



# LA FORMACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO: APROXIMACIÓN A UNA REALIDAD NEGOCIAL EMERGENTE (1)

por Luis M.<sup>a</sup> Miranda Serrano  
Javier Pagador López

Universidad de Córdoba

**RESUMEN:** Este trabajo ofrece unas consideraciones generales acerca de lo que ha dado en llamarse *contrato electrónico* y, más en concreto, acerca de su formación y ejecución. Con tal propósito, tras concretarse el marco normativo del contrato electrónico, sometido recientemente a algunas modificaciones significativas, la atención se centra en dos extremos principales: 1.º) la disciplina legal aplicable a la perfección, ejecución y prueba del contrato electrónico, con referencia al régimen jurídico relativo a la incorporación de condiciones generales; y 2.º) los aspectos más sobresalientes de la normativa reguladora del contrato electrónico en cuanto modalidad singular de contrato a distancia (desestimiento negocial, etc.).

**Palabras clave:** Contrato electrónico, momento y lugar de perfeccionamiento, documentación y prueba, condiciones generales, contrato a distancia, derecho de desistimiento.

**ABSTRACT:** This work offers some general considerations about the denominated *electronic contract* and, in short, about its formation and execution. With such a purpose, after being summed up the normative mark of the electronic contract, subjected recently to some significant modifications, the attention is centered in two main points: 1.º) the applicable legal discipline to the perfection, execution and it legal evidence of the electronic contract, with reference to the relative juridical system to the incorporation of general conditions; and 2.º) the most excellent aspects of the regulator normative of the electronic contract as soon as singular modality of contract at distance (dismiss, etc.).

**Key words:** Electronic contract, moment and place of perfection, documentation and it legal evidence, general conditions, contract at distance, dismiss.

## I. INTRODUCCIÓN

Nos corresponde aquí a nosotros efectuar algunas consideraciones acerca de lo que da en llamarse el *contrato electrónico*, y, más en concreto, acerca de su formación y ejecución. Con carácter previo, y aunque constituya ya casi un tópico, conviene recordar y subrayar los cambios que ha experimenta-

do nuestra sociedad y nuestro mundo como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

Las posibilidades abiertas por estas nuevas tecnologías son potencialmente ilimitadas y con toda probabilidad inimaginables hace sólo veinte o treinta años. Quién nos iba a decir por aquel entonces lo que iban a suponer en nuestras vidas fenómenos como la red de redes o *internet*. Quién nos iba a decir en aquel momento que podríamos obtener información, comunicarnos con cualquier lugar del planeta, consultar libros, leer periódicos, escuchar música y ver películas, sentados cómoda-

(1) Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación SEJ2007-67747/JUR1 de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, y del que es investigador principal Juan Ignacio Font Galán.

mente en nuestros domicilios ante un ordenador. No en vano se ha acuñado incluso una nueva expresión para describir la transformación producida: se habla ahora, con expresión gestada en la Unión Europea y acogida ya por un texto con rango formal de Ley, de *sociedad de la información*.

Pero de entre todas estas posibilidades que ha traído consigo el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información interesa subrayar en este momento otra, más relacionada con el objeto de nuestra intervención. Porque, además de todo lo anterior, ahora podemos *contratar la adquisición de bienes y la prestación de servicios* también desde nuestro ordenador, sin tener que personarnos en ningún establecimiento, desplazarnos hasta la estafeta de correos para remitir una carta o tomar el teléfono para efectuar una llamada. Ahora es más sencillo. Basta con pulsar una tecla; o varias. En esto consiste, *grosso modo*, la contratación electrónica. O, en realidad, como veremos, en esto y algo más, y más complejo.

Para designar este nuevo tráfico jurídico y económico que se arremolina alrededor de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación hemos acuñado la expresión *comercio electrónico*. Con ella, como se puede advertir, no aludimos tanto al objeto de este nuevo tráfico jurídico y económico, cuanto a los cauces o canales por los que se desenvuelve. Al menos coloquialmente, todos tendemos a asociar comercio electrónico con internet. Sin embargo, aquél no sólo se desarrolla a través de éste. Incluso, históricamente, la primera fase de la expansión y consolidación del comercio electrónico se produjo al margen de internet, a través de *redes cerradas*, como sucede con el conocido EDI (*electronic data exchange*) o intercambio electrónico de datos (2). No obstante, no es incorrecto pensar que al menos en lo que afecta a la contratación realizada por consumidores y usuarios, el comercio electrónico se realiza mayoritariamente a través de internet y de correo electrónico.

Desde el punto de vista económico, esta nueva fórmula de contratación presenta las ventajas propias, más en general, de la contratación a distancia, probablemente en su grado máximo, pero, a la vez, sus inconvenientes. Por un lado, para quien

(2) El vocablo EDI corresponde al acrónimo inglés de la expresión *Electronic Data Interchange* (Intercambio Electrónico de Datos). EDI es el envío y recepción de documentos con medios telemáticos con el fin de posibilitar su tratamiento automático. Este sistema pretende que el emisor y receptor de un determinado documento comercial puedan ser directamente los respectivos ordenadores centrales, ganando así tiempo y evitando errores.

actúa empresarialmente, se abren nuevas oportunidades de negocio territorialmente ilimitadas y se gana en agilidad en la celebración de contratos, sin tener que afrontar el gasto ocasionado por la apertura de establecimientos en cada uno de los lugares en que pretende desarrollar su actividad comercial. Por otro lado, para quienes adquieren bienes y servicios de este modo, en general, y para los consumidores, en especial, las ventajas no son menores: además de que se ahorran tiempo y desplazamientos (los necesarios para acudir a cada uno de los establecimientos cuyos productos o servicios estarían potencialmente interesado en contratar), ven incrementadas sus posibilidades efectivas de elección (pues pueden efectuar comparaciones simultáneas de las diversas ofertas existentes, sin sujeción a horarios comerciales, a veces inconvenientes) y, en principio, obtienen mejores precios (pues los empresarios tenderán a repercutir los menores costes que soportan en sus precios, que de este modo serán inferiores, siempre que haya una situación de efectiva competencia).

En contrapartida, esta forma de contratación presenta los inconvenientes asociados, en general, a la contratación a distancia. Tradicionalmente se ha dicho que el gran riesgo que presenta este tipo de contratación es el derivado de la corrección de su cumplimiento, o sea, el peligro de que el consumidor reciba un producto o servicio defectuoso o no exactamente coincidente con el que el cliente contrató o creyó contratar. Pero no sólo es esto. Gráficamente se ha dicho que quien decide celebrar uno de estos contratos actúa hasta cierto punto *a ciegas*, pues para adoptar su decisión sólo ha dispuesto de los datos facilitados por el empresario, quien lógicamente tenderá a presentar sus ofertas de un modo que resulte lo más atractivo posible para sus potenciales clientes, además de que el contexto en que se adopta la decisión de contratar no propicia precisamente la reflexión. Se quiere significar así que en el contexto de la contratación a distancia el consumidor o cliente se halla en una posición, por así decir, especialmente vulnerable. Esto se explica —como se infiere de lo anterior— por dos razones: por un lado, porque, para adoptar su decisión contractual, sólo ha dispuesto de la información facilitada por el otro contratante; por otro, porque el contexto en que se adopta dicha decisión propicia un cierto déficit de reflexión, ya que la oferta es recibida y aceptada fuera de los lugares en que de ordinario se celebran los contratos (el cliente *no está en guardia*). Este riesgo existe y actúa especialmente en el caso de quienes contratan a distancia actuando como consumidores o usuarios, particularmente indefensos ante el doble peligro de

desinformación o insuficiente información e irreflexión que acaba de ser descrito.

En el caso de la contratación electrónica, a lo anterior se suma la relativa desconfianza o recelo que esta nueva forma de contratación suscita todavía en algunos sectores de la sociedad, y que, según se acepta comúnmente, ha ralentizado en alguna medida el crecimiento [en general, menor de lo esperado, aun cuando no despreciable (3)] del comercio electrónico. Esta desconfianza es debida a que la seguridad del comercio electrónico se ve amenazada por dos tipos de riesgos. Por un lado, riesgos jurídicos; por otro, riesgos puramente técnicos. Entre los primeros (riesgos jurídicos), cabría por el momento aludir a la incertidumbre acerca de la validez y eficacia de las transacciones electrónicas; de la determinación del lugar y el momento en que han de considerarse perfeccionados los contratos concluidos por vía electrónica; de su prueba; o, en fin, acerca de la determinación de la responsabilidad soportada por los distintos sujetos y agentes implicados en los procesos de contratación electrónica. Entre los segundos (riesgos técnicos), cabe citar el riesgo de que el autor de un determinado mensaje o declaración de voluntad sea suplantado, o el de que el mensaje sea alterado, o el de que el emisor o el receptor del mensaje nieguen, respectivamente, haberlo emitido o haberlo recibido, o el de que el contenido del mensaje llegue a ser conocido por una persona no autorizada (4).

(3) Según el tercer estudio sobre el comercio electrónico en España, en 1999 las empresas españolas generaron unos ingresos por valor de 11.951 millones de pesetas, incrementando esta cifra con respecto a la del año anterior en un 351%, año en que el Comercio electrónico movió 3.400 millones de pesetas. Para el año 2000 se preveía un crecimiento en torno al 250%, llegando a 29.877 millones de pesetas. Para el año 2001 se preveía que los ingresos por Comercio electrónico llegasen a 74.692 millones de pesetas y se esperaba que en el año 2002 el crecimiento aumentase significativamente llegando a alcanzar los 336.114 millones de pesetas (el «resumen gratuito» del informe puede verse en [http://www.fecemd.org/archivos/resumen\\_estudio2000.doc](http://www.fecemd.org/archivos/resumen_estudio2000.doc)). Los datos más recientes indican que el comercio electrónico ha mantenido un importante crecimiento en los años transcurridos desde entonces. Por ejemplo, los datos relativos al cuarto trimestre del año 2007 ([http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME\\_CE\\_IVT\\_2007.pdf](http://www.cmt.es/es/publicaciones/anexos/INFORME_CE_IVT_2007.pdf)) ponen de manifiesto que durante este período de tiempo (p. 6) los ingresos del comercio electrónico en España superaron por primera vez los 1.000 millones de euros, con un crecimiento del 50,7% respecto al mismo trimestre del año anterior.

(4) En general, sobre cuanto acabamos de afirmar acerca del comercio electrónico, la contratación electrónica y los riesgos e inconvenientes que acechan a esta nueva forma de comercio y de contratación v. para mayor información, entre otros muchos: MADRID PARRA, «Contratación electrónica», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, t. III, pp. 2913 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, «El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)», en DN, núms. 118-119, julio-agosto de 2000, pp. 1 y ss.; LÓPEZ-MONIS/GARCÍA MÁZ, «La contratación electrónica: modernidad y seguridad jurídica», en AA.VV. (coord. DELGADO DE MIGUEL), *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, Madrid, 2004, pp. 109 y ss.; MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1999; IDEM, «Comercio electrónico», en AA.VV. (coord. BOTANA GARCÍA/RUIZ MUÑOZ), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999,

Para conjurar en la medida de lo posible ambos riesgos se trata de incrementar, respectivamente, la seguridad jurídica contractual (o sea, la relativa al proceso de celebración contractual desde un punto de vista estrictamente jurídico, es decir, en cuanto a la válida prestación del consentimiento y a la plena producción de sus efectos), y la seguridad técnica (o sea, seguridad en cuanto a la emisión, transmisión y recepción de los mensajes-declaraciones de voluntad, a fin de evitar los problemas de autenticidad, integridad, rehúse y confidencialidad de éstos). Para asegurar aquélla ha sido promulgada, fundamentalmente, la LSSICE de 2002 (5); para conseguir ésta, ha sido creada la figura de la firma electrónica, inicialmente regulada por el Real Decreto-Ley 1/1999, y, más tarde, por la Ley de Firma Electrónica de 2003 (en adelante, LFE), que ha derogado al anterior (6).

El conjunto de factores a que acabamos de aludir da cuenta del régimen jurídico aplicable a la formación y ejecución de los contratos electrónicos, a cuyo análisis dedicaremos los siguientes minutos.

## II. MARCO NORMATIVO Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN: EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Con carácter general, de la contratación electrónica se ocupa la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) (7), mediante la que se ha incorporado al Derecho interno español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el co-

pp. 247 y ss.; ONTIVEROS RODRÍGUEZ/MORA LORENZO, «La contratación electrónica», en *La Ley*, núm. 5730, 2003; VATTIER FUENZALIDA, «En torno a los contratos electrónicos», en *RGLJ*, núm. 1, enero-febrero de 1999, pp. 75 y ss.; MIRANDA SERRANO, «La contratación a distancia [y electrónica]», en MIRANDA SERRANO, VELA TORRES y PRIES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. 30 del *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 287 y ss.

(5) Este texto legal ha experimentado dos modificaciones de cierto alcance últimamente: por una parte, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (BOE de 19 de octubre) ha derogado los arts. 12, 38.2.c) y d) y 38.3.a) de la LSSICE; por otra parte, la —por diversas razones— muy conocida Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE de 29 de diciembre) (en adelante, LISI) ha modificado (art. 4) algunos aspectos de la LSSICE; aludiremos singularmente a las modificaciones que en cada momento resulten de interés.

(6) Este texto legal ha sido asimismo modificado por la ya citada LISI (art. 5).

(7) Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE de 12 de julio, modificada recientemente en los términos indicados en *supra*, nota 5.

mercio electrónico en el mercado interior [Directiva sobre el comercio electrónico (8)] (9).

De manera sectorial, también se ocupa de la contratación electrónica la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (en adelante, LCDSFDC), mediante la que se ha producido la incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva comunitaria de idéntico nombre (10).

Por otra parte, en la medida en que la contratación electrónica representa un caso concreto dentro de la contratación a distancia, aquélla queda asimismo sometida, con ciertos matices, a la disciplina jurídica aplicable a ésta. El régimen jurídico aplicable a la contratación a distancia también ha experimentado recientemente importantes modificaciones. Éstas

(8) V. DOCE L, núm. 178, de 17 de julio.

(9) El protagonismo de la LSSICE en la regulación del comercio electrónico es especialmente destacado. En ella se regulan las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, las comunicaciones comerciales electrónicas, la contratación por vía electrónica y las infracciones y sanciones administrativas que pueden imponerse en este ámbito. Se trata de una Ley que, pese a su juventud, ha merecido ya un grado considerable de atención por parte de nuestra doctrina. Entre los mercantilistas que la analizan destacan las aportaciones del Profesor ILLESCAS ORTIZ sobre los principios inspiradores de la contratación electrónica (el llamado *principio de propiciamiento de la contratación electrónica*, el *principio de libertad de forma*, etc.), que han visto la luz en su importante *Derecho de la contratación electrónica* (Civitas, Madrid, 2000) así como en algún otro trabajo posterior: v., *ad ex.*, los publicados en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 27, 2002, pp. 3 y ss.; y en AA.VV., *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Madrid, 2004, pp. 217 y ss.; y más recientemente «Los principios de la contratación electrónica, revisitados», en AA.VV. (dir. MADRID PARRA), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 21 y ss.

(10) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002); con anterioridad a la promulgación de la LCDSFDC, también se ocupaban de la contratación a distancia, con énfase evidentemente sectorial, las disposiciones adicionales primera (soporte duradero), segunda (contratación a distancia) y tercera (contratación electrónica) de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), con relación al contrato de seguro; estas disposiciones adicionales, junto con los arts. 6 bis y 83.a), habían sido introducidas en la LCS por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE de 5 de noviembre), con el propósito de incorporar parcialmente aquella Directiva; la LCDSFDC (disposición derogatoria) ha derogado el art. 6 bis, los párrs. 2.º y 3.º del ap. 1 del art. 83.a) y la disposición adicional segunda LCS, de modo que, en lo sustancial, a partir de su promulgación queda sometida a una sola disciplina la comercialización a distancia (electrónica, pero también telefónica) de prestaciones subsumibles en lo que esta Ley denomina *servicios financieros* (o sea, banca, seguros y mercado de valores); *vid.* con relación al Proyecto de LCDSFDC, *ad ex.*, CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, «El incumplimiento de los requisitos de información previa en el Proyecto de Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El desistimiento», en AA.VV. (dir. MADRID PARRA), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 297 y ss.; respecto al texto definitivo de la Ley, subrayando su impacto —aun cuando por vía indirecta— sobre la dogmática de la contratación electrónica, ILLESCAS ORTIZ, «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», en *RCE*, núm. 84, julio-agosto 2007, *passim*, y, en lo que ahora nos ocupa, pp. 4 y 5.

son debidas a la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre) (11), promulgado por el Gobierno al amparo de la delegación normativa conferida por la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE de 31 de diciembre), que habilitó al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, procediera a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidiesen en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que hubiesen de ser refundidos.

Hasta la promulgación del TRLCU, el régimen de la contratación a distancia se encontraba en los arts. 38 y ss. de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), cuya redacción a la sazón vigente había sido dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias (12). A través de esta última Ley se había producido la incorporación al ordenamiento interno español de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (13). La principal consecuencia práctica de lo anterior era y es la atribución al cliente de un derecho de desistimiento ejercitable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato (14).

La anómala ubicación sistemática de esta disciplina legal —pues la necesaria incorporación a nuestro Derecho interno de una Directiva *consumidorista* (la de contratación a distancia) tuvo lugar sorprendentemente en una Ley destinada a regular el comercio

(11) En adelante, TRLCU.

(12) V. BOE de 20 de diciembre.

(13) V. DOCE L núm. 144, de 4 de junio.

(14) Sobre este derecho de desistimiento habrá oportunidad de insistir más adelante; sin perjuicio de lo que allí se dirá, v. para una aproximación más detenida al modo en que la LOCM (arts. 38 y ss.) protege al contratante electrónico en cuanto contratante a distancia: MIRANDA SERRANO, «La protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *CDC*, núm. 45, junio de 2006, pp. 79 y ss.

minorista (la LOCM de 1996)— planteó el problema de la precisa determinación de su ámbito de aplicación. Más en concreto, se discutía acerca de si el régimen de la contratación a distancia allí contenido (15) era sólo aplicable a las relaciones negociales entabladas entre consumidores o usuarios, por un lado, y empresarios, por otro, o si lo era con independencia de que se tratase de contratos a distancia celebrados entre contratantes profesionales o empresarios. La conclusión es que lo era imperativamente en el primer caso (contratos entre consumidores o usuarios, por un lado, y empresarios, por otro), en tanto que constituía un régimen legal de carácter dispositivo cuando se tratase de contratos celebrados a distancia entre empresarios (*arg ex art. 48.1 LOCM*). Pero interesa subrayar ahora que la promulgación del TRLCU ha impactado de manera significativa sobre la situación normativa descrita.

Sucede, en efecto, que una de las *normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en la LGDCU* a que se refería la disposición final quinta de la Ley de mejora de la protección de los consumidores fue, a juicio del Gobierno, la que llevó a cabo la incorporación de la Directiva de 1997 sobre contratación a distancia (o sea, sobre todo, los arts. 38 y ss. LOCM). Por tal razón, el TRLCU incluyó (Título III del Libro II, arts. 92 a 106) el régimen de la contratación a distancia llevada a cabo por contratantes consumidores o usuarios.

La inclusión del régimen jurídico de la contratación a distancia con consumidores en el TRLCU naturalmente había de tener consecuencias sobre los arts. 38 y ss. LOCM. Pero éstas no consistieron en la pura y simple derogación de ese conjunto de preceptos, sino, más modestamente (disposición derogatoria única, 1 del Real Decreto Legislativo 1/2007), en la derogación de (*l*)os artículos 48 y 65.1, letras *n*) y *ñ*) y la disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Igualmente se derogan en la disposición final única de la Ley 7/1996, de 15 de enero, las menciones que se realizan al artículo 48 y la disposición adicional primera en su párrafo primero e íntegramente su último párrafo. En consecuencia, los preceptos no derogados de la LOCM siguen rigiendo en la contratación a

(15) No entramos ahora en el análisis de otros problemas suscitados por las deficiencias de técnica legislativa de que adolece la norma que nos ocupa; singularmente, el de su ámbito de aplicación objetivo, que, de acuerdo con la terminología empleada por esta Ley, se extendía sólo a las ventas a distancia (*sic*).

distancia entre empresarios y profesionales, pero en cuanto disciplina jurídica de carácter dispositivo (16).

Por último, y comoquiera que generalmente nos encontramos ante contratos celebrados por medio de condiciones generales de la contratación, la incorporación de éstas al contrato es objeto de regulación especial también (y, de nuevo, no tanto por tratarse de contratos celebrados electrónicamente cuanto por tratarse de contratación a distancia) como consecuencia de la remisión que el art. 5.4 LCGC efectúa a su ulterior desarrollo reglamentario. Éste se ha producido mediante el —no demasiado afortunado— 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, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (17).

Seguidamente nos ocuparemos, en primer lugar, de la disciplina jurídica aplicable a la perfección, ejecución y prueba del contrato electrónico, incluyendo el régimen aplicable en cuanto a la incorporación de las condiciones generales al contrato. En segundo lugar, nos limitaremos a apuntar los aspectos más sobresalientes de la normativa que le resulta de aplicación en cuanto se trata de contratos celebrados a distancia. En todo este cometido, sin embargo, tendremos buen cuidado de no abordar los asuntos que van a ser tratados, sin duda con más conocimiento y autoridad, por parte de nuestro compañero, el Prof. Díaz Ballesteros, que nos hablará más tarde sobre *Las comunicaciones comerciales y su integración en el contrato y las obligaciones informativas*.

### III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO: CONCEPTO Y GENERALIDADES

Con la expresión *comercio electrónico* se designa, como decimos, aquellas operaciones de índole comercial que se desarrollan por medios electrónicos o informáticos, o sea, el conjunto de comunicaciones electrónicas efectuadas con fines publicitarios o contractuales entre las empresas, o entre éstas y sus clientes (18).

(16) Respecto a la situación normativa existente tras los cambios indicados en lo que concierne al régimen jurídico de la contratación a distancia, *vid.* PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, núm. 209, febrero de 2008, pp. 5 a 34.

(17) V. BOE de 31 de diciembre; más adelante prestaremos atención a este RD con indicación de bibliografía que lo analiza.

(18) El concepto de *comercio electrónico* no posee perfiles inequívocos. Se baraja un concepto amplio de comercio electrónico, que considera tal

Dentro de él destacan e interesan ahora las operaciones estrictamente negociales, que constituyen en sentido estricto la llamada *contratación electrónica*, o sea, la celebración o conclusión de contratos a través de medios o instrumentos electrónicos (19).

Concurre este sistema de contratación, a decir de la LSSICE (Anexo, «definiciones», letra h), cuando en la

toda forma de intercambio de bienes y servicios realizado mediante una red de comunicación computerizada (PAZ-ARES, BERMEJO y SÁEZ LACAVE, *La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol*, libro electrónico publicado por BSCH, 2002; en el mismo sentido, BERGÓS y MORALES, *Guía jurídica sobre el comercio electrónico*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 5); en sentido estricto, el comercio electrónico puede definirse como las transacciones comerciales entre individuos o empresas que se llevan a cabo mediante medios electrónicos (BERGÓS y MORALES, *Guía jurídica*, cit., p. 5), o como las operaciones comerciales llevadas a cabo por medios electrónicos o, más ampliamente, el conjunto de comunicaciones electrónicas efectuadas con fines publicitarios o contractuales entre las empresas o entre éstas y los consumidores (MIRANDA SERRANO, «La contratación a distancia [y electrónica]», cit., p. 337); sin que falte quien considere que comercio electrónico en sentido amplio es la realización de negocios jurídicos mercantiles y civiles a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos (PÉREZ DE MADRID, *Introducción al Derecho Notarial*, Academia Sevillana del Notariado, Granada, 2006, p. 187). Por su parte, la LSSICE no proporciona ninguna definición normativa de comercio electrónico, aunque sí esclarece qué debe entenderse por servicios de la sociedad de la información; lo es, según su Anexo, letra a): «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario».

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.
4. El envío de comunicaciones comerciales.
5. El suministro de información por vía telemática.
6. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.
2. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.
3. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya.
4. Los servicios de radiodifusión sonora, y
5. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.»

(19) Efectivamente, entre las operaciones del comercio electrónico ocupan un lugar muy destacado las estrictamente negociales que conforman lo que se ha dado en llamar *contratación electrónica*, que no es sino la forma o modo de concluir contratos a través de medios o instrumentos electrónicos (VATTIER FUENZALIDA, «En torno...», cit., p. 78); o, en palabras de MADRID PARRA, aquella modalidad de concluir contratos superadora de la tradicional celebración verbal o escrita mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la informática o la telemática o cualquier otro proceso técnico que pueda utilizarse en el futuro como consecuencia del desarrollo de la informática y las telecomunicaciones (v. «Contratación...», cit., p. 2940).

celebración del contrato «la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones». Así pues, lo peculiar, lo definitorio de esta nueva forma de contratación es el conducto o cauce —electrónico— a través del cual se emiten las declaraciones de voluntad relevantes; conducto o cauce radicalmente novedoso y que, por eso mismo, plantea problemas nuevos y desconocidos para el legislador. Incluso deja de tener sentido el empleo de vocablos como *verbal* o *escrito*, reemplazados ahora por nuevas formas de expresión de la voluntad electrónicas (20).

Es precisamente esto último —lo novedoso de los cauces a través de los cuales se emiten, se transmiten y se reciben las declaraciones de voluntad negocial— lo que ha suscitado cuando menos cierta perplejidad, en algunos juristas. No ha faltado, así, quien ha subrayado la inadecuación de las viejas categorías dogmáticas y conceptuales del Derecho a esta nueva forma de contratación, viendo en ella el principal obstáculo jurídico para el desarrollo del comercio electrónico y reclamando, en consecuencia, una disciplina jurídica especial para esta nueva realidad negocial. Otros, acaso más realistas, han puesto de manifiesto que en un ordenamiento como el nuestro, en el que rige con carácter general el principio espiritualista o de libertad de forma [nada menos que desde el año 1348 (21)], la contratación

(20) De ahí la afirmación de que el comercio electrónico y la contratación electrónica conllevan la desaparición de la palabra verbal y escrita —a la que históricamente ha estado tan estrechamente vinculada la actividad comercial y dentro de ella el contrato como instrumento básico para la intermediación y el cambio—, que se ve sustituida o reemplazada por sus equivalentes electrónicos. Así lo ha constatado el TS: «(e)stamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al caso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia 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» (STS de 3.11.1997).

(21) La *Ley Única (Como vale la obligación entre absentes, aunque non aya y estipulación)* del *Títol XVI (de las obligaciones)* del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que posteriormente sería recogida por la Nueva y por la Novísima Recopilación, disponía que «(p)aresciendo que se quiso un Orne obligar à otro por promision, ò por algund contrato, ò en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos a quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ò que fue fecha la obligacion del contrato entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de fazer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion ò el contrato que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è fazer contrato con el cumplir aquello a que se obligò... mandamos que todavía valga dicha obligacion i contrato que fuere hecho, en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro» (JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, «El ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil y trescientos y cuarenta y ocho, Librería

electrónica no puede considerarse un fenómeno jurídicamente novedoso, sin perjuicio de sus peculiaridades tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista jurídico (así, en materia probatoria, etc.): gráficamente se ha recordado, a propósito de la contratación electrónica, el viejo adagio latino *nihil novum sub sole* (22).

En realidad, como se ha dicho (Bolás), la novedad que supone la contratación electrónica no implica alteración de las normas generales de la contratación, sino que constituye simplemente —dicho sea sin desmerecimiento— un nuevo medio de contratación entre distantes (23). Ahora bien, la inadecuación para ella de las soluciones normativas concebidas y desarrolladas para la contratación que tiene lugar de forma oral o escrita, genera una desconfianza hacia los contratos electrónicos que dificulta o ralentiza, en general, el desarrollo del comercio electrónico. De ahí que, en ejecución del mandato contenido en la Directiva sobre Comercio Electrónico, el legislador se haya propuesto despejar de dudas el panorama de la contratación electrónica y, de ese modo, promoverla o potenciarla. Y es éste el cometido que ha venido a corresponder a la LSSICE de 2002 (24). Ahora bien, como hemos anticipado, las disposiciones de la LSSICE en la materia habrán de ser integradas con las de los arts. 92 y ss. TRLCU y 38 y ss. LOCM, dado que la contratación electrónica no deja de ser, a la postre, una forma de contratación a distancia; pero tanto el TRLCU como la LOCM conocen y respetan las peculiaridades de la contratación electrónica, lo que explica la remisión que el art. 94., párr. 1.º de ésta y el ap. 6 del art. 38 de aquélla efectúan a la propia LSSICE; esto significa que en aquellos aspectos que regulen ambas normas de modo diferente, habrá de prevalecer la LSSICE sobre el TRLCU y la LOCM (25).

de los señores viuda e hijos de Calleja», Madrid, 1847, pp. 23 y 24; esta obra ha sido digitalizada y puede encontrarse en la dirección <http://fama2.us.es/fde/ocr/2004/ordenamientoDeAlcala.pdf>.

(22) Así, destacadamente, PAZ-ARES, BERMEJO y SÁEZ LACAIVE, que expresivamente han titulado a uno de sus trabajos como *La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol* (ya cit.).

(23) V. BOLÁS, «Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial», en AA.VV., *Notariado y contratación electrónica*, Madrid, 2000.

(24) Y es éste asimismo el objetivo perseguido con la promulgación de la LSI, a juzgar por las declaraciones vertidas en su Exposición de Motivos y según se infiere, sin más, del propio nombre dado a esta disposición [*Ley (...) de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*]. Esta es la razón que explica algunas disposiciones en ella contenidas que pueden resultar *prima facie* chocantes, como sucede con la obligación que se impone a ciertos operadores de establecer y poner a disposición del público dispositivos de contratación electrónica [art. 2; al respecto, *vid.* ILESAS ORTIZ, en el *Editorial (Libertad de forma contractual, libertad de contratación: sutiles intervenciones legislativas en su contra)* de *Derecho de los Negocios*, núm. 209, febrero de 2008, p. 3, quien ha visto en esta norma un exceso del legislador].

(25) En concreto, el art. 38.6 LOCM dispone: «(c)uando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electróni-

cos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico»; lo que se interpretó en el siguiente sentido: en los extremos en que ambas leyes entren en conflicto por regular los mismos asuntos pero de modo diverso, habrá de acogerse la solución legal de la LSSICE; en cambio, en los extremos en que no quepa advertir discrepancias legales, ambas leyes habrán de aplicarse concurrentemente: v. así, GALLEGO HIGUERAS, «Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Diario Jurídico Aranzadi*, de 23 de septiembre de 2003; y MIRANDA SERRANO, «La contratación a distancia [y electrónica]», cit., p. 340; por su parte, el art. 94 TRLCU dispone en su párr. 1.º que «(...) en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, se aplicará además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico», y su párr. 2.º, sin ambages, apostilla que «(c)uando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente». Lo mismo dispone, por último, la disposición adicional tercera LCS a propósito de la contratación electrónica del seguro.

#### IV. CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. DOCUMENTACIÓN Y PRUEBA

##### 1) Generalidades y documentación del contrato

Con carácter general, y de modo coherente con el ordenamiento en que se incardina, la LSSICE acoge y proclama de modo expreso el principio espiritualista o de libertad de forma (27). En este sentido, su E. de

(26) Como anticipamos *supra*, este derecho de desistimiento negocial no figura en la LSSICE sino en la LOCM, y, ahora, en el TRLCU (arts. 68 y ss., donde se encuentra un régimen pretendidamente general de este derecho, y arts. 101 y 102, a propósito de la contratación a distancia).

(27) Según el cual, como se sabe, lo verdaderamente relevante para poder hablar de un contrato válido y eficaz no es la forma sino el aspecto consensual o espiritual. Dicho en otros términos: desde que hay consentimiento existe contrato, independientemente de la forma utilizada por las partes para manifestarlo; de modo que desde ese instante, es decir, desde que cabe hablar de un consentimiento válido y eficaz, las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley (arts. 1.254 y 1.278 C.c.).

M. afirma, en el último párrafo de su ap. I, que la LSSICE «parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no estén cubiertos por dicha regulación» (28).

Este principio inspirador, unido al afán por fomentar esta fórmula de contratación, explica la proclamación del principio de libertad de forma, por obra, de un lado, del párr. 1.º del ap. IV de la E. de M. y, de otro, y sobre todo, del art. 23 de su texto articulado. Afirma aquella (E. de M.) que «(s)e favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la Ley, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes». Dispone éste (art. 23), en su ap. 1, que «(l)os contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez» (párr. 1.º), añadiendo a renglón seguido que «(l)os contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial».

Pero no sólo es esto: el ap. 2 de este mismo precepto dispone que para la validez de un contrato celebrado por vía electrónica no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Así pues, para celebrar un contrato electrónico basta con que tomemos asiento ante un ordenador o nos sirvamos de «dispositivos que cuenten con pan-

(28) Sobre el principio espiritualista o de libertad de forma y su aplicación a la contratación electrónica v., en la misma dirección que se sigue aquí en el texto, MIRANDA SERRANO, «Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general» en MIRANDA SERRANO; VELA TORRES y PRIES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. 30 del *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 114 y ss.; RICO CARRILLO, «La forma en la contratación electrónica», en *DN*, núm. 172, 2005, pp. 15 y ss.; PERALES VISCASILLAS, «Forma del contrato», en AA.VV. (coord. BOTANA GARCÍA), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 365 y ss.; entre otros.

tallas de visualización de formato reducido» (29) y emitamos la declaración negocial correspondiente, aunque jamás hayamos cruzado palabra con nuestra contraparte. Y el ap. 3 añade que la exigencia legal de que un contrato o cualquier documento relacionado con él se documente por escrito, se entenderá cumplida si el contrato o la información de que se trate constan en soporte electrónico. En el mismo sentido, la disposición adicional primera de la LCS, intitulada *soporte duradero*, establece que «(s)iempre que esta ley exija que el contrato de seguro o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido si el contrato o la información se contienen en papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información» (30).

Queda establecida de este modo la equivalencia entre los documentos en lo que ahora se denomina *soporte papel* y los documentos en soporte electrónico (31). La equiparación queda legalmente formulada para los casos en que una norma exija forma escrita en cuanto requisito de validez, pero no es dudoso que asimismo despliega efectos en materia probatoria. En este último sentido, la LFE ha apostillado que «(s)e considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado» (art. 3.5, párr. 1.º) (32), así como que un documento electrónico puede ser soporte de documentos públicos o privados (art. 3.6) y que (art. 3.8, primer inciso) «(e)l soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio» (33). No es límite a lo anterior el hecho de que en algún supuesto resulte exigida la elevación a documento público de un determinado contrato o su inscripción en un registro público (lo que de ordinario requiere el previo otorgamiento de escritura pública). Cuando tal

(29) Cf. LISI, E. de M. III, párrs. 23.º y 24.º y nueva redacción dada al art. 27.1 LSSICE: se está pensando en la celebración de contratos por medio de teléfonos móviles y otros dispositivos similares, como las llamadas PDAs (acrónimo inglés de *Personal Digital Assistant*), etc.

(30) En análogo sentido, el art. 6.1 LCDSFDC exige que quede constancia de las ofertas y de la celebración de contratos en un soporte duradero, y añade que «(p)or soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada».

(31) V. al respecto las consideraciones que realizan PERALES VISCASILLAS, «Forma del contrato», cit., pp. 376 y ss.; y RICO CARRILLO, «La forma en la contratación electrónica», cit., p. 17; entre otros.

(32) En la redacción dada por el art. 5, uno, LISI.

(33) Este precepto —aunque el transcrito primer inciso no ha sido modificado— ha recibido nueva redacción de la mano del art. 5, dos, LISI.

sea el caso, dispone el art. 23.4 LSSICE, esa exigencia habrá de regirse por la legislación específica que la impone. No significa esto, como es natural, que estas materias queden vedadas a la contratación electrónica, sino que en tal caso habrá de estarse a lo que disponga la norma especialmente aplicable (34).

## 2) Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico

En cuanto al momento en que han de reputarse perfeccionados, los contratos electrónicos se rigen por las reglas generales aplicables en materia de contratación entre distantes. Se encuentran éstas en los arts. 1.262 Cc y 54 Cdec, a los que la LSSICE ha dado nueva redacción, unificando su regulación y poniendo fin a una situación formal de disparidad de soluciones —civil y mercantil— que carecía de cualquier justificación (35).

Con arreglo a los preceptos indicados, como regla general, «(h)allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe». Esto supone acoger la llamada *teoría de la recepción*, por mor de la cual el contrato debía reputarse perfeccionado no ya cuando el oferente tuviese efectivo conocimiento de la aceptación, sino cuando ésta pudiese ser razonablemente conocida por aquél (36). Con esta

(34) Ésta se encuentra en la actualidad recogida fundamentalmente en la Sección VIII (Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva) del Capítulo XI (Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva) del Título V (De la acción administrativa) de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (conocida como *Ley de acompañamiento*), que comprende los arts. 106 y ss., mediante los que se ha tratado de fomentar y potenciar la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva.

(35) De ahí que sea lugar común en la doctrina la afirmación de que en lo que concierne a las reglas del momento y lugar de celebración de los contratos concluidos entre asusentes o distantes, la LSSICE ha supuesto una unificación del Derecho privado, ya que de una situación caracterizada por la existencia de reglas distintas dependiendo de la naturaleza civil o mercantil del contrato, se ha pasado a una situación diversa en la que todo contrato celebrado entre personas distantes queda sometido a unas mismas reglas independientemente de su naturaleza civil o mercantil (v. en este sentido la doctrina que se cita *infra*, en notas siguientes).

(36) En líneas generales, como decimos, la LSSICE acoge la *teoría de la recepción*; más en rigor cabe afirmar que lo que verdaderamente acogen los arts. 1.262 C.c. y 54 C. de c. es la *teoría de la cognición pero muy matizada por la teoría de la recepción*, que era precisamente la interpretación que mayoritariamente daba la jurisprudencia y la doctrina civilista al antiguo art. 1.262 C.c.: el contrato se consideraba perfeccionado no desde el momento en que la aceptación era efectivamente conocida por el oferente, sino desde el instante en que llegaba a su círculo o ámbito propio de intereses; a partir de ese momento, en efecto, se presumía (salvo prueba en contrario) que el no conocimiento efectivo de la aceptación había tenido lugar por culpa del oferente.

formulación legal se evita, en definitiva, que la perfección del contrato quede al arbitrio de quien, pudiendo haber conocido la declaración negocial de aceptación de la oferta, no llega, sin embargo, a conocerla de modo efectivo por malicia o negligencia (pensemos, por ejemplo, en el caso de que el aceptante remita su declaración negocial de aceptación por correo electrónico y que la misma llegue al servidor del oferente, pero éste no la conozca porque decide no abrir el correo) (37).

Esta regla general tiene una excepción, conforme a la cual (párrs. 2.º del art. 54 Cdec y 3.º del art. 1.262 Cc), «(e)n los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación». Esto significa que el contrato se perfecciona cuando el aceptante emite su declaración negocial de aceptación [*teoría de la emisión o declaración* (38)]. Lo que se discute es qué deba considerarse a estos efectos *contratos celebrados mediante dispositivos automáticos*. Y aunque no falta quien piensa que de este modo queda aludida la contratación electrónica en su totalidad, parece más razonable entender que esta regla especial es aplicable a los contratos celebrados electrónicamente y en los que no llega a producirse un auténtico diálogo negocial entre las partes contratantes por la razón de que ese diálogo tiene lugar entre el cliente-aceptante y la máquina oferente a través de una página web en la que se indican al aceptante (mediante iconos: cesta o carro de la compra, etc.) los sucesivos pasos que debe dar, o sea, los llamados contratos electrónicos celebrados mediante simple pulsación de teclas (39).

Por otra parte, los contratos electrónicos en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán

(37) V. así con cita de doctrina al respecto: MIRANDA SERRANO, «Las disposiciones del Código de Comercio...», cit., pp. 98 y ss.; sin embargo, esta opción de política legislativa fue censurada severamente por cualificados sectores de nuestra doctrina (así, ILLESCAS ORTIZ, *Ley 22/2007...*, cit., p. 14: «reglas mal redactadas, fruto probable de la exportación al campo de la contratación mercantil —en papel o electrónica— de un totalmente inadecuado criterio tradicional civil que, cuanto menos, se remonta al año 1889 —el del conocimiento—»); de ahí que haya sido bien recibida la rectificación que de manera implícita y parcial ha llevado a cabo el legislador a través de la LCDSFDC en cuanto al momento en que deben alcanzar relevancia negocial las declaraciones de las partes efectuadas en soporte electrónico: esta Ley, a propósito de la declaración de desistimiento, opta por el criterio del envío en lugar del del conocimiento; y de ahí que se haya propugnado su extensión *de modo general y no sólo para el desistimiento sino también para la perfección y ejecución de los contratos electrónicos* (ILLESCAS ORTIZ, *op. ult. cit.*, pp. 9 y ss.).

(38) Si bien el término empleado no es el de *emisión o declaración* sino el de *manifestación: desde que se manifiesta la aceptación* dicen expresamente los arts. 1.262 C.c. y 54 C. de c.

(39) Así con bibliografía a favor y en contra de esta solución interpretativa: MIRANDA SERRANO, «Las disposiciones del Código de Comercio...», cit., pp. 101 y ss.

celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual (art. 29.1 LSSICE), en tanto que si ambos contratantes actúan empresarialmente (ap. 2) se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, salvo que las partes acuerden otra cosa (40).

### 3) Prueba del contrato

En principio, la LSSICE declara en materia de prueba la aplicabilidad de las reglas generales, y remite, en particular, a la llamada *firma electrónica* (41). Este es, sin embargo, uno de los aspectos de la contratación electrónica que en principio podría provocar mayores reticencias hacia ella. Esto hacía obligada la elevación del soporte electrónico a la categoría de prueba documental, equivalente a la del soporte papel (en una senda, por cierto, ya transitada por la legislación mercantil, una vez consolidada la tendencia a representar los valores mediante anotaciones en cuenta en lugar de mediante soporte documental). Y éste es el cometido que han llevado a cabo el art. 24.2 LSSICE, así como la disposición adicional primera LCS, y el art. 3 de la LFE (42).

Esto significa en la práctica que el soporte electrónico en el que conste un negocio concluido por vía telemática o informática será, a estos efectos, una prueba documental y no una mera prueba complementaria sujeta a las reglas de la sana crítica (arts. 299.1 y 2 y 384.3 LEC). Ahora bien, debe que-

dar claro que lo que constituye la prueba documental no es el soporte electrónico en sí, sino puesto en relación con su contenido o información que suministra, por medio de la firma electrónica (43). Dependiendo de que exista ésta o no, y en qué términos, son varias las situaciones posibles:

1.º Documentos electrónicos no firmados electrónicamente: hasta la promulgación de la LISI, pese a existir soporte electrónico, la falta de firma electrónica impedía que estos documentos quedasen subsumidos en el concepto estricto de documento del art. 3.5 LFE (44). Pero no por ello quedaban desprovistos de toda eficacia probatoria. Su eficacia sería la resultante de los arts. 299.2 y 384 LEC, de los que se infiere que serán admisibles como medios de prueba y serán valorados por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. La LISI ha modificado la redacción del art. 3.5 LFE, ampliando el concepto legal de documento electrónico (45), pero sin alterar su eficacia probatoria en los términos que acabamos de indicar.

2.º Documentos con firma electrónica simple. Estos reciben, desde luego, la consideración legal de documentos a tenor del art. 3.5 LFE, pero su eficacia probatoria es la que resulta de los arts. 299.2 y 384 LEC, ya que la consideración de prueba documental queda reservada a los documentos electrónicos que cuenten con firma electrónica avanzada.

3.º Documentos con firma electrónica avanzada, que resultan equiparados, a efectos probatorios, a los documentos en soporte papel con firma manuscrita, con la salvedad de que en caso de impugnación de la autenticidad de la firma electrónica es de aplicación el art. 326.2 LEC.

4.º Documentos con firma electrónica reconocida, que se equiparan plenamente a los documentos privados con firma manuscrita. Para el caso de impugnación de la autenticidad de la firma, se establece

(40) Además de en la doctrina precitada, el lector interesado puede ampliar información acerca del momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico, entre otros, en MARTÍNEZ MATESANZ y RUIZ MUÑOZ, «Algunos aspectos jurídico-privados del Proyecto de Ley de SSI y de Comercio Electrónico de 8 de febrero de 2002», en *RCE*, núm. 27, mayo de 2002, pp. 27 y ss.; PERALES VISCASILLAS, «Formación del contrato», en AA.VV. (coord. BOTANA GARCÍA), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 405 y ss.; ESTUPINÁN CÁCERES, «La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos», en *La Ley*, núm. 5615, 2002, pp. 1 y ss.; ILESICAS ORTIZ, «Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico», en AA.VV., *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 217 y ss.; IDEM, «Claros-curo con patios. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica», en *RCE*, núm. 27, 2002, pp. 3 y ss.

(41) En concreto, es el art. 24 LSSICE el que se ocupa de esta materia. La LISI ha modificado parcialmente la redacción de su ap. 1 con el propósito de incluir una referencia expresa a la LFE. Por esa razón, lo ha dividido en dos párrafos. El primero de ellos declara aplicables a la contratación electrónica en materia de prueba las reglas generales del Ordenamiento jurídico; el segundo remite al art. 3 de la LFE para el caso de que se trate de contratos firmados electrónicamente.

(42) En particular, el apdo. 2 del art. 24 LSSICE establece: «(e)n todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental». En la doctrina destacan la relevancia de esta regla ausente de la LEC, entre otros, MARTÍNEZ MATESANZ y RUIZ MUÑOZ, «Algunos aspectos jurídico-privados...», cit., p. 53; LÓPEZ-MONIS y GARCÍA MÁZ, «La contratación electrónica: modernidad y seguridad jurídica», en AA.VV. (coord. DELGADO DE MIGUEL), *Instituciones de Derecho Privado*, t. VI, Madrid, 2004, pp. 128-129.

(43) En este sentido se afirma —con buen criterio— que no debe confundirse el continente con el contenido: lo mismo que le ocurre al soporte papel que está en blanco, el soporte electrónico por sí solo no tiene categoría documental. El documento electrónico es la suma del soporte, de lo que en él consta y de la firma que determina la autoría: LÓPEZ-MONIS y GARCÍA MÁZ, «La contratación electrónica...», cit., p. 129.

(44) De modo inequívoco, disponía éste, en efecto, que «(s)e considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente».

(45) Conforme a la nueva redacción del art. 3.5 de este texto legal (párr. 1.º), «(s)e considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en su soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». Con esta modificación se persigue el propósito, según la E. de M. de la LISI, de alinear (*sic*) la definición legal de documento electrónico «con los conceptos utilizados en otras normas españolas de carácter general y en los países de nuestro entorno».

un procedimiento especial (art. 3.8 LFE) (46), consistente en la comprobación de si concurren o no los requisitos o elementos constitutivos de una firma electrónica avanzada (47).

5.º Documentos electrónicos bajo condiciones acordadas, en cuyo caso se estará a lo acordado entre los interesados (art. 3.10 LFE) (48).

Por otro lado, el art. 25 LSSICE se refiere a la posibilidad de preconstitución de la prueba de los contratos electrónicos mediante el acuerdo entre los contratantes, por cuya virtud se encomienda a un tercero el archivo y custodia de las declaraciones negociales producidas por vía telemática. En tal caso, y siempre que este tercero acepte el encargo, quedará obligado a archivar en soporte informático las declaraciones negociales de los contratantes, durante el plazo acordado, que no podrá ser inferior a cinco años. Una de las primeras empresas españolas en actuar en este sector ha sido «terceros de confianza, S.L.» (49), que se define como «una Entidad de Certificación y Archivo de compras, transacciones y contratos electrónicos independiente, que tiene como función aportar seguridad y confianza en el comercio electrónico: por un lado, preventiva y comercialmente, es un sello de garantía que otorga un compromiso de cumplimiento para ambas partes, y por otro, si hubiere cualquier problema, sirve para dirimir conflictos y, si se llega a juicio, como documento clave para probar los términos válidamente pactados en una operación on-line». A la misma actividad, entre otras, se dedica la entidad pública CERES («Certificación Española»), que es una entidad pública de certificación que también ofrece este servicio (50).

## V. CONTRATACIÓN MEDIANTE SIMPLE PULSACIÓN DE TECLAS

Por lo demás, la LSSICE regula la llamada contratación electrónica automática o por máquinas o mediante la simple pulsación de teclas, o, gráficamente,

*contratos-click*, a la que dedica los arts. 27 y 28. Ésta es, como se sabe, una forma de contratación muy habitual en el comercio electrónico, que se caracteriza por que en la página web del proveedor de servicios aparecen iconos o menciones que posibilitan al interesado en adquirir el bien o servicio allí ofertado la celebración del contrato de una manera literalmente automática, mediante la simple acción consistente en pulsar una tecla o *clickear* con el *ratón* en el icono o figura que corresponda (con frecuencia, una *cesta de la compra*), conforme a las instrucciones que aparecen en la propia página web.

Este régimen especial es aplicable siempre que el cliente o *destinatario* actúe como consumidor o usuario en sentido legal. En otro caso, será aplicable salvo que los contratantes hayan acordado otra cosa [arts. 27.2.a) y 28.3.a) LSSICE]. Por otro lado, estos preceptos no recibirán aplicación cuando estemos ante contratos electrónicos celebrados mediante intercambio de correo electrónico u otras formas de comunicación electrónica equivalentes [arts. 27.2.b) y 28.3.b) LSSICE] (51), toda vez que en estos contratos no concurren los elementos materiales que necesariamente han de hacerse presentes en la contratación electrónica mediante simple pulsación de teclas (52).

Entrando en su regulación material, determina la LSSICE los *deberes de información* que pesan sobre el prestador de servicios tanto en la fase anterior a la celebración del contrato (art. 27 LSSICE) como una vez perfeccionado éste (art. 28 LSSICE). Así, el prestador de servicios habrá de proporcionar al cliente, de manera permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos (art. 27.1 LSSICE): a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato. b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos; y d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

(46) Al que ha dado nueva redacción la LISI (art. 5, dos).

(47) En la anterior redacción de este art. 3.8 LFE, lo que se comprobaba era si el *prestador de servicios de certificación* cumplía todos los requisitos legales en cuanto a la garantía de los servicios que prestaba en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica.

(48) V. estas soluciones en RODRÍGUEZ ADRADOS, *Firma y documento electrónico*, Madrid, 2004.

(49) Cuya dirección de internet es: <http://www.tercerosdeconfianza.com/tdc/faq/>.

(50) Su dirección es: <http://www.cert.fnmt.es/index.php>; para más información v., entre otros, PALADELLA, «Los terceros de confianza de la LSSICE», en *REDI*, <http://premium.vlex.com/doctrina/REDI>.

(51) Con relación a este último supuesto (contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico) el art. 27.2.b) *in fine* establecía una excepción: *cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación*; este último inciso ha sido suprimido por la LISI porque (E. de M., III, párr. 25.º) «dado que en la práctica es imposible determinar cuándo se hace con este propósito».

(52) Además, como señalan LÓPEZ-MONIS y GARCÍA MÁZ, «La contratación electrónica...», cit., p. 126, la contratación mediante intercambio de correo electrónico no es típicamente tan compulsiva ni tan irreflexiva como la contratación electrónica automática.

A este respecto, además, la LISI ha añadido al art. 27.1 LSSICE dos nuevos párrafos, de carácter interpretativo. Conforme al primero de ellos, la obligación a que se acaba de aludir se entenderá cumplida «si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet» en las condiciones dichas. De acuerdo con el segundo, cuando el contrato se celebre a través de dispositivos con pantalla de formato reducido, bastará para que se entienda cumplida dicha obligación con que se «facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario».

Por otra parte, y también con anterioridad a la celebración del contrato, el prestador de servicios está obligado a poner a disposición del destinatario las condiciones generales aplicables al contrato (si es que las hay), de manera que se haga posible que este segundo las almacene y las reproduzca cuando desee (art. 27.4 LSSICE). Aun cuando siga sin disponer de modo expreso la LSSICE, parece obvio que el prestador de servicios habrá de facilitar esta información a través de su página web. Por lo demás, estos deberes de información concurren con los que el TRLCU (arts. 97 y 98) y la LOCM (arts. 40 y 47) establecen, en general, y dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, para los supuestos de contratación a distancia.

En segundo lugar, una vez celebrado el contrato, el prestador de servicios ha de confirmar la recepción de la aceptación (art. 28.1 LSSICE), ya mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, ya mediante la confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. Y si la obligación de confirmación corresponde a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

Por último, dispone la Ley (art. 27.3 LSSICE) que las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el

tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio (53).

## VI. CONTRATOS ELECTRÓNICOS CELEBRADOS POR MEDIO DE CONDICIONES GENERALES: ESPECIALIDADES

Conforme al art. 5.4 LCGC, en lo que respecta a la incorporación de las condiciones generales al contrato, en caso de contratación telefónica o electrónica, «será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional», exigiéndose que se envíe *inmediatamente al consumidor [sic]* «justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». Es decir, la LCGC se limita a exigir que conste la aceptación por el adherente de todas y cada una de las condiciones generales y que el predisponente le haga entrega, después de la celebración del contrato, de un documento en el que se recojan los términos y condiciones de éste; y remite al ulterior desarrollo reglamentario la determinación del modo en que habrá de constar dicha aceptación y habrá de ser remitido ese documento.

El desarrollo reglamentario de este art. 5.4 LCGC se ha producido por obra del Real Decreto 1906/1999, de 17.12, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Recordemos que el art. 5.4 LCGC exige que «conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional», por una parte, y que el predisponente envíe «inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde [consten] todos los términos de la misma», por otra. De la primera exigencia se ocupa, al parecer, el art. 2 del Real Decreto 1906/1999, conforme al cual, previamente a la celebración del contrato y con una antelación de, al menos, tres días naturales a dicha celebración, el predisponente deberá facilitar al adherente «de modo veraz, eficaz (?) y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato», y,

(53) Lo que, siguiendo a ILLESCAS ORTIZ, «Oferta, perfección y prueba del contrato electrónico», cit., pp. 225-226, parece que ha de interpretarse en el sentido de que el oferente por vía telemática o electrónica es libre para determinar el período de validez de su oferta; ahora bien, si no hace uso de esta facultad y, en consecuencia, nada se dice al respecto en la página web donde se formula la oferta, se decreta legalmente su validez durante todo el tiempo que permanezca en situación de accesibilidad.

además, «remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales».

De la segunda de dichas exigencias se ocupa el art. 3 del Real Decreto 1906/1999, conforme al cual (ap. 1), el predisponente deberá enviar al cliente inmediatamente después de celebrado el contrato y, a lo sumo, cuando dé comienzo su ejecución, una «justificación por escrito o, a propuesta del adherente, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado», donde deberán constar todos los *términos* del contrato celebrado. Pese a la dicción literal de esta norma, hoy es razonable pensar que la LSSICE faculta al predisponente para remitir esa información en soporte electrónico, aun cuando no sea a iniciativa del adherente (art. 23.2 LSSICE). A estos efectos (ap. 3), se considera soporte duradero cualquier instrumento que permita al adherente conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, y, en particular, los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del adherente que almacena los mensajes del correo electrónico, y se exige al predisponente que en la información a que se refiere el art. 2 del Real Decreto 1906/1999 indique los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada (art. 1.3 *in fine* del Real Decreto 1906/1999).

En cuanto a las consecuencias de la inobservancia de las cargas impuestas al predisponente, el Real Decreto 1906/1999 no se limita a desarrollar la LCGC, sino que, excediéndose del cometido propio de una disposición de rango reglamentario, faculta al adherente para resolver el contrato (art. 4.3 del Real Decreto 1906/1999) (54).

(54) Lo que ha sido muy censurado por la doctrina que, en líneas generales y salvo alguna excepción (CABELLO DE LOS COBOS, «Condiciones generales de la contratación electrónica», en AA.VV., —coord. BOTANA GARCÍA—, *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 463 y ss.), valora muy negativamente este RD, al entender que no viene sino a complicar innecesariamente el régimen jurídico aplicable a los contratos electrónicos y telefónicos celebrados mediante condiciones generales de la contratación, creando dudas e incertidumbres en el intérprete; v. así, entre otros, GARCÍA RUBIO, «Las condiciones generales de la contratación electrónica», en *La Ley*, núm. 5227, pp. 1 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV. (dir. NIETO CAROL), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 219 y ss.; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Estudio sobre la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de contratación», en *Studia Zamorensia*, vol. VII, 2004, pp. 389 y ss. (también disponible en <http://www.uned.es/ca-zamora/publicaciones/studia>); MIRANDA SERRANO, «El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar», en AA.VV. (dir. MADRID PARRA), *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 297 y ss.

Por último, hay que tener en cuenta que en esta materia la LSSICE ha introducido alguna modificación. Así, además de que (art. 23.3) «siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico», como ya hemos notado, en los casos de contratación electrónica por medio de condiciones generales (art. 27.4), «con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que (...) deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario». Esta última norma desplaza al art. 2 del RD 1906/1999, en lo tocante a la antelación de al menos tres días con que ha de informarse al adherente sobre las condiciones generales aplicables (55) y acoge el criterio generalmente admitido, conforme al cual basta con que el predisponente incluya en su página web las condiciones generales de modo que el adherente pueda acceder a ellas, conocerlas, almacenarlas y reproducirlas, *cliqueando* en el icono correspondiente (56).

## VII. LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: ESPECIALIDADES; EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CLIENTE

El derecho del desistimiento del *destinatario* o cliente en el caso de la contratación electrónica no viene establecido *expressis verbis* por la LSSICE. No obstante, dado que la contratación electrónica no representa más que un supuesto de contratación a distancia, el cliente contará con el derecho de arrepentimiento que regulan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, con carácter general, el TRLCU y la LOCM, respecto de los contratos a distancia; por consiguiente, por las mismas razones y en los mismos términos (arts. 68 y ss. y 101 y 102 TRLCU y arts. 44 y 45 LOCM). Por tanto, su existencia es debida a la conveniencia de tutelar la libertad de decisión negocial del cliente, permitiéndole reconsiderar con toda libertad su decisión aun después de haber celebrado el contrato y una vez sustraído al especial contexto en que dicho contrato fue celebrado.

(55) Por cualificados sectores de nuestra doctrina se ha sostenido que este RD 1906/1999 ha de considerarse, en éste y otros aspectos de su regulación, derogado por normas promulgadas con posterioridad: por todos, ILLESCAS ORTIZ, *La Ley 22/2007...*, cit. pp. 17 y ss.

(56) Criterio que la DGRN prácticamente había acogido ya en su Resolución de 29 de marzo de 2000, en contestación a la consulta formulada por la Asociación Española de Comercio Electrónico.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, pese a la variedad terminológica presente en las normas y al igual que sucede en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, nos hallamos ante un verdadero derecho de desistimiento o arrepentimiento o a desdecirse de la declaración de voluntad negocial emitida. No se trata, pues, ni de rescisión del contrato ni de resolución de éste.

En principio, y con carácter general, el cliente dispone del plazo de siete días laborables para ejercitar este derecho (art. 71.1 y 2 TRLCU y art. 44.1 LOCM). Dicho plazo, sin embargo, se amplía hasta tres meses en caso de que el empresario incumpla las exigencias de información previa, si bien se volverá al plazo general de siete días si en el ínterin el empresario facilita al cliente dicha información (arts. 71.3 TRLCU y 44.5 LOCM). Estos plazos son computados a partir del día de recepción del bien, en caso de que sea un bien el objeto del contrato o a partir del día de celebración del contrato, en caso de que éste tenga por objeto la prestación de servicios (art. 71.3 TRLCU y art. 44.4 y 5 LOCM). Prevalece la opinión de que nos encontramos ante plazos de caducidad y no de prescripción, de suerte que no ha lugar a interrupciones de su transcurso y posteriores reanudaciones.

El ejercicio de este derecho no está sujeto a forma alguna (art. 70 TRLCU y art. 44.2 LOCM), de modo que, en principio, podría serlo incluso a través de una simple llamada telefónica o un SMS. Pero parece claro que la forma más sencilla de hacerlo será la remisión del «documento de desistimiento» que el empresario ha de facilitar al cliente [art. 69 TRLCU y art. 47.1.a) LOCM] y que nada impide que se encuentre y circule en soporte electrónico. Es asimismo imaginable el ejercicio de este derecho mediante hechos concluyentes (por ejemplo, la devolución del bien objeto del contrato).

Si el consumidor o cliente ejercita este derecho, queda desligado del contrato celebrado (arts. 73 y ss. TRLCU y aps. 3, 5, 6 y 7 del art. 44 LOCM). Y su principal consecuencia es la recíproca restitución de las prestaciones realizadas por los contratantes. El cliente habrá de devolver el bien, y el empresario habrá de restituir el precio satisfecho por aquél (arts. 74 a 76 TRLCU). El TRLCU especifica (art. 73) que «(e)l ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario» (*sic*). Por su parte, dispone la LOCM que el cliente habrá de devolver el bien sin que se le pueda exigir más gasto que el coste directo de la devolución (art. 44.3, párr. 1.º LOCM), salvo en dos casos, en los que dicho

coste habrá de ser soportado por el empresario: en primer lugar, cuando éste no haya cumplido el deber postcontractual de información del art. 47.1 LOCM (art. 44.5 *in fine* LOCM); en segundo lugar, cuando, en lugar del que fue solicitado, el empresario haya procedido a realizar el suministro de un bien de calidad y precio equivalentes a los del solicitado por el cliente (art. 44.3, párr. 2.º LOCM).

El empresario, por su parte, habrá de restituir al cliente las sumas que éste ya hubiere satisfecho, sin retención alguna en caso de clientes que sean consumidores (art. 76 TRLCU) y sin más retención que la correspondiente a los gastos derivados del coste directo de la devolución, en otro caso, salvo que deban ser soportados por el propio empresario (art. 44.3 y 6 LOCM). Esta restitución ha de producirse, a decir de la Ley, lo antes posible, y, en todo caso, en un plazo máximo de 30 días a contar desde el desistimiento, siendo el empresario el que soporta la carga de la prueba del respeto de estos plazos. El incumplimiento de estos plazos permite al cliente reclamar el duplo de las sumas abonadas, además de, si ha lugar, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (art. 76, párrs. 2.º y 3.º TRLCU y art. 44.6 LOCM).

Por último, si el contrato respecto del que se ejercita el derecho de desistimiento hubiera sido financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero, previo acuerdo con el vendedor, el desistimiento por parte del cliente implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el comprador (art. 77 TRLCU y art. 44.7 LOCM).

Conviene aclarar, finalmente, que el derecho de desistimiento no es atribuido al cliente en ciertos casos (art. 102 TRLCU y art. 45 LOCM). A saber: 1.º Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar. 2.º Contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados o que por su naturaleza no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez. 3.º Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, así como de ficheros informáticos suministrados por vía electrónica y susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente. 4.º Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas. 5.º Contratos de prestación de servicios cuya ejecución ya haya comen-

zados con la conformidad del consumidor, así como contratos de servicios de apuestas o loterías (57).

### VIII. LA SEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO: LA FIRMA ELECTRÓNICA

En el ámbito de la contratación electrónica uno de los principales problemas desde el punto de vista jurídico es el de contar con el «equivalente» a la firma autógrafa en el ámbito de la contratación escrita. Y justamente ese es el cometido que resulta encomendado a la firma electrónica, cuya regulación en nuestro país se halla en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (que en realidad supuso la actualización del RD-Ley 14/1999, de 17-9, sobre Firma Electrónica). Como se infiere de lo anterior, y dispone la LFE de modo expreso (art. 3.1), la firma electrónica es «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados a ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante». Así pues, con esta expresión, firma electrónica, designamos simplemente el conjunto de datos electrónicos que permiten identificar al autor de una declaración o de un documento realizado por medios electrónicos, del mismo modo que la firma autógrafa permite identificar al firmante y ampara las declaraciones que éste efectúe; como ésta, aquélla garantiza la autenticidad, integridad y autoría de un documento electrónico.

La LFE dedica especial atención a la denominada *firma electrónica reconocida*, la cual (art. 3.4 LFE) tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita. Así pues, ese valor no es reconocido a la llamada firma electrónica simple, la cual, no obstante, no carece de toda relevancia jurídica. Para que una firma electrónica reciba la consideración de reconocida debe reunir dos requisitos:

(57) La bibliografía sobre el derecho de desistimiento en la contratación electrónica es amplia; sin ánimo de exhaustividad cabe citar aquí como trabajos en los que puede ampliarse información acerca de los extremos de este derecho que aquí sólo nos limitamos a apuntar: ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003; BLASCO GASCÓ, «Contratación electrónica en la LSSICE», en AA.VV., *Contratación y nuevas tecnologías*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 11 y ss.; CLEMENTE MEORO, «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 163 y ss.; JUSTE MENCIA, «La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular, los contratos celebrados por medios electrónicos», en AA.VV., *Derecho del Consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Madrid, 2001; MIRANDA SERRANO, «La contratación a distancia [y electrónica]», cit., pp. 285 y ss.; ÍDEM, «Protección del cliente electrónico como contratante a distancia...», cit., pp. 93 y ss.; PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Granada, 2003.

a) En primer lugar, ha de tratarse de una firma electrónica *avanzada*, que es (art. 3.2 LFE) «aquella que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control». Así pues, estamos ante una firma avanzada cuando los medios para su utilización los mantiene exclusivamente bajo su control el signatario que resulta identificado por medio de la firma.

b) En segundo lugar, ha de tratarse, además, de una firma *reconocida*. Recibe tal consideración la firma electrónica avanzada «basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma» (art. 3.1 LFE). Ese *certificado reconocido* es, de acuerdo con la propia LFE, «un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad» (art. 6.1). Por tanto, esos certificados reconocidos han de ser emitidos por prestadores de servicios de certificación, que son las personas físicas o jurídicas que expiden certificados electrónicos o prestan otros servicios en relación con la firma electrónica (art. 2.2 LFE).

Así pues, el funcionamiento práctico de la firma electrónica reconocida exige, por una parte, dispositivos de creación de la firma, y, por otra, dispositivos de verificación de dicha firma. A los primeros se refiere el art. 24 LFE, con arreglo al cual, «un dispositivo de creación de firma es un programa o un sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma»; éstos —los datos de creación de firma— son «los datos únicos, como códigos o claves criptográficas *privadas*, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica».

Conforme a la LFE (art. 24), para que un dispositivo de creación de firma sea considerado seguro debe reunir al menos los siguientes requisitos: a) Es preciso que los datos empleados para la generación de la firma puedan producirse sólo una vez y aseguren razonablemente su secreto. b) Debe existir una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de la firma no pueden ser derivados de la propia firma o de los de verificación de la firma y, además, ésta debe estar protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento. c) Es necesario que los datos de creación de la firma puedan ser protegidos de modo fiable por el firmante contra su utilización por parte de terceros. d) Por último, es preciso que el certificado utilizado no altere los datos o el documento que deba firmar-

se ni impida que éste se muestre al firmante con anterioridad al proceso de la firma.

De los dispositivos de verificación se ocupa el art. 25 LFE, que los define como «un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de verificación de la firma». Los datos de verificación de la firma son, conforme a este mismo precepto, «los códigos o claves criptográficas *públicas* que se utilizan para verificar la firma electrónica». Como es natural, quiere el art. 25 LFE que los dispositivos de verificación garanticen, en cuanto resulte técnicamente posible, que el proceso de verificación de una firma electrónica reúna las siguientes características: a) Los datos empleados para verificar la firma han de corresponder a los datos mostrados a la persona que la verifica. b) La firma ha de ser verificada de forma fiable y el resultado del proceso de verificación ha de ser presentado correctamente. c) El sujeto que verifica la firma electrónica ha de poder conocer el contenido del documento así firmado y ha de poder detectar si ha sido modificado o alterado. d) Han de ser correctamente mostrados tanto la identidad del firmante como el resultado del proceso de verificación. e) Ha de poder verificarse de forma fiable la autenticidad y validez del certificado electrónico correspondiente. f) Por último, es preciso que pueda ser detectado cualquier cambio relativo a su seguridad.

En definitiva, una firma electrónica reconocida es aquella que se basa en un certificado electrónico reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación en donde se establece una firma electrónica avanzada que se vincula al firmante de forma única y exclusiva, para lo cual la firma es generada a través de un dispositivo seguro de creación de firma. Esta firma electrónica reconocida desempeña en el marco de la contratación electrónica la misma función que la firma autógrafa en el contexto de la contratación escrita. A tal fin, si un tercero desea comprobar su autenticidad mediante la petición del correspondiente certificado (o sea, verificarla), podrá disponer del código o clave criptográfica pública (datos de verificación) que, utilizado en el programa o aparato informático indicado, le permite verificar que la firma corresponde realmente al firmante.

Así pues, los datos de verificación (la clave criptográfica pública), revelados por el certificado y aplicados en los medios informáticos adecuados, interactúa con los datos de creación de la firma (claves criptográficas privadas) que tiene bajo su exclusivo control el firmante, de suerte que permite el acceso al conocimiento del documento electrónico y la constatación de la autenticidad de la firma. Es decir, el dispositivo de verificación descifra el mensaje y lo hace legible a

su destinatario, a quien permite comprobar la autenticidad de la firma y la integridad del documento. La firma electrónica carente del atributo de *reconocida* no es, sin embargo, jurídicamente irrelevante. Por el contrario, dispone el art. 3.9 LFE que «no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica» (58).

## IX. EPÍLOGO

Nos proponíamos hace unos minutos proporcionar una visión sucinta pero completa de la llamada contratación electrónica a quienes se interesan por vez primera por esta nueva realidad negocial. Es verdad que en un sistema jurídico en que goza de secular arraigo el llamado principio espiritualista, no puede decirse que los contratos concluidos por medios electrónicos o telemáticos constituyan una realidad estridente, en la medida en que no dejamos de estar ante manifestaciones de voluntad exteriorizadas de un modo distinto pero sustantivas y relevantes. No es menos cierto, sin embargo, que con todo, nuestro sistema jurídico, atento a la realidad de la vida, ha tomado en consideración el consentimiento negocial prestado de manera oral o escrita, y no ha tomado en consideración —porque no pudo hacerlo— la posibilidad de que dicho consentimiento negocial se exteriorizase por cauces telemáticos. Esto es lo que explica las dudas jurídicas y la inseguridad técnica que han podido caracterizar a los contratos electrónicos en los primeros estadios de su desarrollo. Pero, sentado que no estamos nada más que ante el contrato de siempre pero celebrado de un modo un tanto especial, sabido que se trata de contratos celebrados entre distantes, y tomada ya la iniciativa por parte del legislador con vistas a la instauración de un marco jurídico llamado a disipar dudas y eliminar incertidumbres, podemos concluir con el viejo adagio latino: *nihil novum...*

(58) Entre otros, para ampliar información acerca de cuanto acabamos de exponer en torno a la *firma electrónica*: ALCOVER GARAU, «El Real Decreto-Ley sobre la firma electrónica», en *RCE*, núm. 1, 2000, pp. 7 y ss.; CRUZ RIVERO, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006; ÍDEM, *La firma electrónica reconocida*, Colegios Notariales de España, 2006; GARCÍA MÁS, «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1927 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, «La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *DN*, octubre de 1999, pp. 1 y ss.; MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1999; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La firma electrónica: aspectos probatorios», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 175 y ss.; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Firma electrónica y documento electrónico*, ya cit; ÍDEM, *La seguridad de la firma electrónica*, Madrid, 2004.