

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. RÉGIMEN JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

por

Antonio Sotillo Marti ()*

Sumario:

1. Introducción general. Algunos conceptos previos. A) Sobre la terminología. B) Sobre los conceptos. C) Concepto de consumidor. D) Algunas cifras. E) Los problemas de seguridad. 2. Las normas jurídicas reguladoras del comercio electrónico en la Unión Europea y en el Derecho español. 3. Ambito de aplicación del expuesto régimen legal en la contratación electrónica con consumidores. 4. Los diferentes ámbitos negociales en el comercio electrónico respecto a los posibles sujetos intervinientes. 5. Los grandes principios rectores del Derecho del comercio electrónico. A) Equivalencia funcional de los actos comerciales electrónicos respecto de los autógrafos o manuales. B) La forma necesariamente escrita de ciertos contratos. C) La prueba del contrato celebrado por vía electrónica. D) Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos. E) El principio de buena fe. F) Principio de libertad contractual. G) Neutralidad tecnológica de las normas de comercio electrónico. 6. Especialidades protectoras del consumidor en la contratación electrónica. A) Obligación de información previa a la celebración del contrato. B) Momento de la perfección del contrato. C) Lugar de celebración del contrato y ley aplicable a los contratos electrónicos. D) Información posterior a la celebración del contrato. E) Contenido del contrato. Régimen de las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. F) La posibilidad de desistir del contrato como derecho del consumidor. G) El momento del pago. La distinción entre comercio electrónico indirecto y directo. Adquisición mediante crédito. H) Régimen del incumplimiento de las obligaciones contraídas. I) La competencia de Juzgados y Tribunales. J) Códigos de conducta y procedimientos de arbitraje. K) Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Protección de datos personales. L) Irrenunciabilidad de los derechos que la Ley otorga al consumidor.

(*) Profesor de Derecho Mercantil y Director del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia. Conferencia dictada el 11 de octubre del 2.003. VI Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial. Maldonado, Intendencia Municipal

1. INTRODUCCIÓN GENERAL. ALGUNOS CONCEPTOS PREVIOS

A) Sobre la terminología

Vamos a usar indistintamente los términos “*contratación electrónica*” y también “*comercio electrónico*”, aunque somos conscientes de las diferencias que existen entre ambos, ya que el primero es mucho más genérico y el segundo más específico. Se trataría de dos círculos concéntricos, situándose el comercio electrónico dentro del círculo más amplio de la contratación, por cuanto el comercio electrónico es también un contrato. Pero podemos utilizar ambas expresiones, ya que la protección del consumidor se extiende a cualquier tipo de contrato electrónico, incluyendo, por supuesto, las transacciones comerciales electrónicas, ya se realicen a través de redes virtuales cerradas y privadas (como pueden ser las denominadas Electronic Data Interchange: la SWIFT Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, o la SEPI en España Sistema de Pagos Interbancarios), o se lleven a cabo a través de Internet como red universal abierta.

B) Sobre los conceptos

La legislación europea y española, que luego citaremos y de la que he entregado un ejemplar recopilatorio para el Instituto, ofrece las siguientes definiciones:

- *Contrato electrónico como todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.*
- *Servicios de la sociedad de la información como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Se incluyen también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. La contratación por vía electrónica es uno de los servicios de la sociedad de la información, pero estos pueden ser de muy diverso tipo, como el suministro de información, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos, la gestión de compras en la red, el envío de comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

C) Concepto de consumidor

También la legislación reguladora del comercio electrónico se refiere al *Consumidor como la persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Pues bien, dicho artículo 1 define al consumidor como *las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*. Aclara a continuación que quienes adquieren o utilizan bienes o servicios sin constituirse en desti-

natarios finales para sus propios procesos de producción o para su comercialización no son considerados consumidores.

Parece que la Ley utiliza el concepto más restrictivo de consumidor.

Sin embargo, esta legislación también utiliza el término *destinatario del servicio como la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información*. Se trata claramente de un concepto más amplio, que puede coincidir o no en algunos casos con el de consumidor. Con todo, el destinatario también recibe la protección de la legislación de los servicios de la sociedad de la información. Lo que sucede es que si además de destinatario es un consumidor según la definición dicha recibirá un grado más alto de protección y algunos derechos más tuitivos que los otorgados al mero destinatario.

D) Algunas cifras

Se ha estimado que el mercado mundial del comercio electrónico podría alcanzar en este año 2003 la suma de 1'4 billones de dólares USA. En Europa podría alcanzar los 340 mil millones de euros. En España y para el año 2004 el cálculo de ventas por Internet a particulares se situaría en 34'6 billones de pesetas, frente al 1'3 billón que movió el mercado de 1998, lo que equivale a aumentar 25 veces el volumen económico de operaciones. Ahora bien, también se estima que más del 90% de las operaciones comerciales electrónicas son todavía transacciones entre las propias empresas y sólo el 10% como máximo son con particulares. (Informe Technology Forecast 2000 de PriceWaterhouseCoopers).

E) Los problemas de seguridad

Tema clave para el desarrollo del comercio electrónico. Se trata de obtener el máximo de seguridad técnica y jurídica. El uso del entrono digital en Internet ya ha adquirido un grado notable de seguridad técnica tanto en la identificación del emisor y del receptor, como en la integridad del mensaje. Además se requiere seguridad jurídica en la contratación y en su cumplimiento tanto en la entrega del bien adquirido, cuanto en el pago del precio. No obstante, parece que el sistema todavía no ha sido capaz de generar la suficiente confianza entre los operadores jurídicos y los particulares o consumidores.

2. LAS NORMAS JURÍDICAS REGULADORAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

La Directiva 1999/93 de 13 de diciembre sobre firma electrónica (D.O. L 13 de 19 enero). Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de diciembre de 1999.

La Directiva 2000/31 de 8 de junio sobre servicios de la sociedad de la información y Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (arts. 19 al 32).

Otra normativa de derechos y protección de consumidores en la contratación a distancia o entre ausentes, incluido el comercio electrónico, la cual estaría representada fundamentalmente por:

a) Los artículos 38 a 48 y Disposición Adicional 1ª de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996 en la redacción dada por la reciente Ley 47/2002 de 19 de diciembre. Estas normas regulan las ventas a distancia y los contratos electrónicos son siempre celebrados a distancia. Ahora bien, como indica el art. 38.6 en la contratación electrónica se aplica preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

b) La Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, por cuanto la mayoría de los contratos celebrados con consumidores por vía electrónica contienen condiciones generales. También el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, que se encuentra en trámite de modificación.

Está pendiente de introducir en Derecho español la Directiva 2002/65 de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL EXPUESTO RÉGIMEN LEGAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA CON CONSUMIDORES

Interesa ahora precisar qué tipos o clases de contratos quedan excluidos bien de la aplicación de la Ley sobre comercio electrónico, o bien de la aplicación de la regulación de las ventas a distancia.

El artículo 23.4 de la Ley de comercio electrónico declara que no es aplicable a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Además los contratos que requieran la forma de documento público o la intervención de jueces, notarios, registradores o autoridades públicas, se rigen por su propia legislación.

El artículo 38 de la Ley del Comercio Minorista declara que la regulación de las ventas a distancia en protección de los consumidores no se aplica a las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, ni a los contratos de servicios financieros y otros que señala la Disposición Adicional 1ª.

En consecuencia, el ámbito de aplicación de la legislación especial sobre comercio electrónico es más amplio e incluye más contratos que la regulación de las ventas a distancia.

Hay que hacer notar que la contratación desarrollada única y exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico no se somete a las obligaciones de información previa y posterior exigidas en la Ley de comercio electrónico (artículos 27.2.b y 28.2.b), pero es una contratación a distancia por lo que se somete a las exigencias de las ventas a distancia.

4. LOS DIFERENTES ÁMBITOS NEGOCIALES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO RESPECTO A LOS POSIBLES SUJETOS INTERVINIENTES

A) Es conocido que la contratación electrónica puede darse entre muy diferentes clases de personas. Se conoce así lo que se denomina "*business to business (B 2 B)*", cuando la contratación se lleva a cabo entre dos empresarios o profesionales. Por otra parte, puede ser "*business to consumers (B 2 C)*", cuando el contrato se efectúa entre un empresario o profesional y un consumidor. Por último, la relación puede establecerse directamente entre particulares o consumidores "*consumer to consumer (C 2 C)*". Naturalmente, los efectos de las normas protectoras de los consumidores no pueden darse ni en la primera ni en la última de las modalidades contractuales señaladas. Sin embargo, recordemos que algunos preceptos de la legislación sobre la sociedad de la información y de comercio electrónico son de aplicación cualquiera que sea el destinatario del servicio de la información, aunque no sea consumidor, por lo que dichas normas se aplicarían también al caso primero B 2 B.

B) El fundamento de esta diferencia estriba precisamente en una opción de política legislativa de protección de los consumidores ya plenamente consagrada tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el propio Derecho español.

La Unión Europea representa un mercado que integra en torno a 375 millones de consumidores, lo que viene a significar que tan decisivo es el óptimo desarrollo del comercio B2B como el del B2C. De ahí que el legislador europeo quiera dejar clara la idea de que la Directiva no afecta a "la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados con consumidores; por tanto, la presente Directiva no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual", añadiendo además que "se deberá interpretar que las obligaciones contractuales en los contratos celebrados por los consumidores incluyen la información sobre elementos esenciales del contenido del contrato, incluidos los derechos del consumidor, que tengan una influencia determinante sobre la decisión de celebrarlos".

Sin embargo, la finalidad de las normas protectoras de los consumidores por entender que su posición es especialmente vulnerable cuando contrata o se relaciona a nivel negocial con un operador económico que tiene la condición de empresario o profesional. No tiene sentido aplicarlas cuando ambos contratantes son empresarios o profesionales conocedores y expertos en el negocio, ni cuando ambos son consumidores.

C) La regla general consiste en que cuando la relación contractual o comercial se establece entre empresarios (el comercio electrónico B 2 B) rige la plena libertad de pactos sobre el contenido del contrato sin otros límites que no sean los establecidos con carácter general en el artículo 1255 Código Civil.

Por el contrario, en las transacciones B 2 C existen importantes restricciones a la libertad de pactos, las cuales tienen su fundamento en la necesidad de dispensar una protección especial al consumidor cuando su contraparte es un empresario o profesional, en aras de evitar que precisamente al amparo de esa libertad de pactos pudiera precarizarse aún más la endeble protección del consumidor en el contrato.

5. LOS GRANDES PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) Equivalencia funcional de los actos comerciales electrónicos respecto de los autógrafos o manuales

Lo importante es la declaración de voluntad con independencia de que la misma esté contenida en un soporte escrito o electrónico. No puede haber un trato discriminatorio a las declaraciones negociales electrónicas respecto a las emitidas en un contexto físico. Este principio se consagró ya en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL de 1996 y aparece recogido en el artículo 23.3 de la Ley española.

También la legislación sobre firma electrónica viene a reconocer la equivalencia funcional entre firma manuscrita y firma electrónica y, por tanto, aunque sea de modo indirecto, la equivalencia entre documento escrito y documento electrónico.

El artículo 23.2 de la Ley española declara la validez de la celebración de contratos por vía electrónica, aún cuando no exista un previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

B) La forma necesariamente escrita de ciertos contratos

Ya hemos visto que se excluyen de la legislación sobre firma electrónica y de la de comercio electrónico aquellos negocios que necesariamente por imperativo legal deban constar en documento público notarial, registral o administrativo. Por mucho intercambio de datos e información electrónica al final será necesario un documento escrito.

Incluso el requisito de documento escrito que diversas leyes exigen (condiciones generales, seguros, crédito al consumo, viajes combinados, edición, ventas a plazos de bienes muebles...) puede quedar cubierto bien por el envío inmediato, una vez celebrado el contrato electrónicamente, de la justificación por escrito o en soporte duradero de la contratación efectuada donde deben constar todos los términos de la misma; o bien mediante la utilización de la 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.

C) La prueba del contrato celebrado por vía electrónica

El artículo 24 de la Ley española reconoce total valor probatorio al contrato celebrado por vía electrónica.

También el artículo 3 de la Ley española sobre firma electrónica equipara el valor probatorio de la firma electrónica y la firma manuscrita.

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ya había reconocido valor probatorio entre el catálogo de documentos no sólo al papel escrito, sino a otros soportes físicos de

declaraciones de voluntad (videos, films) e incluso soportes informáticos (diskettes y ficheros informáticos) Así S.S.T.S. de 19 abril 1991, y de 25 marzo y 3 noviembre 1997, entre otras.

El nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000 reconoce en sus artículos 299, 382 y 812 la posibilidad de aportar como prueba en los procedimientos no sólo documentos escritos, sino también otros documentos o ficheros electrónicos o informáticos, valorando el Tribunal dichos instrumentos a efectos probatorios según las reglas de la sana crítica.

D) Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos

El artículo 23.1 de la Ley española de comercio electrónico declara que esta modalidad de contratación no pretende alterar las normas jurídicas generales sobre las obligaciones y contratos del Código Civil español.

Los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa) siguen siendo los mismos, los presupuestos de capacidad de las partes, la nulidad del contrato por ausencia o ilicitud de algún elemento esencial, los vicios del consentimiento... no sufren ninguna modificación. Ciertamente estamos ante una nueva forma de prestar el consentimiento y ello va a suponer algunas nuevas obligaciones en cuanto a información, confirmación de la voluntad contractual y acuse de recibo, pero ello no altera los grandes principios y conceptos dogmáticos del Derecho contractual.

La contratación electrónica es un contrato entre ausentes en la mayoría de los casos. No siempre, pues la videoconferencia o el chat puede considerarse equivalente a la contratación telefónica, que es una contratación entre presentes. La noción de contratación entre ausentes no fija su atención tanto en una cuestión física o espacial, sino en el proceso de contratación, según se desarrolle de modo ininterrumpido o no (DIEZ PICAZO y ya la S.T.S. de 3 enero 1948).

Ello tiene alguna peculiaridad en cuanto a determinar el momento de perfección del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación. Pues bien, la Disposición Adicional 4ª de la Ley española, modificando y unificando el criterio contenido en el artículo 1262 Código Civil (criterio del conocimiento por el oferente de la aceptación del adherente) y en el artículo 54 del Código de comercio (criterio de la emisión de la aceptación de la oferta), ha establecido una muy complicada regla que es de aplicación a todos los contratos a distancia o entre ausentes, sean electrónicos o no.

El texto legal opta por el criterio del conocimiento de modo desafortunado, pues no acoge el criterio universalmente aceptado, cual es el de recepción de la aceptación, tal y como figura en el art. 18.2 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y en el art. 1.9 de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT de 1995.

E) El principio de buena fe

Regla general del Derecho recordada por el artículo 57 Código de comercio como protección de la confianza, mucho más imperativa en la contratación electrónica donde las partes no se conocen, están en distinto lugares y no pueden supervisar directamente los bienes objeto de contratación. La desconfianza y la inseguridad jurídica representan las grandes fuerzas de resistencia para el desarrollo del comercio electrónico. Aunque este principio no aparezca claramente consagrado ni en la Directiva de comercio electrónico ni en la Ley española, debe reconocerse su vigencia en base al precepto citado y a los artículos 7.1 y 1258 del Código civil.

F) Principio de libertad contractual

Ya lo hemos expuesto anteriormente con las limitaciones que veremos seguidamente para los casos de contratación electrónica con consumidores (B 2 C).

G) Neutralidad tecnológica de las normas de comercio electrónico

Se trata de cumplir un objetivo: que las nuevas normas que regulan el comercio electrónico puedan resultar igualmente idóneas tanto para la tecnología existente en el momento en que son formuladas, como para las tecnologías futuras. No siempre es así en la legislación, por ejemplo si estudiamos la normativa europea y española sobre firma electrónica.

En efecto, dichas normas no son plenamente neutrales, toda vez que establecen una disciplina privilegiada para lo que ha dado en llamarse firma electrónica avanzada: la basada en la criptografía asimétrica (llave de acceso pública y llave de acceso privada) y que a su vez haya sido certificada por un prestador de servicios de certificación acreditado, con la consiguiente discriminación tanto de las tecnologías tradicionales basadas en la criptografía simétrica (de clave única), muy próximas hoy a los actuales PIN (números de identificación personal, como de las tecnologías que hoy se encuentran en fase de experimentación, tales como las biométricas o fotométricas, basadas en determinadas características fisiológicas del firmante o contratante.

6. ESPECIALIDADES PROTECTORAS DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

A) Obligación de información previa a la celebración del contrato

Se trata de reforzar y subrayar el principio básico del consentimiento informado. Toda la información que se suministre vía Internet deberá aparecer en la pantalla de manera clara y fácilmente identificable por parte del consumidor.

El artículo 39.1 de la Ley Ordenación Comercio Minorista (LOCM) en la redacción dada por la reciente Ley de 19 diciembre 2002 exige que toda propuesta de contratación evidencie de modo inequívoco que se trata de una oferta comercial.

El artículo 40.2 de la misma Ley exige que la información facilitada se redacte de modo claro y comprensible, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, respetando el principio de buena fe en las transacciones comerciales.

Por su parte, el artículo 41 exige el consentimiento expreso y la aceptación explícita, no valiendo el simple silencio. El artículo 42 prohíbe enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él a los comerciantes, cuando no sean envíos gratuitos.

a) Información derivada del medio en que se desarrollará la contratación.

- Información relativa a los costes derivados del uso de una técnica de comunicación a distancia. Artículo 40.1.g de la LOCM.
- Información relativa al desarrollo de la secuencia contractual. Artículo 27.1 y 2 de la Ley Comercio Electrónico. Su incumplimiento es una infracción sancionable con multa (artículos 38.4.e y 39.1.c de la misma Ley).

b) Información relativa a las circunstancias de la contratación.

- La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato. Artículo 27.1.d
- El plazo de validez de la oferta. Artículo 40.1.h de la LOCM y artículo 27.3 de la Ley Comercio Electrónico.

c) Información relativa al contenido del contrato.

- La identificación del prestador de servicios oferente. Artículo 10.1 de la Ley de Comercio Electrónico y artículo 40.1.a de la LOCM.
- Identificación del objeto: bienes, servicios y precio. Artículo 40.1.b, c y d de la LOCM y el artículo 10.1.f de la Ley Comercio electrónico.
- Modalidades y plazos de cumplimiento: pago y ejecución. Artículo 40.1.e LOCM.

d) Información relativa a la existencia del derecho de desistimiento.

Artículo 40.1.f de la LOCM en relación con el artículo 45.

B) Momento de la perfección del contrato

Ya hemos visto como la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Comercio Electrónico modifica los artículos 1262 Código civil y el 54 Código comercio. La reforma no acoge el criterio de la recepción por el oferente de la aceptación del adherente. Subsiste erróneamente el criterio del conocimiento por parte del oferente, pero este conocimiento cede frente a la recepción cuando no ha sido posible el conocimiento debido a la mala fe del oferente.

Parece que las normas desean proteger a los contratantes adherentes, por cuanto no basta para la perfección del contrato que emitan su aceptación, sino que es necesario que la misma sea conocida por el oferente o sea, al menos, recibida por éste.

C) Lugar de celebración del contrato y ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales.

El lugar de celebración del contrato es importante en orden a la determinación de la ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.5 Código civil y dado que en este caso, ante la presencia de un consumidor, la norma es imperativa y no permite pactos en contrario. Todo prestador de servicios de la sociedad de la información de la Unión europea queda sometido a esta regla en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la misma Ley.

D) Información posterior a la celebración del contrato

Dos clases de obligaciones corresponden al oferente o prestador del servicio frente al destinatario y al consumidor.

En primer lugar, según el artículo 28 de la Ley de Comercio electrónico, el oferente está obligado a la confirmación de la recepción de la aceptación. Ello es en todo caso obligatorio cuando el contratante es un consumidor (artículo 28.3.a). No es obligatoria cuando el contratante no sea un consumidor y así se haya pactado, o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante correo electrónico.

Además, según el artículo 3.1 del Decreto 1906/1999, el adherente, sea o no consumidor, ha de recibir como máximo en el momento de la entrega de la cosa o del inicio de la ejecución del contrato la confirmación documental de la contratación efectuada.

En segundo término y a tenor de lo establecido en el artículo 47 LOCM, el oferente ha de entregar al consumidor confirmación documental de toda la información que obligatoriamente el comerciante ha tenido que proporcionarle con carácter previo a la celebración del contrato. El consumidor puede exigir que se le entregue por escrito y no en soporte informático.

E) Contenido del contrato. Régimen de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas

La mayoría de los contratos electrónicos incluyen condiciones generales de la contratación, es decir, contenidos negociales predispuestos e impuestos por el oferente de modo general en todas sus ofertas contractuales. Por tanto, es de aplicación el régimen legal español de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, que existe también en los países de la Unión Europea. Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre en trámite de modificación.

La Ley es aplicable a toda contratación que contenga condiciones generales, ya se celebre entre empresarios o profesionales o con un consumidor. Ahora bien, la Ley ha regulado las llamadas "cláusulas abusivas de los contratos" modificando los artículos 10, 10 bis y 10 ter de la Ley General de Consumidores de 1984. Esta regulación prohibitiva de cláusulas

abusivas es sólo aplicable a la contratación electrónica con un consumidor (B 2 C), pero no a la contratación entre empresarios (B 2 B).

También existe un diferente alcance, según que el sujeto adherente al contrato sea consumidor o no, en cuanto a los controles legales de las condiciones generales. Así, el “*control de incorporación*”, que tiende a asegurar que tales condiciones generales incorporadas al contrato han sido aceptadas expresamente por el adherente, es aplicable a todo contrato, cualquiera que sean los sujetos. Mientras que el llamado “*control de contenido*”, que tiende a asegurar que el clausulado de las condiciones generales no incluye cláusulas abusivas, sólo se aplicará a la contratación electrónica B 2 C.

Por su parte el artículo 27.4 de la Ley Comercio electrónico impone al oferente la obligación de poner a disposición del destinatario las condiciones generales de modo tal que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario, sea o no consumidor.

F) La posibilidad de desistir del contrato como derecho del consumidor

El derecho de desistimiento a favor del consumidor del contrato ya celebrado se configura en la Ley como un derecho sin necesidad de justa causa, sin formalidades, libre de cargas e irrenunciable.

Ahora bien, existen supuestos en los que por el objeto contractual se excluye el derecho del consumidor al desistimiento salvo pacto en contrario. Tales supuestos están en el artículo 45 y en la Disposición Adicional 1ª nº 2 y 7 de la LOCM.

El plazo de ejercicio de este derecho es de siete días hábiles contados del modo que establece imperativamente el artículo 44.4 y 5 de la LOCM.

Rige el principio de libertad de forma para el ejercicio de este derecho conforme subraya el artículo 44.2 de la LOCM de acuerdo con la regla general del artículo 1278 Código civil. Dado que es el consumidor beneficiado quien debe probar su desistimiento, el artículo 47.1.a de la LOCM exige al oferente que informe del modo en que habrá de ejercitarse este derecho.

Respecto a las consecuencias del desistimiento, la legislación regula tanto lo relativo a los posibles gastos de devolución de la cosa como la restitución de las prestaciones. El ejercicio del derecho de desistimiento no puede comportar la imposición o penalidad alguna para el consumidor y así lo prevé el artículo 44.1 y 3 de la LOCM. Pero puede exigirse al comprador que se haga cargo en algunos casos del coste directo de devolución del producto al vendedor en los términos del artículo 44.3 de la LOCM. En cuanto a la restitución de las prestaciones debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 44.6 y 7 de la LOCM.

En todo caso y en aplicación de las normas generales sobre contratos del Código civil (artículos 1083, 1094, 1105, 1303, 1307 y 1308), el consumidor que haya obrado de modo negligente en el uso o conservación de la cosa debe indemnizar al vendedor los desperfectos causados.

Por último, señalar que el no ejercicio del derecho de desistimiento no es obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho (artículo 44.8 LOCM).

G) El momento del pago. La distinción entre comercio electrónico indirecto y directo. Adquisición mediante crédito

Para comprender la práctica en este tema, debemos partir de la distinción entre el comercio electrónico indirecto y el directo. En el primer caso, el pago será hecho mediante reembolso por el comprador a la recepción de la mercancía comprada. Por tanto, no plantea excesivos problemas por cuanto el consumidor puede incluso examinar la mercancía y detectar, al menos, los vicios aparentes o externos. Ahora bien, en el comercio electrónico directo en muchas ocasiones el consumidor comprador habrá pagado antes de recibir la cosa o el servicio. Incluso puede haber utilizado su número de tarjeta de débito o de crédito.

El artículo 40.1.e de la LOCM obliga en toda venta a distancia o entre ausente, incluido el comercio electrónico, al comerciante vendedor a mencionar en la información previa la forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución. Parece que la nueva redacción del artículo 43.2 de la LOCM permite exigir el pago total o parcial por adelantado, por cuanto se prevén los supuestos y el plazo máximo de 30 días para que el consumidor recupere las sumas que haya abonado.

En contrapartida, el precepto impone una sanción al empresario incumplidor: el abono del doble de la suma adeudada más la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios reclamables por el consumidor en lo que excedan de dicha cantidad. Lo primero es una obligación ex lege que no requiere más prueba por parte del consumidor que le del incumplimiento de la obligación de reintegro del comerciante. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de los mismos a tenor de las normas generales de contratos del Código civil (artículos 1106 y 1107).

Al pago mediante tarjetas de débito, crédito o comerciales se refiere el artículo 46 de la LOCM, que reconoce al consumidor la posibilidad de anular los cargos efectuados en su tarjeta con ocasión de un uso indebido o fraudulento de la misma. Ahora bien, el artículo 46.2 también prevé el supuesto de que sea el consumidor quien intente el fraude, en cuyo caso, si con posterioridad a la anulación del cargo correspondiente se demostrase que la compra fue efectivamente realizada por el consumidor titular de la tarjeta y siempre, claro está, que la anulación no se corresponda con el legítimo ejercicio del derecho de desistimiento o de la resolución del contrato, quedará éste obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que como consecuencia de la referida anulación se hayan podido ocasionar al proveedor.

En relación con las adquisiciones mediante crédito, el artículo 44.7 de la LOCM dispone que *“en caso de que el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero previo acuerdo de éste con el vendedor; el ejercicio del derecho de desistimiento o de resolución contemplados en este artículo implicará al tiempo la resolución del crédito sin penaliza-*

ción alguna para el comprador". Se trata del reconocimiento legal de la conexión entre contratos, cuya vinculación funcional es evidente y jurídicamente relevante.

H) Régimen del incumplimiento de las obligaciones contraídas

Algunas normas especiales en materia de cumplimiento por parte del oferente contiene la LOCM en su artículo 43.1, 2 y 3.

Respecto a los plazos de cumplimiento del contrato por parte del oferente, a falta de previsión expresa en otro sentido en la oferta contractual, se fija un plazo máximo de 30 días desde que el adquirente le haya comunicado su pedido. Si por falta de disponibilidad del producto, el pedido no puede ser atendido, el artículo 43.2 impone al vendedor la obligación de informar inmediatamente de ello al consumidor y devolverle las cantidades que éste hubiera abonado anticipadamente. No obstante, el vendedor puede haberse anticipado a tal eventualidad, informando al comprador al momento de contratar sobre la posibilidad de sustituir el bien inicialmente previsto por otro de similares características de igual o superior calidad (artículo 43.3).

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del adquirente, consumidor o no, al no existir regulación específica deberemos recurrir a la propia del contrato celebrado, si la hubiere, o a las normas generales del Código civil.

I) La competencia de Juzgados y Tribunales

En el Derecho español y en la práctica forense, la regla general consiste en fijar con carácter imperativo e irrenunciable como Juez competente el del lugar del domicilio del consumidor. No caben en estos casos pactos o cláusulas contractuales de sometimiento a fuero o de sumisión a Juzgados y Tribunales distintos.

Así, la legislación general de consumidores considera como cláusula abusiva la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor (Disposición Adicional 1ª Ley Consumidores desde la reforma de 1998).

De igual modo, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 54.2 señala que *"no será válida la 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"*. Por su parte, el artículo 54.1 declara como imperativa la norma general contenida en el artículo 52.2, según la cual en materia de contratos de seguros, o de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de una oferta pública, será Juez competente el del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta respectivamente.

Todas las anteriores reglas son plenamente aplicables a la contratación o comercio electrónico.

En materia de contratación y comercio electrónico en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea debe tenerse presente el Convenio de Bruselas de 1968, que ha sido

sustituido por el Reglamento nº 44/2001 de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Pues bien, el artículo 16 de dicho Reglamento señala que si el demandante es el consumidor podrá interponer su demanda, a su elección, bien ante los Tribunales de su domicilio o los del domicilio de la otra parte. Pero si el demandante es la otra parte y el demandado es el consumidor, sólo podrá interponerse la demanda ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor.

J) Códigos de conducta y procedimientos de arbitraje.

El artículo 18 de la Ley de comercio electrónico se refiere a la promoción en la elaboración y utilización de Códigos de conducta en la contratación electrónica por los oferentes como instrumento válido de autorregulación de los intereses y como mecanismo de seriedad y confianza en la propia contratación.

Por su parte, el artículo 32 de la misma Ley y bajo el enunciado "*Solución extrajudicial de conflictos*" prevé que el prestador y el destinatario, sea o no consumidor, puedan someter sus conflictos a un arbitraje, regulado en Derecho español de forma general en la Ley 36/1988 de 5 diciembre de Arbitraje.

También pueden someterse al denominado *arbitraje de consumo* regulado en el artículo 31 de la Ley 26/1984 de 19 julio de Consumidores y en un Real Decreto 636/1993 de 3 mayo y que es totalmente gratuito para el consumidor, salvo los gastos derivados de las pruebas que él mismo proponga. Este arbitraje se lleva a cabo por las denominadas *Juntas Arbitrales de Consumo*, que existen a nivel nacional o de Comunidad Autónoma o Región y a nivel municipal. El Colegio arbitral está compuesto por tres árbitros, uno designado por las Asociaciones de consumidores, otro por las organizaciones empresariales y el tercero por la propia Administración Pública competente.

K) Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Protección de datos personales.

La propia Ley de Comercio electrónico regula en sus artículos 19 a 22 las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales realizadas por vía electrónica, definidas por la Ley como "*toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*".

Debe destacarse el artículo 21 que prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente sin que de modo previo hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

Por otra parte, merece destacarse, aunque no puedo extenderme en su análisis en el marco de esta intervención, que la protección de los destinatarios y consumidores respecto a los mensajes o tratamiento de datos personales obtenidos por vía electrónica, incluida la contratación, se completa mediante la plena aplicación de la legislación española de protección de datos. En el ámbito europea existe la Directiva 2002/58/ de 12 de julio de 2002 relativa

al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocida como la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

L) Irrenunciabilidad de los derechos que la Ley otorga al consumidor

Para terminar esta ya larga exposición, debe subrayarse que el artículo 48 de la LOCM establece la irrenunciabilidad de los derechos que se conceden al consumidor.

En el mismo sentido, la legislación de condiciones generales de la contratación y la legislación de consumidores declara abusivas aquellas cláusulas contractuales que impongan renuncias o limiten los derechos del consumidor.

Todo lo anterior refuerza el carácter imperativo de las normas que hemos examinado en protección de los intereses de los consumidores en la contratación electrónica considerada como un ejemplo de contratación a distancia o entre ausentes.

Una acción complementaria se concede a los consumidores por la LOCM en el artículo 48.3: la acción de cesación. Tal acción se concede a favor del consumidor y está dirigida a obtener una sentencia judicial que condene al otro contratante u oferente a cesar en las conductas contrarias a la ley lesivas de los intereses de los consumidores y a prohibir su realización o reiteración futuras. Ha sido establecida en el ámbito de la Unión Europea por la Directiva 98/27 de 19 mayo 1998 y se ha desarrollado en el Derecho español por la Ley 39/2002 de 28 de octubre.

**REALIZACION
GRAFICA**
de



**FUNDACIÓN DE CULTURA
UNIVERSITARIA**

IMPRESO Y ENCUADERNADO EN
MASTERGRAF SRL
GRAL. PAGOLA 1727 - CP 11800 - TEL.: 203 4760*
MONTEVIDEO - URUGUAY
E-MAIL: MASTERGRAF@NETGATE.COM.UY

DEPÓSITO LEGAL 342.290 - COMISIÓN DEL PAPEL
EDICIÓN AMPARADA AL DECRETO 218/96