija que el contrato se encuentre formado. Ello no supone ningún obstáculo para el ejercicio del desistimiento o la resolución en el sentido expresado con anterioridad. Por otro, que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podrían esperar que tal contrato tuviera, lo cual puede suponer un criterio a tener en cuenta para valorar los comportamientos, tanto del proveedor como del consumidor según los casos.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Actos Jurídicos Documentados, porque al emitir la tarjeta simplemente se está poniendo a disposición del titular, como consecuencia del contrato de emisión, un instrumento adecuado para acceder a los servicios que se concedan en dicho contrato de emisión, sin que se incorpore a la tarjeta una orden de pago. Cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Pons, Madrid, 1996, págs. 514 y ss.; y OLIVER CUELLO, *Tributación...*, cit., págs. 127 y ss (127) Cfr. «¿Una nueva doctrina general del contrato?», cit., págs. 1716-1717.