

CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y ELECTRÓNICA CON CONDICIONES GENERALES¹

José Manuel Busto Lago

SUMARIO: I.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y ELECTRÓNICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. I.1.- Introducción. El carácter fragmentario del Derecho comunitario y español. I.2.- Ley aplicable y competencia judicial II.- LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y ELECTRÓNICA. III.- LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL RD 1906/1999. IV.- REQUISITOS DE INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: EL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA Y LA CONFIRMACIÓN DOCUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN EFECTUADA EN EL RD 1906/1999. IV.1.- Contenido de la información previa a la formación del contrato. IV.2.- Plazo para facilitar la información. V.- EL DERECHO DE RESOLUCIÓN EN EL RD 1906/1999. VI.- LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RD 1906/1999. * Bibliografía básica sobre comercio electrónico.

I.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y ELECTRÓNICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I.1.- Introducción. El carácter fragmentario del Derecho comunitario y español

En ocasiones quienes nos dedicamos al estudio de cualquier rama del Derecho - y del Derecho civil en particular- en el seno de la institución universitaria nos sentimos en la obligación de justificar la virtualidad de nuestras preocupaciones, contrastando el objeto y las conclusiones de nuestros estudios con la realidad que está más allá de las paredes de nuestros despachos. En esta ocasión sirva la simple enunciación de los siguientes datos estadísticos a este fin: en el año dos mil el comercio electrónico en España ha alcanzado una cifra global de 8.500 millones de pesetas como ingresos de las empresas que lo practican –fundamentalmente provenientes del sector financiero, editorial y empresas de *software*-, esperándose que esta cifra llegue a los 74.692 millones de pesetas en el año en curso y alcance los 255.000 millones de pesetas en el año 2.002²

1 El contenido de este estudio se corresponde, con las imprescindibles actualizaciones legislativas y doctrinales, con el de la ponencia que tuve la ocasión de presentar, el día 16 de octubre de 2000, en el seno del Curso sobre «*Condiciones generales de la contratación*» organizado por el Instituto Galego de Consumo en Santiago de Compostela.

2 Datos facilitados por la Asociación Española del Comercio Electrónico. Los expertos consideran que en el año 2005, la cuota de mercado del comercio virtual supondrá entre el 10% y el 15% de la facturación total del comercio minorista (dato extraído de *Escritura Pública*, núm. 7, enero/febrero de 2001, pág. 9).

y aun así son cifras inferiores a países notablemente menos poblados de nuestro entorno económico y cultural, como Bélgica o Suiza, suponiendo la cifra de negocio correspondiente al año dos mil el equivalente al volumen de ventas de «Amazon» durante una semana de ese mismo año. En todo caso, parece confirmarse que las posibilidades de adquirir bienes y servicios a través de la *World Wide Web*, especialmente en una sociedad en la que sus integrantes disponen cada vez de menos tiempo libre y, por ello, aprecian con más intensidad su tiempo de ocio, va a determinar notables mutaciones en la actividad comercial –y en otras vinculadas a ésta como es el caso de la publicidad– de manera que parece confirmarse aquel epígrafe con que intitulaba J. B. TERCEIRO en febrero de 1996 un apartado de su ensayo sobre la *Socied@d digit@l* inspirado en la portada de un número de *Business Week*: «el comercio nunca será el mismo»³. Por otra parte, la utilización de la red como método de distribución de bienes y servicios puede contribuir a terminar con las discriminaciones existentes entre mercados opulentos y otros que funcionan basados de manera casi exclusiva en monoproductos⁴, provocando la homogeneización del consumo y convirtiéndose en un elemento fundamental en orden a hacer realidad la visión del precursor canadiense M. McLUHAN de la *global village* –al menos, o mejor, exclusivamente del mundo rico, porque las diferencias con los países subdesarrollados parecen acrecentarse día a día⁵–.

Pero la consolidación de las previsiones del crecimiento del comercio electrónico parecen depender directamente –además, claro está, de la popularización de la red y de los terminales y conexiones adecuadas– del establecimiento de un marco normativo claro y estable, fundamentalmente en orden a dotar de seguridad las transacciones realizadas por medios electrónicos –con razón se ha dicho que toda la magia del comercio electrónico desaparece cuando el consumidor debe facilitar su número de tarjeta de pago *on-line*⁶ o simplemente transmitir su nombre e identificación a través de la red; y lo mismo podría decirse desde la perspectiva del profesional (riesgo de pirateo, imposibilidad de asegurar la identidad del comprador y las oposiciones posibles al pago, etc.)– y en el ámbito de la protección de los consumidores, de manera que si Internet se quiere convertir en «*El dorado*» económico que casi todos los analistas predicen, los legisladores nacional y comunitario –sin olvidarse del importante papel que han de desempeñar las convenciones internacionales– habrán de proporcionar los instrumentos necesarios para proporcionar la confianza necesaria a los actores que operan a través de la red⁷.

La creciente importancia que desde la perspectiva económica acreditan los datos que acaban de ofrecerse parece contrastar con el hecho de que, en el momento en que se escriben estas páginas, en España no existe una norma que, de modo general, regule

3 TERCEIRO, J. B.: *Socied@d digit@l* (*Del homo sapiens al homo digitalis*), Alianza Editorial, Madrid, febrero de 1996 (1ª edic.), págs. 146 y ss.

4 CEBRIÁN, J. L.: *La red*, Ed. Suma de letras, S.L. (colección «punto de lectura»), Madrid, mayo de 2000 (edic. actualizada de la de 1998), págs. 174 y ss.

5 Vid. MARTIN, H.-P. / SCHUMANN, H.: *La trampa de la globalización* (*El ataque contra la democracia y el bienestar*) (traducción de C. Fortea de la edic. de Hamburgo, 1996), Ed. Taurus, Madrid, octubre de 2000 (2ª edic.).

6 En efecto, si se pretende el desarrollo previsto del comercio electrónico, un problema previo que ha de solucionarse es el de la seguridad de los pagos. Actualmente el estudio técnico de los mecanismos de pago *on-line* pone de relieve la alta tecnificación de los sistemas de pago electrónico que ha derivado en la mejora de los procedimientos de *ciframiento*, dando lugar a la generación de una dosis considerable de seguridad técnica (*vid.*, desde la perspectiva estrictamente técnica, KAEO, M.: *Sécurité des réseaux*, Ed. Cisco Press, París, 2000, especialmente las págs. 35 y ss.; y, desde la perspectiva jurídica, JEAN-BAPTISTE, M.: *Créer et exploiter un commerce électronique*, Ed. Litec, París, 1998, págs. 129 y ss.). Pero para ser plenamente fiable, el pago *on-line*, además de seguridad técnica, debe poseer un marco jurídico claro y adaptado al entorno específico de la red.

7 Vid. el informe del *Conseil d'État* francés publicado bajo el título *Internet et les réseaux numériques*, Ed. La Documentation Française, París, 1998, especialmente las págs. 55 y ss.

el comercio electrónico celebrado con consumidores, si bien ésta se encuentra en fase de elaboración (la Comisión Permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información aprobó el día 18 de enero de 2001 el *Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* –hasta este momento tengo conocimiento de la elaboración de tres anteproyectos distintos en el seno del Ministerio de Ciencia y Tecnología⁸), fundamentalmente por mor de la necesidad de trasponer la Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior*⁹. Lo que sí existe es una ya vasta panoplia de disposiciones que resultan aplicables, parcialmente, teniendo en cuenta que la mayor parte de los contratos que se concluyen a través de medios electrónicos son contratos de condiciones generales:

- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 38 a 48, en los que se regula la venta a distancia). También hace referencia a la venta a distancia la Ley 10/1998, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia, en sus arts. 32 y 33, si bien ambos preceptos no aportan nada nuevo al régimen jurídico de la contratación a distancia con condiciones generales que es el tema que nos ocupa.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el art. 5.3 de la LCGC

Pero, además de la normativa de ámbito estatal, ha de tenerse presente la existencia de Directivas comunitarias que inciden de manera directa en esta materia:

- La Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia. En el momento en que se elabora la LOCM, el legislador español sigue fielmente la Propuesta de Directiva de 7 de abril de 1992, que ha sufrido modificaciones hasta convertirse en la Directiva actual y, por ello, su entrada en vigor obliga al legislador español a introducir modi-

8 Entre otras acciones prioritarias, en el «*Info XXI. La Sociedad de la Inform@ción para todos*» (Iniciativa del Gobierno para el desarrollo de la sociedad de la información) presentado en enero de 2000 por la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías, se califican como tales las acciones encaminadas a dotar de mecanismos eficaces la protección del consumidor en el ámbito de la contratación electrónica con condiciones generales –fruto de esta acción parecen ser el RD 1906/1999 y la regulación del Registro de condiciones generales de la contratación–, a dotar de un soporte jurídico unitario al comercio electrónico, la introducción de la firma electrónica (fruto de ello es el RD-Ley 14/1999), la protección de datos (aplicación efectiva del RD 994/1999 y desarrollo reglamentario de la LO 15/1999, de 13 de diciembre), aplicación de la normativa sobre contenidos de la televisión (aplicación de la regulación contenida en la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, así como el RD 14612/1999, de 17 de septiembre), el desarrollo de las acciones de arbitraje de consumo a través de Internet, con el fin de instaurar un procedimiento de conocimiento de quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios en sus adquisiciones de bienes y servicios a través de la contratación electrónica y la creación de un punto de contacto del consumidor mediante un nodo o dominio *Web* orientado a informar de los derechos del consumidor y divulgando la regulación legal de la relación del cliente con el proveedor en la red Internet.

9 Sobre la misma, entre otros, PLAZA PENADÉS, J.: «La Directiva de comercio electrónico», *Revista de Derecho Patrimonial*, 5/2000, págs. 537 a 550; GARCÍA MAS, F. J.: «Análisis de la Proposición de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)», en *Notariado y contratación electrónica*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2000, págs. 139 y ss.; DÍAZ FRAILE, J. M^º: «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», *Actualidad Civil*, núm. 2, 8 al 14 de enero de 2001, págs. 31 y ss.

ficaciones en la normativa vigente en el plazo de tres años (art. 15 de la Directiva) contados a partir del día de su entrada en vigor (4-VI-1997). La Directiva no se aplica a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en su *Anexo II* y que son objeto de otra Directiva distinta, en estos momentos en fase de elaboración, presentada inicialmente por la Comisión el 19-XI-1998 [COM (1999), 385 final, pg. 24] -en la actualidad *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 23-VII-1999 (DOCE núm. C 177 E, de 27 de junio de 2000)-¹⁰.

La Directiva 97/7, en su art. 2, pf. 4º, prescribe que a los efectos de la misma se consideran *técnicas de comunicación a distancia* todo medio que, sin presencia física y simultánea del proveedor y del consumidor, pueda ser utilizado para la conclusión del contrato. La ausencia física de las dos partes del contrato se convierte, por lo tanto, en una condición de aplicación de la Directiva, de manera que no comprende los supuestos en los que los tratos preliminares o el perfeccionamiento del contrato tenga lugar en presencia física simultánea de los contratantes¹¹. Las técnicas corrientes de comunicación a distancia aparecen enumeradas en una lista de valor meramente indicativo -por lo tanto, no exhaustiva- en el *Anexo I* de la Directiva y entre ellas figuran las comunicaciones telefónicas o mediante transmisión por teléfono (teléfono, visófono, telefax) y las comunicaciones a través de la red (acceso a tiendas virtuales a través de la *World Wide Web* o del correo electrónico)¹², además de las comunicaciones en soporte de papel

10 Sobre la misma, *vid.* THÉVENOZ, L.: «Le projet de directive sur la commercialisation à distance des services financiers» en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé). Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, págs. 57 a 85.

11 DE MARZO, G.: *I contratti a distanza (Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185)*, Giuffrè Ed., Milano, 1999, pág. 4.

12 Entre otros, MICKLITZ, H.-W.: «La directive 97/7/CE sur les contrats à distance», en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé). Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, pág. 26.

En efecto, tanto en el caso de comercio electrónico directo (entrega *on-line* de bienes intangibles) como indirecto (comercio de bienes tangibles que requiere la utilización de las técnicas tradicionales de entrega y de distribución), el contrato entra dentro de la calificación de *contratos celebrados a distancia* en el concepto utilizado por la Directiva 97/7/CE. Esta calificación -contratos o ventas a distancia- no ofrece problemas cuando la técnica utilizada consista en que el propio internauta -consumidor- visite el *site* del proveedor (técnica conocida como «Pull»), si bien ha sido cuestionada al suscitarse la posibilidad de que cuando la oferta se lleva al domicilio del internauta, a través de la técnica conocida como «Push», pueda convenirse la calificación de venta a domicilio (telemarketing o telecompra). El que se pueda vacilar entre las calificaciones de venta a distancia o a domicilio proviene del hecho de que al utilizar la *WWW* o el *e-mail*, los comportamientos del consumidor adquirente y del proveedor son diferentes. En el primer caso es el proveedor -vendedor- el que abre su tienda virtual y es el consumidor el que accede a la página comercial por su propia voluntad. Accede a la tienda del proveedor aunque no lo encuentre físicamente, lo que supone un comportamiento activo suyo. Por el contrario, cuando el proveedor utiliza el correo electrónico para ofrecer al consumidor sus productos o sus servicios, es como si acudiese a su domicilio y le hiciese una oferta, aunque ambos no se encuentren físicamente. Por esta razón, un sector de la doctrina ha considerado que en caso de contratación a través de la *Web* se trataría de un contrato concluido a distancia, mientras que si la venta ha tenido lugar a través del correo electrónico, se estaría ante una venta a domicilio (PIETTE-COUDOL, T. / BERTRAND, A.: «Internet et la loi», *Dalloz*, 1997, pág. 191; SÉDAILLANT, V.: *Droit de l'Internet*, Net Press, AUI, 1996, pág. 197; la *Cour Cass.* [Cass. crim. 10 enero 1996, nº 95-80.993, *Bull. crim.* Nº 12, *dr. pénal* 1996, nº 132, *note* J.-H. ROBERT] ha considerado que la venta concluida en una tienda con un consumidor invitado por teléfono a acudir a ella, bajo el pretexto de recoger un regalo, está

y las realizadas por radio o por televisión. Si la venta a distancia se caracteriza por la concurrencia de las tres circunstancias siguientes, parece claro que la venta electrónica y la telefónica lo son: La oferta se transmite a distancia por el proveedor; el proveedor y el consumidor –comprador- no están en presencia física el uno respecto del otro; la aceptación se transmite a también por una técnica de comunicación a distancia. Esta afirmación se corresponde de manera plena con el hecho de que la Directiva 97/7 tenga como una de sus principales ambiciones adaptar la protección de los consumidores a las nuevas técnicas de comunicación a distancia en el ámbito de los países integrantes de la UE. En el ámbito subjetivo la Directiva 97/7/CE se aplica a consumidores y a suministradores –proveedores de bienes o productos y prestadores de servicios-, ya sean personas físicas o jurídicas, que actúen en el ámbito de su actividad profesional o comercial, pero no a los organismos de telecomunicación o de radiodifusión ni a los suministradores de acceso a Internet.

- 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 comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE L 178, de 17 de julio), que habrá de ser traspuesta por los Estados miembros de la UE en un periodo de tiempo no superior a dieciocho meses contados a partir de la fecha de publicación en el DOCE¹³. Por esta razón, aunque obviamente no sólo por ella como está en la mente de todos -me refiero al imparable incremento de los intercambios comerciales que tienen lugar a través de Internet-, la preocupación por la regulación de las interrelaciones entre el comercio electrónico y el Derecho del consumo y el estudio de las

sometida a la reglamentación propia de las ventas a domicilio). Sin embargo, parece que para que un contrato pueda calificarse como venta a domicilio será necesaria la presencia física simultánea de vendedor y de comprador en el domicilio de éste, lo que no ocurre en el caso de contratación a través del correo electrónico. En efecto, la calificación y, en consecuencia, la aplicación de las norma reguladoras de la venta a domicilio, debe estar fundada en una interpretación estricta de los textos legislativos, siendo de carácter imperativo la necesidad de que la venta suponga la presencia física del oferente (CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F.: *Droit de la consommation*, Ed. Dalloz, París, 2000 (5ª edic.), pág. 108 (§ 111); VIVANT / LES-TANC y otros: *Droit de l'informatique et des réseaux*, 1998, § 2511), de manera que es necesario que la distribución al domicilio del consumidor –comprador- se realice precisamente a través del desplazamiento del vendedor al domicilio de éste (FERRIER, D.: *Droit de la distribution*, Ed. Litec, París, 1995, § 322), lo que justifica las especialidades de la regulación de la venta a domicilio pensadas especialmente con el objetivo de evitar que el consentimiento del consumidor sea forzado por las estrategias comerciales persuasivas del vendedor, de manera que sitúe al consumidor en una posición de inferioridad.

Frente a esta tesis, que comparto, se ha puesto de manifiesto (LIBERI, Y.: *Le paiement en ligne dans l'opération de commerce électronique sur internet* [thèse pour obtenir le grade de Docteur, Université de Montpellier I, 16 décembre 1999, sous la direction de M. VIVANT], pág. 65, § 167) que si bien es cierto que la presencia física es un excelente medio para realizar una estrategia de persuasión, no es la causa determinante en todos los casos. Esta causa puede residir en la realización de una estrategia comercial dirigida a influenciar el consentimiento del consumidor por cualquier técnica –no importa cual- de comunicación que ponga directamente en relación al profesional con el consumidor. Prueba de esto sería la admisión por la ley y por la jurisprudencia (caso de la sentencia de la *Cass. penal* precitada) de la existencia de venta a domicilio cuando existe una invitación al consumidor para acudir al establecimiento comercial si aquella se ha realizado telefónicamente. La presencia física no sería un elemento determinante, sino la estrategia comercial del mensaje telefónico que es la que caracteriza la pertenencia de esta oferta a la venta a domicilio.

En atención a este razonamiento podría decirse que es cierto que la relación directa caracterizada por la presencia física de proveedor y consumidor no existe en las ofertas efectuadas a través del correo electrónico, cualquiera que sea el contenido de éste, pero sí está presente la estrategia comercial: el mensaje no ha sido solicitado y, contrariamente a lo que ocurre con el correo ordinario en soporte papel, determinados lugares, *liens hypertextes*, imágenes, videos u otros medios incluidos pueden incitar fuertemente al consumidor a acudir al *site* del comerciante o a contactar directamente con él a través del intermediario de la red.

13 El primero de los Estados miembros en cumplir esta obligación ha sido Luxemburgo, a través de la Ley de 14 de agosto de 2000, relativa al comercio electrónico (*Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* núm. 96, de 8 de septiembre de 2000).

consecuencias de ésta constituye una cuestión de la máxima actualidad en los foros jurídicos y económicos de los países de la UE.

La Directiva 2000/31/CE pretende una aproximación de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros respecto al establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, así como la cooperación entre los Estados miembros, todo ello en relación con los servicios de la sociedad de la información, con una especial consideración por la protección del consumidor y con la finalidad de garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Con la precitada Directiva el legislador comunitario pretende poner los fundamentos de la creación de un necesario marco jurídico claro y estable que favorezca las transacciones comerciales *on-line*, poniendo coto a la afirmación que se empezaba a difundir, no sin fundamento, de que la red Internet es una zona de «no-Derecho», una especie de «*Far West*» virtual y que ninguna ley ni ninguna regla jurídica tiene vocación de ser aplicada a las relaciones establecidas en la misma. Pese a ello, tanto la doctrina, como la mayor parte de los intervinientes en el comercio electrónico, admitían que no resulta razonable la existencia de un vacío jurídico en la materia¹⁴, al tiempo que se ponía de manifiesto la dificultad de establecer una regulación jurídica de la red Internet y ello fundamentalmente por las dos siguientes características técnicas de la misma¹⁵: a) Su carácter universal. Se trata de una red mundial que ignora las fronteras de los Estados y de sus respectivos Ordenamientos jurídicos caracterizados por la nota de la territorialidad –lo que implica que la protección que un concreto Ordenamiento presta a determinados sujetos (v.gr., a los consumidores), cesa en las fronteras territoriales del Estado soberano-, de manera que una ilegalidad desde la perspectiva de un determinado sistema jurídico puede no serlo si se contempla desde uno más permisivo. b) La difusión de una información multiforme, cuyos contenidos son objeto de regulación por distintas leyes en función de su naturaleza (propiedad intelectual¹⁶ e industrial, protección de datos personales, represión de la difusión de determinados contenidos ilícitos y prohibición de comercialización *on-line* de algunos productos –es el caso significativo de los medicamentos¹⁷-).

También revisten especial trascendencia y así lo ha plasmado el legislador comunitario en el art. 16 de la Directiva 2000/31/CE –y art. 19 del *Anteproyecto* español de enero de 2001-, los códigos de conducta o códigos deontológicos de los profesionales

14 Si bien, entre éstos últimos, la afirmación no puede generalizarse. Sirvan como ejemplo las declaraciones realizadas por S. CASE (Presidente de AOL Time Warner) publicadas en el diario *ABC* del día 26 de abril de 2001 (pág. 80), en las que literalmente afirma que «*Internet es un fenómeno transnacional, no necesita reglas*», al tiempo que aboga decididamente por la autorregulación del sector y por una legislación global en el caso de que ésta tuviese que existir. Esta última afirmación sí resulta a mi juicio correcta. En efecto, como señala, entre otros, MUÑOZ MACHADO, «*la comunicación y el suministro de servicios por las infovías es un fenómeno que sobrepasa las fronteras de los Estados y que, por tanto, no puede ser regulado, en lo necesario, solamente desde ese nivel territorial*» (MUÑOZ MACHADO, S.: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Ed. Taurus, Madrid, 2000, pág. 42). Por otra parte, las regulaciones deben de ser mínima, so pena de impedir o de retrasar la implantación de las nuevas tecnologías (CEBRIÁN, J. L.: *La red, op. cit.*, pág. 263).

15 BERTRAND, A. / PIETTE-COUDOL, Th.: *Internet et le droit*, Ed. PUF, París, 1999, pág. 7.

16 *Vid.*, entre otros, SERRANO GÓMEZ, E.: *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2000, GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, Ed. Comares, Granada, 2001.

17 El art. 108.2.b).1ª de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, *del medicamento* considera infracción grave, la elaboración, fabricación, importación, exportación y distribución de medicamentos por personas físicas o jurídicas que no cuenten con la preceptiva autorización.

que operen en el ámbito de la llamada sociedad de la información¹⁸. Los Estados miembros habrán de fomentar la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, así como la posibilidad de acceder a los mismos por vía electrónica en las lenguas comunitarias. En cuanto a las ventajas que para el consumidor supone la existencia de estos códigos de conducta, parecen evidentes, en cuanto implican las prácticas leales en materia de publicidad -puesto que el interés colectivo de los profesionales en materia de publicidad coincide generalmente con el de los consumidores, salvo, *v.gr.*, en el caso de la prohibición de la publicidad comparativa-, cierta disciplina en las prácticas comerciales -*v.gr.* uniformando los clausulados de condiciones generales- y la fijación de criterios para definir las características de los bienes y servicios que se ponen en el mercado -normalmente a través de la adopción de normas técnicas de organismos de normalización como pueden ser el IBN en Bélgica, o AFNOR en Francia- a través de las que se permite asegurar la compatibilidad de los objetos, aseguran la aptitud de los productos para los empleos a los que están destinados y acrecientan la seguridad del consumidor¹⁹. Entre los usuarios de Internet existe un Código de reglas de conducta que integra lo que se conoce como «*Netiquette*». Las reglas de este Código de conducta consagran el principio de autorregulación defendido por algunos expertos en Internet (*v.gr.*, I. FALQUE PIERROTIN) y las que atañen al ámbito de las prácticas publicitarias en la red han sido plasmadas en una guía del marketing interactivo de la Cámara de Comercio Internacional²⁰.

Sin embargo, el principal inconveniente de los Códigos deontológicos proviene de su falta de fuerza obligatoria, de manera que el consumidor no podrá amparar una acción judicial en el incumplimiento por el profesional de una previsión contenida en su código de conducta, salvo si se ha integrado en el contrato concluido con el consumidor (*v.gr.*, caso de los catálogos de venta por correspondencia que hagan referencia a los mismos), o cuando el comportamiento no deontológico del profesional pueda engendrar un comportamiento subsumible en el art. 1902 del CC. Por ello se suele afirmar con razón que el llamado *soft law* cumple un gran papel, aunque insuficiente²¹. La adopción de un gran número de códigos de conducta -especialmente en el ámbito del pago electrónico- demuestra que la autoregulación encuentra un creciente ámbito de aplicación, permitiendo definir libremente reglas de conducta sin la intervención del Estado. Reglas que, además, suelen ser detalladas y próximas a las necesidades de la práctica, al tiempo que son flexibles y rápidamente adaptables. En el reverso de la moneda, la doctrina consumerista ha enunciado como principal inconveniente de los

18 Con anterioridad a la fecha de aprobación de la Directiva 97/7/CE, la CEE ya había hecho pública la Recomendación de la Comisión de 7 de abril de 1992, *concerniente a los códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia* (JOCE de 10 de junio de 1992) (92/295/CEEE), en la que la Comisión recomendaba a las organizaciones profesionales de proveedores que se dotasen de códigos de conducta en los que se contemplasen fundamentalmente disposiciones relativas a la difusión de las ofertas publicitarias y a la promoción de las ventas, a la seguridad financiera y al derecho de resolución, haciéndose referencia expresa a la necesidad de que pusiesen en conocimiento de los consumidores la existencia de tales códigos de conducta, así como su contenido.

19 *Vid.* CALAIS-AULOY, J.: «Les consommateurs face aux normes techniques et professionnelles», en *Le droit des normes professionnelles et techniques (Séminaire organisé à Spa-Balmoral, les 16 et 17 novembre 1983)*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1985, págs. 446 y ss.

20 «*ICC Guideline on interactive marketing communications*», disponible en el sitio Web de la propia CCI: <http://www.1.usa.1.com/~ibnet/897state.html>.

En todo caso, las propuestas de autorregulación de la red, tanto en el ámbito de los proveedores de contenido como de los servidores de acceso, exigen el establecimiento previo de un Código de Conducta pactado internacionalmente que las diferencias de culturas y de valores harán enormemente difícil que se logre. En este sentido, CEBRIÁN, J. L.: *La red, op. cit.*, pág. 151.

21 *V.gr.*, FAVRE-BULLE, X.: *Le droit communautaire du paiement électronique*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, pág. 126 (a propósito del pago electrónico).

códigos de conducta el hecho de que no sean obligatorios, de manera que en caso de violación por un profesional, éste no soportará sanción jurídica alguna. Además los Códigos de conducta no son obligatoriamente aplicados por todos los miembros de una profesión (aquí habría que hacer una excepción para el caso de algunos Códigos deontológicos aprobados por las organizaciones colegiales en el caso de profesiones cuya colegiación es obligatoria). Por ello la doctrina consumerista considera que, en las condiciones actuales, los Códigos de conducta no son mecanismos suficientes para garantizar la protección de los derechos de los consumidores, de manera que sólo serían medios aceptables de puesta en práctica de tales derechos si se cumplieren ciertas condiciones que no se dan en el momento presente. Así, el *European Consumer Law Group* considera que sólo una reglamentación legal es susceptible de garantizar a los consumidores la posibilidad de participar en los nuevos sistemas de contratación a distancia y a través de las nuevas tecnologías de la información en condiciones equitativas.

Por otra parte, en el momento actual puede decirse ya que la afirmación de la existencia de un vacío jurídico en relación con las relaciones jurídicas establecidas *online* no deja de ser un tópico. Más bien habría que hablar de un espacio demasiado regulado o, mejor, con una regulación demasiado confusa debido a su carácter fragmentario –que, en no pocas ocasiones, como se va a poner de manifiesto en las páginas que siguen, conduce a soluciones contradictorias-, pues numerosos textos legales resultan aplicables a las mismas o tienen tal potencialidad²² -sirva como gráfica expresión de esta afirmación el elenco de disposiciones normativas enunciadas al inicio de este epígrafe-, de manera que la inseguridad jurídica que podría derivarse de la carencia de una regulación es un elemento que está igualmente presente a causa de la regulación fragmentaria. Es por ello que el legislador no debería dejar pasar la oportunidad de armonizar el marco normativo de los contratos celebrados por vía telemática –al menos cuando una de las partes tenga la condición de consumidor o usuario- con ocasión de la trasposición de la Directiva 2000/31/CE y siendo especialmente cuidadoso si no quiere introducir un factor que contribuya a acrecentar el ya abigarrado panorama normativo existente.

En el marco del Derecho supranacional, la Directiva comunitaria tampoco constituye el primer intento de reglamentación jurídica del comercio electrónico. En efecto, existe una Ley tipo de la CNUDCI sobre el comercio electrónico, aprobada en la 29ª sesión de esta organización internacional (28 de mayo a 14 de junio de 1996) que parte de los principios básicos de *no discriminación*, en virtud del que se prevé que los mensajes electrónicos y los datos transmitidos por esta vía no deben de ser privados de valor por esta única razón (arts. 5 y 9), y de *equivalencia funcional* de los mensajes electrónicos con los plasmados, tradicionalmente, en papel. Con ello se pretende poner de manifiesto que los mismos resultados pueden obtenerse utilizando papel o soportes electrónicos y ello porque la exigencia de soporte documental responde al objetivo de disponer de un documento legible por todos y, en principio inalterable, del que cada uno de los contratantes pueda conservar un ejemplar. También puede lograrse por procedimientos electrónicos la satisfacción de las mismas finalidades que pretenden conseguirse a través de la firma manuscrita a través de la firma electrónica: identificación de la persona que se obliga y manifestación de ésta de la aprobación y asunción del contenido del mensaje en el que se inserta la firma²³.

La primera circunstancia que sorprende al estudioso de la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico es la constituida por el hecho mismo de que la UE haya aprobado una Directiva como ésta en la que se pretende la unificación de un marco jurí-

22 JEAN-BAPTISTE, M.: *Créer et exploiter un commerce électronique*, op. cit., pág. 9.

23 JACQUET, J.-M. / DELEBECQUE, Ph.: *Droit du commerce international*, Ed. Dalloz, París, 2000 (2ª edic.), pág. 130 (§ 234).

dico europeo uniforme para el comercio electrónico, después de haber aprobado Directivas sobre aspectos concretos del comercio electrónico, como son los datos personales, los contratos celebrados a distancia, el pago electrónico, etc. La UE, con la Directiva 2000/31/CE ha querido, fundamentalmente, afrontar dos problemas: la Ley aplicable a los contratos celebrados vía Internet y el Derecho substantivo en virtud del que se rigen y ello con la finalidad esencial de potenciar el crecimiento del comercio electrónico, con los consiguientes beneficios en orden a facilitar la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior²⁴.

I.2.- Ley aplicable y competencia judicial

La idea que acaba de exponerse nos pone en la pista de uno de los principales problemas que suscitan los contratos *on-line*, que se deriva directamente del hecho, constatable estadísticamente, de que la generalidad de los mismos suponen relaciones transfronterizas con los consiguientes problemas de Derecho internacional privado que implican y las dificultades añadidas que ello supone a efectos de la protección efectiva de los derechos e intereses de los consumidores. La Directiva de comercio electrónico no establece normas adicionales de Derecho internacional privado (art. 1.4), de manera que la Ley aplicable a los conflictos en los que estén inmersos los consumidores, cuando las partes en conflicto sean nacionales de países integrantes de la UE, serán las que resulten de la aplicación de las reglas contenidas en el Convenio de Roma de 19-VI-1980, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*; y, en su caso, las contempladas en el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955, *sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de bienes muebles corporales* (destinado a ser reemplazado por la Convención de La Haya de 22 de diciembre de 1986). Si bien, como norma especial, por razón de la materia, ésta última convención prevalecería sobre el Convenio de Roma para la venta electrónica, no parece oportuno entrar en el desarrollo de su contenido no sólo por el hecho de que está en vigor únicamente para algunos países integrantes de la UE y de la AELE (Noruega y Suiza), sino fundamentalmente porque el contenido del Convenio de Roma se inspira en ella directamente²⁵.

En el art. 5 del Convenio de Roma se define el campo de aplicación de las normas específicas relativas a los consumidores en función de la cualidad de las partes intervinientes en el contrato y el objeto mismo del contrato²⁶. De acuerdo con el art. 5.2 del Convenio de Roma, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencial habitual, siempre y cuando la celebración del contrato hubiese sido precedida por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad y el consumidor hubiese realizado en el país de su residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato; el proveedor o su representante hubiesen recibido el encargo del consumidor en el país de residencia de éste; el contrato fuese de venta de mercancías y el consumidor se hubiese desplazado a un país extranjero donde ha realizado el encargo, siempre que el viaje hubiese sido

24 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comercio electrónico», *Aranzadi Civil* (Portada), núm. 6, junio de 2000, pág. 11.

25 FALLON, M.: «La protection internationale de l'acheteur sur l'interréseau dans le contexte communautaire», en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé). Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, pág. 254.

26 Vid. BUREAU, H.: *Le droit de la consommation transfrontière*, Ed. Litec, París, 1999, especialmente las págs. 214 y ss.

organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir la venta²⁷. En defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato, éste se regirá por la ley del país en que el consumidor tiene su residencia habitual²⁸. Este precepto (*ex art. 5.3 del CR*) no se aplica a los contratos de transporte (regulado por otros convenios internacionales²⁹, aunque sí se aplica al contrato de viaje combinado *ex art. 5.5*) y a los contratos de suministro de servicios cuando éstos deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de aquél en que tenga su residencia habitual (caso, *v.gr.*, del contrato de hospedaje).

El Convenio de Roma define al consumidor de una forma restrictiva (al igual que lo hace el Convenio de Bruselas, en su art. 13 -*contratos celebrados por una persona para un uso ajeno a su actividad profesional*-, según su versión de 1978; la CJCE, en Sentencia de 21 de junio de 1978 [*aff.* 150/77, *Bertrand c. Paul Ott, Rec. p. 1434*]³⁰, ha considerado la necesidad de interpretar de modo uniforme la noción de consumidor en el Convenio de Roma y en el Bruselas, de forma que si éste sostiene una noción restrictiva, debe prevalecer para el de Roma³¹), en cuanto que sólo lo es el consumidor final. De esta manera, el profesional que actúa por necesidades de su actividad, pero fuera de su especialidad, no es consumidor a los efectos del Convenio de Roma³². El art. 5 del Convenio de Roma requiere que el contrato sea concluido por un consumidor, si bien no prevé nada en cuanto a la cualidad en la que intervenga la otra parte del contrato. Este hecho ha dado lugar a que algún intérprete del mismo lo haya considerado aplicable incluso en aquellos casos en los que el suministrador de la mercancía o del servicio no haya actuado en el ejercicio de su profesión ni haya estado al corriente del uso al que el beneficiario destine el suministro³³. Sin embargo, parece resultar más adecuada a la finalidad del precepto –y acorde con el parecer de las delegaciones que han participado en la elaboración del propio Convenio de Roma– entender que puesto que

27 El *Conseil d'État* francés en su estudio «*Internet et les réseaux numériques*», adoptado por la Asamblea General de 2 de julio de 1998, consideraba conveniente mantener el principio de la autonomía de la voluntad de las partes prevista en el Convenio de Roma, corregida por la imposibilidad de derogación convencional de normas imperativas del Estado en que el contrato se localice, si bien considera deseable permitir que jueguen con amplitud las estipulaciones protectoras de los consumidores, adaptando y supliendo el dispositivo previsto, llegado el caso, por un protocolo adicional, de manera que en ausencia de elección de ley aplicable por las partes del contrato, el vendedor no se vea favorecido de forma sistemática (CONSEIL D'ÉTAT: *Internet et les réseaux numériques, op. cit.*, pág. 76).

28 Frente a este criterio, las grandes empresas reunidas en París el día 13 de septiembre de 1999, en un foro informal denominado *Global Business Dialogue on electronic commerce*, proponían que en las transacciones electrónicas entre empresarios y consumidores, en ausencia de elección contractual expresa, la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia civil se fijasen en función del principio del país en el que tuviese su establecimiento principal el vendedor o el prestador de los servicios (HUET, J.: «*Commerce électronique: Loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe)*», *La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*, núm. 41, 14 de octubre de 1999, págs. 1601 y 1602).

29 Además algún autor ha añadido que la competencia privilegiada de la ley de residencia habitual del consumidor no es adecuada a este tipo de contratos; *vid.* GAUDEMÉT-TALLON, G.: «*Convention de Rome du 19 juin 1980*», *Juris-classeur Europe*, fasc. 3201, n° 48.

30 *Rev.crit.dr.int.privé* 1979, pág. 119, *note* MEZGER; *JCP éd. G* 1979, II, n° 19051, *note* JEANTET; *D.* 1980, IR, pág. 16, *obs.* M. VASSEUR; *RTDcom.* 1979, pág. 170, *obs.* LOUSSONARN y BOUREL. Han criticado este concepto restrictivo y la noción restrictiva, NORMAND, J. / BALATE, E.: «*Relations transfrontières de consommation: Quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?*», *Cahiers de dr.env.*, 1990, págs. 310 y 311; *INC Hebdo*, núms. 636 a 639, 1988, pág. 105.

31 Esta interpretación es importante a efectos de la unificación del concepto de «*consumidor*» porque la Corte de Justicia todavía no tiene competencias para interpretar el Convenio de Roma.

32 GAUDEMÉT-TALLON, G.: «*Convention de Rome du 19 juin 1980*», *Juris-classeur Europe*, fasc. 3201, n° 44.

33 LAGARDE, P.: «*Le nouveau droit international privé après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*», *Rev.crit.dr.int.privé*, 1991, pág. 315.

se trata de una regla dispuesta expresamente para proteger a la parte del contrato presuntamente débil, de manera que sería condición necesaria de aplicabilidad la desigualdad entre las partes contratantes, lo que implica la exigencia de que el cocontratante sea un profesional³⁴.

La principal novedad en este ámbito puede provenir de lo dispuesto en el art. 15 del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial* (DOCE núm. L 12, de 16 de enero de 2001), en el que se prevé una condición de aplicación que ha sido especialmente dirigida con la finalidad de tomar en consideración la previsible expansión del comercio electrónico. El consumidor se podrá prevaler de la regla de conflicto protectora cuando el contrato haya sido hecho con una persona que ejerce sus actividades comerciales o profesionales en el Estado del domicilio del consumidor o que *por cualquier medio dirigiere sus actividades comerciales o profesionales hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor* (art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001). Con esta nueva condición, el consumidor estará protegido siempre que contrate desde su Estado de residencia con un profesional que desarrolle actividades comerciales, sin que exija que el profesional esté presente físicamente en el territorio del Estado del domicilio del consumidor. Este concepto de actividad *en o dirigida hacia* el Estado del domicilio del consumidor tiene por finalidad dejar claro que esta condición señalada se aplica al contrato celebrado a través de un *site* de Internet accesible desde el Estado del domicilio del consumidor. El contrato es así asimilable a los demás contratos a distancia ya regulados por el Derecho comunitario. El hecho de que no sea exigible probar que el consumidor ha realizado los actos necesarios para la conclusión del contrato en su Estado de residencia está igualmente en esta dirección, pues esta prueba resulta muy difícil cuando el contrato ha sido realizado por la vía de los medios electrónicos. Evidentemente esta nueva toma en consideración del comercio electrónico ha suscitado las inquietudes de los profesionales -comerciantes- que desarrollan este tipo de comercialización de bienes y servicios, pues habrá de aceptar la posibilidad de la existencia de litigios en todos los Estados miembros o precisar que sus productos o servicios no están destinados a los consumidores domiciliados en determinados Estados miembros. En todo caso, parece que la noción de *actividades dirigidas* hacia el Estado del consumidor deberá ser reformulada o bien interpretada por la Corte de Justicia, que es la competente para interpretar los textos comunitarios.

En cuanto a la competencia judicial, el Convenio de Bruselas de 27-IX-1968, en su art. 14, fija las reglas de competencia particulares en materia de consumo en función de si el consumidor actúa como demandante o como demandado, de manera que distingue las dos siguientes hipótesis:

1ª) El consumidor es el demandado.- En el caso de que sea el profesional quien haya ejercitado una acción judicial frente al consumidor, el art. 14.2 del Convenio de Bruselas sólo le permite actuar *ante los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor*. Esta disposición protectora del consumidor garantiza que no será nunca obligado a desplazarse fuera del Estado de su domicilio para defenderse. Sin embargo, si el consumidor ha iniciado un procedimiento ante un tribunal fuera de su Estado de domicilio, el profesional podrá presentar una demanda reconvenzional ante el tribunal que conozca de la demanda original (art. 14.3 del CB). En este caso en que el consumidor es demandado en la demanda reconvenzional, es conminado, de manera excepcional, a defenderse ante un tribunal fuera de su Estado y ello por-

34 DE MATOS, A.-M.: *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne* (thèse), 18-XII-1999, Université de Droit, d'économie et de Sciences d'Aix Marseille, pág. 67 (§ 97).

que al haber actuado anteriormente ante este tribunal parece haber aceptado la posibilidad de pleitar con el profesional ante un órgano jurisdiccional extranjero desde su perspectiva, estando plenamente justificada por ello el reagrupamiento de la de la demanda original y de la reconvenida, al tiempo que permite evitar las contradicciones que pudiesen resultar del hecho de atribuir el conocimiento de ambas a órganos jurisdiccionales diversos y aumenta la rapidez con la que los dos asuntos interrelacionados van a ser tratados y resueltos.

2ª) El consumidor actúa como demandante.- Cuando es el consumidor quien entabla la demanda, el art. 14.1 del Convenio de Bruselas abre una opción: El consumidor puede actuar ante los tribunales del Estado contratante donde el profesional tenga su domicilio o ante los tribunales de su propio domicilio.

II.- LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y ELECTRÓNICA

La mayor parte de las ventas de productos y servicios a través de los medios de comunicación a distancia que pueden ser utilizados en la contratación electrónica –tanto en el caso de comercio electrónico directo (entrega *on-line* de bienes intangibles) como indirecto (comercio de bienes tangibles que requiere la utilización de las técnicas tradicionales de entrega y de distribución)- y en la telefónica tiene lugar mediante condiciones generales de la contratación que el proveedor impone, total o parcialmente, al consumidor. Como sabemos, el art. 10 de la LGDCU regula los requisitos que han de cumplir las condiciones generales en orden a que pueda considerarse que forman parte de un concreto contrato –para que integren su contenido-. El art. 10.1.a) de la LGDCU establece, con carácter general, la exigencia de que las condiciones generales de la contratación se recojan en el documento contractual en el que consta el consentimiento del adherente, si bien permite su incorporación al contrato a través de una simple referencia a las mismas en éste, siempre y cuando se *facilite* al adherente una copia de las mismas con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato. Evidentemente, la exigencia de que el proveedor facilite al consumidor un ejemplar del texto de las condiciones generales del contrato que pretende sean incorporadas al contrato no ha de entenderse como equivalente a entrega material del mismo, sino como necesidad de que se pongan a su disposición, por ejemplo facilitando el acceso al texto de las mismas por medios electrónicos (*v.gr.*, a través de un enlace inserto en la página *web* del proveedor). Si la oferta se realiza mediante correo electrónico, este requisito puede cumplirse incorporando el texto de las condiciones generales al contenido del mensaje o bien incluyéndolas en un archivo adjunto siempre que tenga un formato conocido por la generalidad de los usuarios.

Por su parte, la LCGC dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes, debiendo hacerse referencia expresa en el contrato a las condiciones generales incorporadas, sin que pueda entenderse que ha habido aceptación de la incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y se le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Pero, además, el art. 5.3 de la LCGC prevé expresamente el caso de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

En efecto, el art. 5.3 de la LCGC regula los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato en el supuesto de contratación telefónica o electrónica, exigiendo la constancia, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, añadiendo que se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, en la que constarán todos los términos de la misma.

En los contratos de condiciones generales que, habitualmente, se celebran por escrito (art. 5.1 de la LCGC) se exige la firma del contrato que supondrá la aceptación siempre que el predisponente haya cumplido las cargas consistentes en hacer referencia expresa en el contrato a las condiciones generales de la contratación que pretenda incorporar como contenido del mismo y facilite el adherente un ejemplar de las mismas. El art. 5 habla de firma del contrato, mientras que el art. 7.a) determina la no incorporación de las condiciones generales *no firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5*, artículo que sólo exige la firma del contrato en el que debe contenerse la referencia a las condiciones generales incorporadas. De aquí se deriva que no es necesaria la firma de todas y cada una de las condiciones, ni, en su caso, del documento anexo que las contenga, salvo disposición específica expresa al respecto (arts. 3 de la LCS y 9.1.12ª y 9.2 de la Ley 42/98, de 15 de diciembre, *sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*), de manera que lo que ha de firmarse es el documento contractual en el que se contienen las condiciones generales de la contratación o la referencia a las mismas. Si el contrato no debe formalizarse por escrito (art. 5.2), el contrato se perfecciona conforme a las reglas generales y no se exige constancia en forma específica de la declaración de voluntad del adherente a efectos de la incorporación de las condiciones generales³⁵. La LCGC no impone ninguna forma determinada, sólo que al tiempo de celebración del contrato se haya tenido *oportunidad real de conocer de manera completa* el contenido de las condiciones generales de la contratación, de cualquier forma que garantice la posibilidad efectiva del conocimiento de su existencia y de su contenido. El art. 2 del RD 1906/1999, que desarrolla el precepto precitado -el art. 5.3 de la LCGC-, en orden a cumplir la exigencia que recae sobre el predisponente de ofrecer al consumidor la información anticipada sobre la existencia y el contenido de las condiciones generales, señala que *«el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación empleada, el texto completo de las condiciones generales»*. Esta exigencia parece que ha de entenderse cumplida, en los casos de contratación vía Internet, cuando en la página *web* del predisponente se inserte una pantalla de visualización obligatoria anterior a la página en la que se contenga el eventual formulario contractual, en la que se contenga aquella información³⁶.

El desarrollo reglamentario del art. 5.3 de la LCGC habría de respetar las condiciones mínimas señaladas en el este precepto de rango legal, de manera que aquél, si no quiere infringir el principio de jerarquía normativa, habría de limitarse exclusivamente a determinar el modo en que, de acuerdo con el medio de comunicación empleado, podría estimarse que la aceptación del contrato se extiende a todo el contenido predisponente del mismo -el procedimiento que asegure que el adherente acepta *«todas y cada una de las cláusulas del contrato»*-, sin necesidad de *firma convencional*³⁷, así como las maneras en que el texto de las condiciones generales utilizadas pueden ser enviadas al consumidor adherente en el momento inmediatamente posterior a la prestación del consentimiento contractual³⁸.

35 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 1999, pg. 167 (§ 46).

36 CALAVIA MOLINERO, J. M.: «Aproximación a los aspectos jurídicos de la contratación electrónica», *Carta Mercantil*, núm. 19, 20 de diciembre de 2000, pág. 14.

37 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (R. Bercovitz, dir.) Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 167 (§ 47).

38 CARRASCO PERERA, Á. / MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de condiciones generales de la contratación», *Estudios sobre Consumo*, núm. 49, 1999, pág. 105.

En efecto, la norma reglamentaria, respetando la posibilidad efectiva del adherente de conocer el contenido de las condiciones generales de la contratación debería haberse limitado a regular los aspectos formales de la aceptación, adecuando el régimen general a las necesidades del sistema de contratación –telefónica o electrónica- empleado³⁹. La expresión *firma convencional* se entiende referida al trazado gráfico manuscrito que contiene el nombre, apellidos y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos, acreditando la prestación del consentimiento sobre las declaraciones de voluntad que se contengan en los mismos. Pero ésta no es la única manera de signar sino que puede ser sustituida por la firma electrónica. Por otra parte, aunque probablemente el legislador al redactar el precepto estuviese efectivamente pensando en ésta, tampoco ésta es la única forma de sustituir a aquélla, entre otras cosas, porque no tendría sentido en la contratación exclusivamente telefónica.

El último inciso del art. 5.3 LCGC pretende adecuar la forma en que la información del contenido del contrato ha de ser facilitada al adherente con la forma y circunstancias de la contratación y, teniendo en cuenta que puede haber sido transmitida por medios efímeros, incluso verbalmente, se exige su ulterior envío *por escrito*, cumpliéndose con ello la función de publicidad, como exigencia de la incorporación de las condiciones generales de la contratación.

En estos casos estamos ante supuestos de contratación a distancia, por lo tanto, será aplicable la regulación de la venta y prestación de servicios a distancia, contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de ordenación del comercio minorista* (arts. 38 a 48 y DA 1^a), así como la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997⁴⁰. La principal novedad que introducen es que el adherente ha de disponer de la facultad de libre desestimiento (art. 44 LOCM) que puede ejercitarse dentro de los siete días siguientes a la fecha de recepción del producto. Facultad que aun no vinculada directamente al incumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales, puede servir indirectamente como instrumento de protección del adherente en el caso de que no hubiese tenido oportunidad de conocerlas en el momento de perfeccionarse el contrato. La LOCM no exige ningún requisito de forma a los contratos que regula pero sí exige un determinado contenido de las propuestas (art. 40) y que se remita al comprador una información por escrito que debe haber recibido en el momento de ejecución del contrato (art. 44.1). El art. 43.2 LOCM impide el pago antes de la entrega del producto, salvo la excepción constituida por los productos que se hayan elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico a solicitud del mismo. La LOCM de alguna manera presupone que al iniciarse el cómputo del plazo para el desestimiento, el consumidor adherente ya dispone de toda la información atinente al contenido del contrato por escrito. Esto resulta más claro en la Directiva 97/7, pues el plazo de siete días laborales se cuenta a partir del día de la recepción de los bienes o de la celebración del contrato, si se trata de servicios, siempre que en éste momento se haya recibido la confirmación escrita de la información exigida (art. 6 de la Directiva). Si la confirmación escrita no se recibe en absoluto, se establece un plazo de tres meses, contados desde la recepción de los bienes o desde el día de la celebración del contrato en el caso de que se trate de servicios, durante el cual el consumidor puede resolver el contrato. Si la información se recibe dentro de este plazo de tres meses, a

39 En este sentido se manifestaban, al parecer de forma infructuosa, CARRASCO PERERA, Á. / MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de condiciones generales de la contratación», *op. cit.*, pág. 118.

40 La contrucción del contrato de venta *on-line* sobre la regulación de la venta a distancia contenida en la Directiva 97/7/CE la realiza VIVANT en el Derecho francés, en un momento en el que el *Code de la consommation* todavía no ha sido adaptado a la misma; *vid.* VIVANT, M.: «Le contrat de vente en ligne», en *Les contrats du commerce électronique*, Ed. Litec, París, 1999, págs. 89 y ss.

partir del momento en que se recibe, el plazo de desestimiento será el de siete días laborales contados a partir del momento de recepción de la información.

El desarrollo reglamentario al que remite el art. 5.3 de la LCGC se ha producido a través del RD 1906/1999, de 17 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1999), *por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación*. El RD prescinde de toda alusión a la LOCM, adoptando las expresiones literales y el contenido de la Directiva, y va más allá de lo que parece ser el sentido de la remisión del art. 5.3 del LCGC: Se regula e introduce el requisito de la *información previa*, que ha de ser suministrada, como mínimo, tres días naturales antes de la celebración del contrato (art. 2 RD). Esta exigencia, que no viene impuesta por la Directiva 97/7 (en cuyo art. 4 se contempla el contenido de la obligación de información), introducida por una norma reglamentaria resulta un grave obstáculo para la contratación interactiva a través de páginas *web* comerciales, resultando totalmente inadecuada para la práctica contractual en este entorno⁴¹. Por ello, resulta mucho más adecuada la previsión que en este sentido se contiene en el art. 30 del *Anteproyecto de Ley de comercio electrónico*, pues se exige simplemente que la información previa que el proveedor ha de suministrar al consumidor de acuerdo con la normativa vigente, ha de realizarse de manera clara, comprensible e inequívoca y *antes de que el destinatario del servicio inicie el procedimiento de contratación*.

Se desarrolla el inciso final del art. 5.3 en el art. 3 del RD que se refiere a la *confirmación documental de la contratación efectuada*. Regula, con inspiración en la Directiva 97/7, el derecho de resolución (art. 4), pero la LCGC no concede tal facultad en relación con el incumplimiento de los requisitos de incorporación, sin perjuicio de que pueda acudir al mismo si se trata de un supuesto incluido en el ámbito de aplicación de la LOCM. El art. 5 RD contiene normas sobre la atribución de la carga de la prueba. El contenido fundamental del RD se dirige a establecer los requisitos de los documentos electrónicos como medio de prueba, pero no se refiere a la prueba de la aceptación del adherente, sino *a la de las cargas impuestas al predisponente*. El art. 1.4 RD contiene una norma sobre el ámbito territorial de aplicación que no puede alterar lo dispuesto en los arts. 3 LCGC y 10.bis.3 de la LGDCU.

De lo que precisamente el RD de 1999 no se ocupa es de aquella cuestión cuya regulación remitía a desarrollo reglamentario el art. 5.3 de la LCGC: el momento de perfección del contrato concluido conforme a las tecnologías de contratación a distancia. No hay ninguna precisión sobre la forma en la que ha de constar la aceptación, de manera que si el predisponente ha cumplido las cargas de información, la declaración de voluntad del adherente se extenderá a las condiciones del predisponente, sin exigir ninguna formalidad específica y, en consecuencia, podría ser verbal (caso de la contratación telefónica) o a través de una comunicación electrónica.

Como se ha visto, el grueso de la regulación contenida en el RD se refiere a información previa, confirmación documental y derecho de resolución, reproduciendo, con leves diferencias, lo dispuesto a cerca de estas cuestiones en la Directiva 97/7 (los derechos que reconoce esta Directiva tienen aplicación en la contratación electrónica y telefónica). Sin embargo es preciso poner de manifiesto algunas disfunciones de ambas regulaciones⁴²:

1ª) La Directiva 97/7 sólo se aplica a consumidores (*contratos a distancia entre proveedores y consumidores*, ex art. 1 de la Directiva). La normas del Reglamento pue-

41 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet*, Ed. Civitas, SL, Madrid, 2000, pg. 320.

42 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», *op. cit.*, págs. 171 y 172 (§ 54).

den aplicarse a contratos celebrados entre profesionales (caso de aquellas normas que se refieren a la posibilidad de realizar comunicaciones no sólo por escrito, sino también en cualquier soporte duradero –arts. 2 y 3; normas sobre atribución de la carga de la prueba –art. 5 RD-) ⁴³. Aunque esto es así, la toma en consideración del Preámbulo del RD y las continuas alusiones al *consumidor* a lo largo de su articulado, así como el hecho de haber seguido fielmente la Directiva 97/7 –que no se aplica a contratos entre profesionales⁴⁴–, constituyen razones que fundadamente llevan a pensar que los redactores del RD tuvieron presente ante todo la contratación con consumidores y ello acaso por el uso indebido del término *consumidor* en el art. 5.3 de la LCGC.

2^a) Los deberes de *información previa, confirmación por escrito* y la *facultad de desestimiento* ya se encuentran en los arts. 40, 44 y 47 de la LOCM, si bien sólo el precepto relativo al desestimiento (art. 44) es de aplicación general, mientras que los otros son de aplicación supletoria en defecto de normas dictadas por las CC AA en el ejercicio de sus competencias (DF única LOCM). Quizás con ello se haya pretendido seguir de manera más fiel la Directiva y concretar estos aspectos en los contratos con condiciones generales (argumento *ex art. 2*), sin perjuicio de lo que se exige en la LOCM (arts. 39 y 47), así como poner de relieve que el desestimiento es una facultad que sirve como instrumento de protección del adherente frente al predisponente cuando no se hubieren cumplido las cargas de información y de confirmación escrita que se le imponen (art. 4.3 RD).

3^a) Aunque el RD no establece distinción alguna entre contratos entre profesionales y contratos entre profesionales y consumidores, la remisión del art. 5.3 de la LCGC no le habilita para añadir nuevos requisitos de incorporación, ni conceder facultades que no se encuentran amparadas por la Ley. En consecuencia, el *derecho de resolución* que con carácter general parece reconocerse para todos los casos de contratación telefónica o electrónica (art. 4 RD), sólo podrá ejercitarse en el medida en que se trate de un supuesto de venta o servicio a distancia comprendido en la LOCM o reconocido en otra disposición legal.

III.- LOS CONTRATOS SOMETIDOS AL RD 1906/1999

La contratación electrónica y la contratación telefónica constituyen supuestos de contratación a distancia, o *sin presencia física simultánea de los contratantes* (art. 1 del RD 1906/1999, coincidente, en este aspecto, con el art. 38.1 de la LOCM). Los contratos a distancia son los *negociados y perfeccionados a distancia* –sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor–, con independencia de cómo se produzca su cumplimiento⁴⁵, al tiempo que la calificación *telefónica o electrónica* predicada de la forma de contratar permite incluir entre las técnicas de comunicación utilizadas a estos efectos tanto los sistemas actuales como los futuros. A efectos de su perfeccionamiento, la comunicación telefónica de la oferta y la aceptación puede calificarse como contratación entre presentes, mientras que la electrónica es de formación sucesiva (Directiva de

43 En este sentido también, SANZ VIOLA, A. M^a: «Contratación electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 30 de abril a 6 de mayo de 2001, § III.1.

44 Sobre el comercio electrónico entre empresarios, entre otros, *vid.* JULIÀ BARCELÓ, R.: *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

45 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 38.1 de la LOCM», en *Comentarios a la Leyes de ordenación del comercio minorista* (Bercovitz / Leguina Villa, coords.), Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pg. 669.

comercio electrónico; art. 11 de carácter imperativo cuando se trata de consumidores), al menos cuando el contrato se forma a través del intercambio de mensajes de correo electrónico. El art. 11 de la Directiva sobre comercio electrónico se limita a prever que el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido realizado por el destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, considerando recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos. Como no podía ser de otra manera, en el art. 31 del *Anteproyecto* español se establece la obligación del prestador de servicios de confirmar la destinatario la recepción de su petición, salvo que ambos contratantes acuerden expresamente que esta confirmación no es necesaria o en el caso de que ninguno de ellos tenga la condición de consumidor.

No quedan sometidos al art. 5.3 de la LCGC, ni al RD que lo desarrolla, los contratos excluidos de la propia LCGC (el art. 1.2 del RD reproduce, con algunas variantes, el contenido del art. 4 de la LCGC). Sin embargo, el ámbito de aplicación del RD 1906/1999 es más limitado que el del art. 5.3 de la LCGC: En el art. 1.3 contiene una relación de contratos excluidos que reproduce, con algunas modificaciones, las exenciones de la Directiva 97/7 sobre ventas a distancia (art. 3, en relación con el *Anexo II*), que a su vez ya se reflejan en la LOCM (art. 38.3 y DA 1^a). Están excluidos los servicios financieros, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos (la Directiva 97/7 excluye también a los celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos), los contratos relativos a la construcción y a la venta de inmuebles, con excepción del contrato de arrendamiento (salvo el arrendamiento de temporada en el RD) y los celebrados a través de subasta.

Para estos casos, lo único que se establece *por mayor claridad* (según el Preámbulo del RD) es la reproducción del último inciso del art. 5.3 de la LCGC, admitiendo no sólo la forma escrita, sino también, los *registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la normativa específica aplicable en cada caso*.

Aunque tales supuestos no estén incluidos en el Reglamento, siguen sometidos a la LCGC. Por lo tanto, habrá de procurarse el conocimiento de las condiciones generales al tiempo de la declaración en la forma adecuada al medio de comunicación empleado (arts. 5.2 y 7.a) de la LCGC); y como forma *adecuada* puede tenerse en cuenta lo que dispone el art. 2 del RD; la novedad del Reglamento es permitir que la justificación por escrito (art. 5.3 LCGC) se produzca también por registros magnéticos o informáticos.

Por otra parte, en muchos de los supuestos exentos existen normas en vigor (o en fase de preparación), no referidas exclusivamente a la contratación a distancia, que tienden a que el consumidor o, en general, el adherente, reciba información completa *antes* de la perfección del contrato, procuran que disponga de un ejemplar del contrato y de las condiciones que integran su contenido y, a veces, conceden la facultad de libre desestimiento, relacionando el *dies a quo* de dicha facultad no sólo con la perfección del contrato, sino también con la recepción de la documentación relativa al mismo. Además debe mencionarse ya la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOCE núm. C 177 E, de 27 de junio de 2000)⁴⁶, que pretende regular la contratación a distancia de servicios financieros, entendiendo por tales *cualquier servicio*

46 La propuesta inicial de esta Directiva, ahora modificada, fue presentada por la Comisión el 14 de octubre de 1998 (COM 1998, 468 final-98/0245 COD). Sobre la mismas, en la literatura jurídica en español, *vid.* SERRANO GIL DE ALBORNOZ, F.: «Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *Derecho de Internet (Contratación electrónica y firma digital)* (R. Mateu de Ros / J. M. Cendoya Méndez de Vigo; coords.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, especialmente las págs. 310 y ss.

relativo a las actividades de las entidades de crédito, de las compañías de seguros y de la empresas de inversiones, con una lista indicativa en el Anexo (art. 2.b). En esta Propuesta de Directiva se prevé el deber del proveedor de comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales por escrito o en *soporte duradero* –entendiéndose que este concepto comprende cualquier instrumento técnico que permite al consumidor conservar la información sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, como es el caso de los disquetes informáticos o los mensajes de correo electrónico que se almacenan en el disco duro de su ordenador–, antes de la celebración del contrato (art. 3). El contrato, a petición del consumidor, puede celebrarse antes de que se le hayan comunicado las condiciones, en cuyo caso el proveedor debe comunicarle el contrato por escrito o en un soporte duradero, tan pronto como se haya celebrado el contrato. En este caso el consumidor, salvo supuestos excepcionales, dispondrá de un derecho de retractación de 14 días, sin penalización y sin obligación de indicar el motivo; plazo que se amplía a 30 días en los contratos que tienen por objeto créditos hipotecarios, seguros de vida y operaciones individuales de jubilación. El plazo de retractación se cuenta a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales (art. 4).

En el art. 1.3 del RD no se menciona como supuesto excluido el de servicios con reserva. Estos servicios no están sometidos a las normas de la LOCM sobre contratos a distancia (DA 1^a, núm. 2); y según el art. 3, núm. 2.II de la Directiva 97/7/CE, a los *contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto*, no se aplican las normas referidas a *información previa, confirmación escrita ni derecho de resolución*. Si, como ya se ha apuntado, el Reglamento pretende adaptar su ámbito de aplicación al de la Directiva, puede pensarse que la omisión no es intencionada y, en consecuencia, tampoco estarían sometidos al Reglamento, sin perjuicio del art. 5.3 de la LCGC. En todo caso, no parece posible conceder al consumidor en los contratos de servicios con reserva formados por vía electrónica o telefónica el derecho de resolución que carece de apoyo legal, sin perjuicio de las facultades de desestimiento que puedan asistir al usuario o consumidor en los términos previstos en alguna norma específica, como sucede en el caso del art. 9.4 de la *Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados*⁴⁷.

Para concretar la aplicación a los contratos electrónicos de las reglas generales sobre el momento de perfección de los contratos contenidas en los arts. 1262 del CC (respecto a la aceptación hecha por carta, establece como momento relevante el de la llegada a conocimiento de quien hizo la oferta, si bien es opinión generalizada su interpretación acorde con la teoría de la recepción), 54 del CCo (desde el momento en que se contesta aceptando la oferta, si bien el precepto sólo es aplicable cuando el contrato no se celebra con destinatarios finales de los bienes) y 24 de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías⁴⁸ (teoría de la recepción –la declaración de aceptación llega al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal-, al igual que en los Principios UNIDROIT), la Ley Modelo UNCITRAL aunque no contiene propiamente normas sobre determinación del momento de celebración del contrato, en su art. 15 incorpora criterios para determinar el momento de emisión y de recepción de los mensajes: a falta de acuerdo, el momento de expedición de un mensaje de datos es el de su entrada en un

47 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», *op. cit.*, pág. 175 (§ 61).

48 BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991; corr. errores, BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996.

sistema de información del destinatario, considerándose que ha entrado cuando puede ser procesado desde este sistema⁴⁹. En el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI se recoge una cláusula en la que se opta por la teoría de la recepción, al considerar celebrado el contrato *en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente*.

La teoría de la recepción es la asumida de manera expresa, con independencia de que el contrato pudiese calificarse como civil o mercantil, en el art. 32.1 del *Anteproyecto de Ley de comercio electrónico*: «*El contrato electrónico se entenderá celebrado en el momento en que la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en el almacenado y accesible por este último*».

Los contratos a distancia pueden combinar distintos medios de comunicación, de manera que la oferta puede haber sido realizada a través de un medio documental (impresos, catálogos, publicidad en prensa con cupón de pedido, etc.) o sin mediar comunicación escrita. En muchos casos no habrá verdadera oferta, sino una *invitatio ad offerendum*. La declaración del adherente, a su vez, igualmente puede haberse producido a través de distintos medios, no coincidentes con los de la otra parte. A efectos del art. 5.3 de la LCGC presenta interés determinar si se exige que tanto la oferta como la aceptación hayan de haberse producido por teléfono o por vía electrónica o telemática o si basta con que una de las partes haya acudido a este medio de comunicación y cuál de ellas, en este caso. Si se tiene en cuenta que el 5.3 aparece en el proceso de elaboración de la LCGC con la finalidad de salvar en estos contratos la necesidad de *firma convencional*, el elemento decisivo, a efectos de aplicación del 5.3 y del RD 1906/1999, es el modo en que se haya comunicado la aceptación, con independencia de cómo se haya producido la oferta, o, en general, la comunicación del predisponente (sea oferta en sentido estricto, sea mera *invitatio ad offerendum*). Lo relevante es, entonces, el medio mediante el cual el cliente responde a la propuesta comercial hecha por el predisponente, no el medio utilizado por éste para hacer la propuesta.

IV.- REQUISITOS DE INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: EL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA Y LA CONFIRMACIÓN DOCUMENTAL DE LA CONTRATACIÓN EFECTUADA EN EL RD 1906/1999

Con carácter general, el art. 13 de la LGDCU impone un deber precontractual de información que recae sobre el proveedor, exigiendo que dicha información sea *veraz, eficaz y suficiente*. En todos aquellos casos en que la iniciativa la tome el proveedor, resulta aplicable también el art. 8 LGDCU sobre oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios, requiriendo que aquéllas se ajusten a las caracterís-

49 En todo caso, ha de tenerse en cuenta que si bien el debate acerca de la determinación del momento en que ha de considerarse aceptada la oferta de contrato y, en consecuencia, perfeccionado el contrato, es interesante desde la perspectiva académica, su interés práctico es menos relevante en tanto que los profesionales que se dedican a la venta a distancia están obligados a mantener sus ofertas durante el plazo que hayan indicado y, en su defecto, durante un plazo razonable. La Directiva 97/7, de 20 de mayo, obliga a los profesionales a mencionar la duración de la validez de su oferta y del precio. *Vid.* CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F.: *Droit de la consommation, op. cit.* (5ª edic.), pág. 100 (§ 102).

Sobre las especialidades en la aplicación del Derecho substantivo derivadas del hecho de que las declaraciones de voluntad contractuales se transmitan mediante mensajes de datos emitidos y transmitidos a través de los servicios de proveedores de Internet, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 261 y ss.

ticas de éstos, estableciendo que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los mismos será perseguida y sancionada como fraude.

El art. 2 del RD establece el deber de información previa a la celebración del contrato estableciendo el *contenido* de la información y el *plazo* en el que debe proporcionarse.

IV.1.- Contenido de la información previa a la formación del contrato

El predisponente debe facilitar de modo veraz, eficaz y completo información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato (sean o no condiciones generales) y remitir, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales. En la información previa el predisponente habrá de facilitar al potencial adherente los distintos tipos de soporte entre los que podrá elegir el medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada (art. 3.1 *in fine* del RD 1906/1999). Si el predisponente ha realizado su oferta –al destinatario en concreto, al público en general, o la *invitatio ad offerendum*– en un medio escrito (catálogos, publicidad, impresos, etc.) o a través de medios electrónicos (correo electrónico, Internet), no existe problema alguno para el cumplimiento de lo que exige el art. 1.2 del RD y sin duda es razonable exigir que se garantice de este modo el conocimiento de las condiciones generales (argumento *ex art.* 5.2 de la LCGC). A diferencia de lo que ocurre con la *confirmación de la contratación efectuada* (art. 3), la norma sólo exige la remisión del texto por medio adecuado. En el ámbito de la contratación electrónica podrá estimarse suficiente a efectos de la información *previa* la información por remisión, entendida como aquella a la que puede accederse de forma inmediata sin esfuerzo adicional excesivo. El art. 30.2 del *Anteproyecto de Ley de comercio electrónico* introduce un requisito ulterior, fruto de la necesaria adecuación a la previsión en el mismo sentido contenida en el art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE: que las condiciones generales *puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*. Esta exigencia no supone dificultad técnica alguna ni para el predisponente ni para el destinatario, puesto que tanto si las condiciones generales son remitidas como archivos adjuntos de correos electrónicos comerciales, como si están incorporadas en las correspondientes páginas *web* del predisponente, pueden ser fácilmente archivadas como documentos electrónicos o ser impresas en soporte de papel. La peculiaridad en el Ordenamiento jurídico español se prevé para el caso de que las condiciones generales estuviesen inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación que se crea como consecuencia de la previsión contenida en el art. 11 de la LCGC⁵⁰. En este caso el predisponente, prestador de servicios *on-line*, habrá de facilitar al potencial adherente los datos correspondientes a la inscripción de las mismas y ello parece que con independencia de que hayan sido objeto de inscripción voluntaria o se trate de sectores de la contratación en los que la misma sea obligatoria⁵¹.

Si la comunicación es telefónica, el art. 3.1 del RD 1906/1999 parece introducir un requisito que puede entorpecer, sin impedir, la perfección del contrato de forma inmediata. Puesto que los preceptos de la LCGC aplicables al caso no exigen en ningún

50 El RD 1828/1999, Ministerio de Justicia, de 3 de diciembre de 1999, ha aprobado el *Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*.

51 En este sentido, téngase en cuenta que la Directiva 2000/31/CE, con la finalidad de asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, asume, junto al principio de no autorización previa (art. 4), el principio del control del país de origen del prestador de los servicios de comercio electrónico, de manera que cada Estado miembro habrá de velar porque los prestadores de servicios establecidos en su territorio respeten las disposiciones nacionales y comunitarias que les resulten de aplicación, siendo aplicable, entonces, el régimen jurídico propio del Estado del lugar de establecimiento, determinado en función de dos criterios cualitativos: la efectividad y la estabilidad de la actividad económica (art. 3).

caso la remisión previa del texto de las condiciones generales (arts. 5.3, 5.2 y 7.a), puede pensarse que en estos casos el predisponente cumple suficientemente con su deber de garantizar la oportunidad de conocimiento efectivo (art. 5.2 LCGC), informando sobre la existencia de las condiciones generales, cuya comunicación telefónica completa no parece posible, y ofreciendo al adherente la posibilidad de no celebrar el contrato hasta que se remita efectivamente el texto de las condiciones generales; nada impide que el adherente manifieste inmediatamente su aceptación, sin perjuicio de que en este caso pueda concederse el derecho de resolución, conforme al art. 4.3 del Reglamento.

El art. 4.1 de la Directiva 97/7 sobre ventas a distancia establece que con la *ante-lación necesaria* –en orden a permitir que el consumidor pueda tomar una decisión fundada–, el consumidor previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia ha de disponer de la siguiente información: *a)* Identidad del proveedor y, si el contrato requiere el pago por adelantado, su dirección [se trata de una solución de compromiso entre dos opiniones dispares mantenidas a lo largo de la elaboración de la Directiva: aquélla que reclamaba la interdicción de todo pago anticipado⁵² y aquélla otra que exigía la indicación incondicional de la dirección del proveedor. Este último dato sólo parece necesario para poder comunicar al proveedor la demanda judicial que, eventualmente, el consumidor presente contra él. La solución de la Directiva implica la licitud del pago anticipado a condición de indicar la dirección antes de la conclusión del contrato. A estos efectos, es suficiente que el proveedor en vez de la dirección de su establecimiento principal, comunique la de uno de sus establecimientos donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones en el sentido del art. 5.1, pf. 2º de la Directiva⁵³; *b)* Características esenciales del bien o del servicio [como la descripción del producto o del servicio tendrá una importancia decisiva en la decisión del consumidor, ésta podrá ser considerada como la *calidad prometida* en el sentido del art. 1469 del CC]; *c)* Precio del bien o del servicio, incluidos los impuestos; *d)* En su caso, los gastos de entrega; *e)* Modalidades de pago, de entrega y de ejecución; *f)* Existencia de un derecho de resolución, salvo cuando éste no proceda de acuerdo con el art. 6.3 de la propia Directiva [antes de la conclusión del contrato el proveedor sólo está obligado a mencionar su existencia, siendo suficiente que lo haga oralmente. Solamente una vez concluido aquél habrá de comunicar al consumidor las condiciones y modalidades de ejercicio del mismo]; *g)* Coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica; *h)* Plazo de validez de la oferta o del precio; *i)* Cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida, la duración mínima del contrato. En el caso de que se hayan concluido este tipo de contratos con una duración indeterminada o superior a un año, el proveedor ha de informar por escrito en el momento de la conclusión del contrato de la existencia de un derecho de *rescisión* del contrato, así como de las condiciones para su ejercicio.

Los amplios deberes de información que la Directiva 97/7 impone a los proveedores es uno de los pilares fundamentales de la regulación que prevé. El consumidor, gracias a la información previa de la que ha de disponer antes de la conclusión del contrato, puede tomar una decisión razonada y fundada desde la perspectiva económica y ello porque, como acabamos de ver y a diferencia de lo que establece la Directiva 85/577/CE para el caso de las ventas a domicilio, la información no sólo se refiere al derecho de retractación, sino también sobre el precio y la cualidad de la prestación, las modalidades de entrega y de pago, los servicios postventa y las condiciones de garantía.

52 A instancia del Parlamento europeo, la Comisión había incluido la interdicción de pago anticipado en una Proposición modificada de Directiva (JOCE 1993 C 308/25), eliminada por el Consejo en su Posición común al juzgarla inadecuada (JOCE 1995 C 288/11).

53 MICKLITZ, H.-W.: «La directive 97/7/CE sur les contrats à distance», *op. cit.*, pág. 32.

La información comercial habrá de suministrarse al consumidor de modo claro y comprensible y adecuado a las técnicas de comunicación empleadas. En el caso de comunicaciones telefónicas deberá ponerse de manifiesto al principio de la misma y de manera explícita y clara que se trata de una llamada con finalidad comercial, así como la identidad del proveedor (art. 4.3 de la Directiva 97/7). En el caso de que la técnica de comunicación empleada fuese la red Internet, la información sobre el profesional proveedor habrá de estar dispuesta de tal manera que se permita al consumidor acceder a la misma «*con facilidad y de forma directa y permanente*» (art. 5.1 de la Directiva 2000/31/CE). Además, el suministrador *on-line* habrá de indicar el precio del producto o del servicio claramente y sin ambigüedades, haciendo constar si están incluidos o no los impuestos y los gastos de envío. En consecuencia, en el propio *site* habrá de contenerse la información sobre el precio del producto, incluyendo todos los costes -también los costes suplementarios, como pueden ser los derivados del transporte del producto-, así como los modos de pago que puede utilizar el consumidor. El precio indicado será válido mientras dure la oferta, de manera que incluso si aumentan en este periodo de tiempo las tasas de T.V.A., éste aumento no podrá ser repercutido sobre el consumidor. Si la oferta realizada no prevé expresamente un plazo de duración, los jueces podrán fijar un determinado plazo razonable fijado en atención al tipo de publicidad, categoría del producto, su precio en el mercado, etc. Si el producto no está disponible, el destinatario de una oferta podrá obtener, en determinados casos, una indemnización de daños y perjuicios.

Las comunicaciones comerciales habrán de ser fácilmente identificables como tales, así como la identificación de la persona, física o jurídica en nombre de la cual, en su caso, se hagan. También habrá de expresarse claramente si se trata de una oferta promocional (descuentos, regalos, etc.), así como los concursos y juegos que, en su caso, se hagan con esta finalidad (art. 6 de la Directiva 2000/31/CE). En todo caso, la información ha de realizarse de manera clara y comprensible según los medios adaptados a la técnica de comunicación utilizada. La finalidad comercial de las informaciones ofrecidas debe de aparecer clara, sin equívocos, respetando el principio de lealtad en las transacciones comerciales y la protección de los menores y de las personas incapaces.

En relación con las comunicaciones comerciales no solicitadas, la Directiva en cuestión (art. 7) asume la necesidad del prestador de servicios *on-line* de respetar las listas de exclusión voluntaria -listas *opt-out*-, en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir comunicaciones comerciales de este tipo⁵⁴. En este ámbito es necesario diferenciar la regulación de los anuncios publicitarios realizados a través de *banners* -o bandas de anuncios publicitarios- que son mensajes publicitarios que se abren automáticamente en la acogida de un sitio al que voluntariamente ha accedido el internauta y que están sometidos a las normas generales que regulan la publicidad, de los mensajes publicitarios enviados a través del correo electrónico con la ayuda de un programa -como el *Outlook express* o el *Internet mail*- que permite dirigir un mensaje y accesoriamente un fichero adjunto a una persona o a un grupo de personas cuya dirección de *e-mail*, e incluso sus hábitos de consumo, son conocidos por el remitente emisor. El envío masivo de estos mensajes publicitarios -práctica conocida con el nombre de *spamming*- puede constituir una práctica abusiva frente al consumidor. El legislador comunitario ha hecho frente a la necesidad de conjugar la libertad de circulación de la información en la red y la protección del consumidor frente a prácticas comerciales de

54 El art. 23 del *Anteproyecto de Ley de comercio electrónico* español, se prevé la posibilidad de que los titulares de cuentas de correo electrónico puedan inscribirse de forma gratuita en una o más listas de exclusión voluntaria a la recepción de comunicaciones comerciales por esta vía, al tiempo que se establece el deber de los prestadores de servicios que realicen este tipo de comunicaciones de crear una lista propia o de suscribirse al menos a una lista de exclusión voluntaria que habrán de consultar al menos una vez al mes, estando obligados a respetar dichas listas.

este tipo exigiendo que las comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas por medio del correo electrónico estén identificadas de manera clara e inequívoca en el mismo momento de su recepción por el destinatario (art. 7.1 de la Directiva) y mediante el establecimiento de listas de exclusión voluntaria. A estos efectos ha de considerarse como mensaje publicitario y no como correspondencia privada -sujeta al secreto de las comunicaciones (T.G.I. Nice, 5ª ch., 28 nov. 1991, núm. 5506/91) todo intercambio de datos por medios electrónicos entre dos personas- todos los mensajes electrónicos que no estén personalizados (así lo ha precisado el Consejo de Estado francés en su relación *Internet et les réseaux numériques*), que se vincule a una actividad comercial y que su destino sea promover un bien o un servicio⁵⁵. Por otra parte, ha de recordarse que la técnica de la oferta *on-line* está sometida al régimen jurídico nacional y comunitario regulador de las ventas a distancia. En efecto, el art. 2.1 de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, al definir el contrato a distancia como «*todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato*», tiene en consideración la red Internet como posible técnica de comunicación a distancia, pues éstas, de conformidad con el núm. 4 del mismo precepto, son «*todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor*», figurando el correo electrónico entre las técnicas enumeradas en el Anexo I de la Directiva 97/7, en el que se relacionan las técnicas de comunicación a distancia a que alude el apartado 4 del art. 2 de la misma.

En cuanto a la aceptación del contrato celebrado *on-line*, la idea de la que se parte es de que cuando la aceptación se expresa *on-line*, es necesario dotar de medios de protección al consumidor frente a sus potenciales errores propios. La aceptación de una oferta de venta de un producto o de adquisición de un servicio a través de la red Internet puede adoptar formas variadas, siempre con la reserva de la necesaria capacidad del aceptante -lo que en la práctica presenta las notables dificultades propias de todo contrato negociado y formalizado sin la presencia física simultánea de los contratantes-: el principio del consensualismo que rige en materia contractual impone la admisión de diversas modalidades de aceptación en Internet. Desde la posibilidad de aceptación tácita -en todo caso, el silencio no vale como aceptación-, pasando por la aceptación por escrito y la aceptación a través de medios virtuales u *on-line*. En efecto, «*clickear*» sobre un icono puede entenderse como un gesto no equívoco o como un comportamiento activo manifestador expreso de la voluntad del aceptante⁵⁶. En este sentido, es importante evitar un «consentimiento reflejo» [COM (1998) 586]. El acento frecuentemente se pone sobre el hecho de que la validación del pedido por medio de la comunicación del número de la tarjeta bancaria y su fecha de caducidad sirven como mandato de pago del precio convenido. Precisamente el art. 11 de la Directiva sobre comercio electrónico tiene como finalidad obligar a los Estados miembros a prever en sus legislaciones internas ciertas precauciones en orden a evitar que un destinatario del servicio pueda expresar su consentimiento utilizando medios tecnológicos como «*clickear*» sobre un icono para aceptar una oferta de un prestatario. Para estos supuestos se prevé que el contrato se considerará concluido si y solamente si el destinatario del servicio ha recibido -por vía electrónica- el acuse del recibo por el prestatario de la aceptación del destinatario del servicio. La excepción a esta previsión la constituyen los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo u otra comunicación individual equivalente.

55 COBLENCE, J.-M. y SALA, J.-P.: «Les responsabilités encourues para les fournisseurs d'espaces publicitaires sur Internet», *JCP, éd. E.*, núm. 25, junio de 1999, págs. 1095 a 1100.

56 THOUMYRE, L.: «L'échange des consentements dans le commerce électronique», *juriscom.net*.

Con el establecimiento de estas cautelas lo que se pretende es evitar que la compra o la contratación de un determinado servicio sea impulsiva, favoreciendo que la misma sea fruto de o resultado de una preparación minuciosa por el vendedor, repitiendo, si es necesario, en varias páginas la elección del cliente y su aceptación. La Directiva 97/7/CE, en orden a instaurar una protección uniforme de los consumidores a nivel europeo precisa que las informaciones que tengan una finalidad comercial ha de resultar indudable esta finalidad, sin equívocos, de manera clara y comprensible, cualquiera que sea el medio de comunicación a distancia utilizado. Esta posición es, por otra parte, la preconizada en el *Informe LORENTZ*, que postula la existencia de una fase de información, «*sin que los hipertextos⁵⁷ puedan reenviar a las condiciones generales de la venta*» y de una segunda fase de aceptación de la oferta que, a su vez, comprenda varias etapas: aceptación de la oferta / aceptación del precio / aceptación de las otras condiciones del contrato / manifestación final del consentimiento, confirmado bien por correo electrónico -con la obligación de conservar el mensaje-, bien por la necesidad de dos clics diferentes⁵⁸.

En un sentido coincidente, el *contrato-tipo* de comercio electrónico elaborado por la *Chambre de Commerce et Industrie* de París y la Asociación francesa para el comercio electrónico aconseja fuertemente que la aceptación y la confirmación sean realizadas por una serie de órdenes sobre páginas o pantallas sucesivas, que finalmente aparecerán sobre una pantalla recapituladora con una mención explícita de la obligación asumida por el consumidor.

En cuanto a la ejecución del contrato *on-line*, es de aplicación el derecho de retractación previsto en el art. 6 de la Directiva 97/7/CE, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen los servicios cuya realización no se haya iniciado antes de la expiración del plazo concedido al consumidor para el ejercicio de este derecho, excluyéndose los productos perecederos. También es de aplicación el art. 8 de la misma Directiva en el que se prevé la posibilidad de que el consumidor anule un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago.

IV.2.- Plazo para facilitar la información

De conformidad con lo prevenido en el art. 2 del RD 1906\1999, la información debe proporcionarse al consumidor adherente con la antelación necesaria, como *mínimo en los tres días naturales anteriores* a la celebración del contrato. Si bien la finalidad perseguida por el legislador reglamentario con esta previsión es loable, pues no se pretende otra cosa que garantizar que el destinatario de la información tenga en su poder los elementos de juicio necesarios para, en un plazo razonable de tiempo, decidir correctamente acerca de cuál sea su voluntad contractual, la norma resulta inadecuada para satisfacer las exigencias de la práctica contractual propia de la contratación electrónica. Pero, además de inadecuada, la norma excede del ámbito de habilitación que al legislador reglamentario atribuye el art. 5.3 de la LCGC. En efecto, este precepto sólo remite a la regulación reglamentaria la forma en que ha de constar la aceptación de las cláusulas del contrato celebrado electrónica o telefónicamente, cuando se forma en virtud de condiciones generales de la contratación, pero en absoluto la regulación de las exigencias previas de información⁵⁹. En consecuencia, el plazo de 3 días naturales que

57 Los *hipertextos* o *hiperenlaces* son palabras, frases o documentos que incluidos en el texto de un documento y diferenciados con un subrayado, un tipo especial de letra o un color, permiten conectar -haciendo *click* sobre ellos con el ratón del ordenador- con otras partes del documento o con otros documentos situados en cualquier punto de la red.

58 Informe de la Comisión -creada por el Gobierno francés- sobre Comercio Electrónico presidida por F. LORENTZ, publicado en marzo de 1999 bajo el título «*La nouvelle donne du commerce électronique*».

59 *Vid.* en este sentido, entre otros, DÍAZ BRITO, F. J.: «Contratación electrónica: ¿Camino del laberinto?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, enero de 2001, pág. 4.

pretende introducir el Reglamento no encuentra amparo en el art. 5.3, ni en ningún otro precepto, de la LCGC; ni puede deducirse del art. 10.1.a) de la LGDCU; basta con disponer de la posibilidad de conocimiento en el momento de contratar, sin perjuicio de que una norma específica procure, en determinados sectores, un plazo de reflexión. Si ésta oportunidad ha existido, no hay razón para negar la incorporación de las condiciones generales, aunque no se haya respetado el plazo de 3 días, si los demás requisitos legales se cumplen. Sólo quedaría, acaso, como sanción específica por no respetar los 3 días mínimos, la ampliación del plazo de resolución que parece concederse en el art. 4.3 del propio RD. Por otra parte, ni la LOCM, ni la Directiva 97/7, imponen un plazo mínimo, ni máximo, en el que deba proporcionarse la información previa. El art. 40 LOCM no fija plazo alguno para las ofertas de venta a distancia, y el art. 4 de la Directiva sólo pide la *antelación necesaria*.

En cualquier caso, si el predisponente ha proporcionado la oportunidad de conocimiento previo de las condiciones generales, el contrato se perfecciona con el contenido predispuesto, sin exigir forma específica para la declaración de voluntad del adherente. Tras la celebración, el predisponente debe enviar *inmediatamente* al adherente *confirmación documental de la contratación efectuada* en la que deberán constar todos los términos de la misma, en el idioma del adherente o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta. La comunicación que ahora incumbe al predisponente debe realizarse, en principio, por escrito –exigencia establecida en el RD pensando fundamentalmente en la contratación telefónica–; pero a propuesta del adherente puede realizarse en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado. Con esta finalidad, el predisponente en la información previa que ha de facilitar al adherente habrá de indicar los tipos de soportes entre lo que éste puede elegir en orden a remitirle la justificación de la contratación efectuada si llega el caso. El art. 7 de la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros prevé expresamente la posibilidad de que la comunicación de las condiciones contractuales se realice por escrito *o en un soporte duradero que se encuentre a la disposición del consumidor y al cual éste tenga acceso, no obstante lo dispuesto en cualquier otra disposición en la que se prevea que esta comunicación deba realizarse únicamente por escrito*. Por «soporte duradero» se entiende *cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico* (art. 3.3 RD de 1999). La Directiva 2000/31, exige que las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario estén disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3). La exigencia de la justificación por escrito ninguna ventaja parece aportar al consumidor que, previsiblemente, dadas las razones de rapidez en la transacción, a buen seguro en los casos de contratación electrónica preferirá que sea también éste el medio utilizado para que le sea enviada aquélla, fundamentalmente una vez que la utilización de la firma electrónica es una posibilidad indiscutida desde la perspectiva jurídica y tanto la autenticidad del mensaje como la integridad de su contenido pueden garantizarse técnicamente.

Además, la expresión *inmediatamente* del artículo 5.3 de la LCGC se concreta, siguiendo, en parte, la Directiva, *a más tardar en el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato*. La expresión *comienzo de la ejecución del contrato*, acaso se refiera a servicios; aunque literalmente también puede abarcar a la venta de bienes o productos y referirse al pago realizado por el adherente. La posibilidad de pago anticipado no está excluida en la Directiva 97/7, aunque en la LOCM se contempla esta posibilidad sólo con carácter excepcional (art. 43.2) Se ha advertido que en los contratos en los que se produce de manera simultánea la celebración del contrato y la ejecución del mismo, no es posible dar una regla general y debe buscarse una solución caso por caso, mediante la aplicación del estándar general de entrega inmediata que impone la ley.

La **confirmación** de la contratación realizada del modo expuesto, examinada desde la perspectiva de su trascendencia para la incorporación de las condiciones generales, sirve sin duda a la función de publicidad que se les atribuye. Puede afirmarse que toda discordancia entre el contenido de la información previa y el de la confirmación posterior debe resolverse, en principio, a favor de la primera, con base en la cual se ha emitido la voluntad del adherente. Cuestión distinta es la sanción que su ausencia merezca. De un lado, el Reglamento le otorga repercusión sobre el plazo de ejercicio de la facultad de desestimiento (art. 4.3 del RD 1906/1999), lo que, en principio debe de tener un alcance limitado. Por otro lado, es preciso determinar si la falta de confirmación es óbice a la oponibilidad de las condiciones generales *ya conocidas e incorporadas* en el momento de la perfección del contrato. Se ha dicho que la exigencia de envío de justificación escrita en el art. 5.3 debe interpretarse como un requisito de inclusión *ex post* de las condiciones generales: si se omite el cumplimiento de este deber, las condiciones generales no son oponibles al adherente, aunque, a su vez, se tiene en cuenta que la entrega posterior de la documentación no es necesaria si se hubiera entregado con anterioridad. El art. 7.a) de la LCGC no menciona la falta de envío como causa determinante de la no incorporación y, por hipótesis, el contrato ya se pudo haber perfeccionado con el contenido predispuesto porque el adherente ha tenido la oportunidad de conocer completamente el contenido del mismo. La no incorporación *ex post* podría entenderse como sanción adecuada, sobre todo desde la perspectiva de publicidad de los requisitos de incorporación, en cuanto que el predisponente debe procurar que el adherente tenga a su inmediata disposición durante toda la vida del contrato el texto de las condiciones generales (un documento escrito, en soporte papel o en otro soporte duradero). Esta función de publicidad pudo haberse cubierto perfectamente con la información previa y si fuera éste el caso, la falta de justificación posterior no impediría la incorporación que ya ha tenido lugar, en el bien entendido de que el incumplimiento de esta carga tampoco podrá perjudicar al adherente, de modo que será el predisponente, como por otra parte se prevé en el artículo 5 del RD, quien tendrá que probar que el adherente efectivamente disponía ya de la información requerida en el momento de celebración del contrato y que su contenido es el que ahora se pretende hacer valer.

La confirmación documental de la contratación efectuada no es aplicable, según el art. 3.2 del RD, *a los contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación, y sin perjuicio de informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio*. La norma reproduce, con ligeras variantes, lo dispuesto en el art. 5.2 de la Directiva 97/7, que excluye este supuesto de la exigencia de confirmación escrita de la información. La LOCM no se refiere en absoluto a este supuesto, lo que no es de extrañar si se repara en que la aplicación de las normas sobre ventas a distancia a los *servicios* se deriva de la parca y claramente insuficiente norma contenida en la DA 1ª de la LOCM.

La no necesidad de comunicación escrita se limita a contratos de prestación de servicios que reúnan los dos caracteres siguientes: 1º) Que sean de *tracto único*, lo que en la Directiva 97/7 se expresa diciendo que *se presten de una sola vez*; habida cuenta de la consciente diferenciación que en la Directiva se realiza entre contratos relativos a bienes y contratos de servicios, ha de considerarse que la expresión se refiere en sentido propio a los contratos de los que se deriva una prestación de hacer; pero, además, se destaca que no ha de tratarse de un hacer de tracto duradero, periódico o sucesivo, sino servicios que se prestan en una sólo vez, lo que parece excluir servicios de tracto único que se enmarcan en una relación contractual duradera más amplia. 2º) Es necesario que el servicio se ejecute o realice mediante el empleo o utilizando una técnica de comuni-

cación a distancia y, cumulativamente, sea cobrado o facturado por un operador de tales técnicas de comunicación (en la Directiva el supuesto parece referirse a servicios prestados directamente por vía telemática), si bien la letra del precepto permite pensar que se puede referir igualmente a servicios de tracto único que se prestan por vía telefónica y se facturan por la propia compañía telefónica. En estos casos, la no necesidad de la confirmación documental es *sin perjuicio de informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio*. Este último inciso proviene, en parte, de la Directiva del 97 que pide simplemente que el consumidor *esté en condiciones* de conocer la dirección del establecimiento del proveedor. Información ésta que según la interpretación más probable, corresponde proporcionar al operador de la técnica de comunicación a distancia. Lo mismo puede afirmarse con respecto a la norma reglamentaria, de donde parece claro que este último inciso ninguna relación guarda con el tema de la incorporación de las condiciones generales, ni con el cumplimiento de deberes del predisponente. Por lo tanto, no parece base suficiente para eximir al predisponente de la obligación que se le impone en el art. 5.3 de la LCGC, aunque en estos casos se producirá de manera simultánea la perfección del contrato y la ejecución o comienzo de ejecución del servicio.

Si de lo hasta el momento expuesto no resulta lo suficientemente claro ha de afirmarse ya que, dejando al margen aquellos contratos en los que la forma escrita es *ad solemnitatem* (contratos que han de figurar en escritura pública con intervención de fedatarios públicos), cuando el legislador utiliza la expresión *por escrito*, tras la aprobación de la Ley de firma digital, ésta no ha de interpretarse como equivalente a la exigencia de que conste *en soporte papel* –sobre el que se estampe la firma manuscrita de los sujetos que se obligan contractualmente-. Varios son los argumentos que avalan esta afirmación:

1º) La interpretación comparativa y literal que deduce tanto de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico, como del Anteproyecto de Ley de comercio electrónico. En virtud de dichos textos, la contratación por vía electrónica no precisa la justificación en soporte papel. Así, en la Ley Modelo UNCITRAL, se establece que “*cuando la Ley requiera que la información conste por escrito, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta*” (art. 6); y en el Anteproyecto de Ley español de servicios de la información y de comercio electrónico de enero de 2001: «*Siempre que la ley requiera que el contrato conste por escrito, siempre que no se exija forma pública [luego, la forma escrita se exige únicamente a efectos de prueba] este requisito se entenderá satisfecho en el ámbito de los contratos electrónicos, si los mensajes electrónicos que han dado lugar a la contratación son archivados y se mantienen accesibles para su ulterior consulta*» (art. 27).

2º) La interpretación sistemática y analógica de lo dispuesto en la Ley de firma digital, en cuyo art. 3.2 se establece claramente que el documento digital hace prueba plena como cualquier otro documento físico siempre y cuando aquél se apoye en una firma digital avanzada, añadiendo que el carácter digital del documento no impedirá su admisión como prueba por parte de los tribunales. En consecuencia, sería incongruente que se partiera del principio general de admisibilidad del documento digital y se limitase en la práctica su eficacia exigiendo que las comunicaciones a través de redes telemáticas tuviesen un reflejo físico o en papel.

Por ello ha de considerarse como una inexactitud técnica del legislador reglamentario el exigir la confirmación *por escrito*, al menos si se entiende equivalente a *en papel*. El carácter de norma jerárquicamente superior de la Ley de firma digital y el valor que le atribuye a los documentos digitales hace prevalecer la interpretación pro-

puesta sobre la que se puede deducir de la literalidad del RD 1906/1999, derogando las exigencias formales distintas de aquellas que requieren la intervención de fedatario público (negocios que precisamente se excluyen del ámbito de aplicación de las normas de comercio electrónico). La prueba fehaciente de la existencia del contrato y de su contenido puede entonces realizarse también en relación con los contratos concluidos por medios electrónicos⁶⁰ (*vid., infra* § VI).

V.- EL DERECHO DE RESOLUCIÓN EN EL RD 1906/1999

Uno de los instrumentos utilizados en la tutela del consumidor presente en varias normas propias del llamado *Derecho de consumo* consiste en la atribución a aquél de una facultad de *libre desestimiento* que, a su vez, admite una variada configuración técnica, si se examina su naturaleza desde la perspectiva de la perfección del contrato respecto del que puede ejercitarse dicha facultad. El art. 4 del Reglamento 1906/1999, siguiendo la terminología que utiliza la versión española de la Directiva 97/7 (art. 6; si bien en el texto del mismo se habla de *rescisión*), atribuye al adherente un derecho de «resolución». Este llamado *derecho de resolución* en absoluto es equiparable a la facultad de resolución propia de los contratos sinalagmáticos *ex art.* 1124 del CC. En el Ordenamiento jurídico español el derecho de resolución de la Directiva 97/7 ya estaba contemplado en el art. 44 de la LOCM, aplicable a las ventas y servicios a distancia y con la denominación, técnicamente más adecuada, de *derecho de desestimiento*. Por lo tanto, su análisis, dado el marco limitado de la habilitación reglamentaria del art. 5.3 LCGC, ha de hacerse partiendo del marco legal en que tal norma se encuadra.

El *derecho de desestimiento* concede al consumidor la facultad de extinguir unilateralmente la situación jurídica preexistente mediante una declaración unilateral de voluntad recepticia -ha de llegar a conocimiento del vendedor o del suministrador- a la que queda sujeto el proveedor receptor de la misma. El *desestimiento* es un derecho que puede ser ejercitado de forma enteramente libre y sin necesidad de alegar justa causa alguna. De naturaleza diferente es el *derecho de resolución* que se concede al consumidor como posibilidad de extinguir la relación contractual en determinados supuestos en los que el proveedor ha incumplido el deber de información que se le impone y que, en consecuencia, no es libre su ejercicio por su titular. El momento de inicio del cómputo del plazo para desistir coincide con el momento en que tales deberes se cumplen. En cambio, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del deber de información amparan durante un cierto tiempo el ejercicio de la acción de resolución.

La regulación reglamentaria del derecho de desestimiento contempla su ejercicio desde dos perspectivas: 1ª) Se refleja su utilización como recurso general propio de los contratos a distancia. Los apartados 1, 2, 4 y 5 del art. 4 del RD 1906/1999 reproducen el contenido del art. 6 de la Directiva 97/7. Sin embargo, en el momento presente, la confrontación ha de realizarse con lo previsto al respecto en la norma de rango legal que lo contempla: la LOCM. De ésta resulta que la facultad corresponde únicamente a los *destinatarios finales* -no a cualquier adherente- y es de libre ejercicio (arts. 44.1 y 1.2 de la LOCM y art. 67.1 Directiva 97/7); no está sujeta a formalidad alguna, bastando que se acredite de cualquier forma admitida en Derecho (art. 44.2 LOCM y art. 4.1, pf. 2º del RD). El plazo para su ejercicio es de 7 días *hábiles* -o laborables- según el RD y la Directiva 97/7. Sin embargo, en la LOCM (art. 44.1), se habla simplemente de siete días,

60 Entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)», AIA, núm. 10, 1994; JULIÀ BARCELÓ, R.: *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, *op. cit.*, pág. 132.

lo que supone acudir al art. 5 del CC relativo al cómputo civil de los plazos y, en consecuencia, computar días naturales, sin excluir los inhábiles, no pudiendo ampararse la interpretación conforme a la Directiva (sostenida por DÍEZ SOTO⁶¹) pues no hay falta de claridad de la norma que la permita (R. BERCOVITZ; DOMÍNGUEZ LUELMO⁶²). El texto del Reglamento tampoco puede mantenerse, salvo en los casos de contratación electrónica a los que la LOCM no resulta de aplicación, pues amén de extralimitarse en la habilitación que el art. 5.3 de la LCGC hace al legislador reglamentario, establece una norma contraria al principio de jerarquía normativa. A mi juicio, es ésta la interpretación técnicamente correcta, si bien la contraria encontraría argumentos justificativos tanto en el principio *pro consumatore* propio del Derecho comunitario, como en la posible interpretación del Derecho interno de acuerdo con la Directiva comunitaria una vez que el legislador no la ha traspuesto y ha transcurrido el plazo establecido para ello⁶³.

En todo caso, la trasposición de la Directiva obligará al legislador español a fijar el plazo de 7 días para el ejercicio del derecho de desestimiento en día laborables como solución más beneficiosa para el consumidor, lo que obligará a la Comisión a establecer un modo de cálculo uniforme de los *días laborables* pues el Derecho comunitario no precisa nada al respecto.

El plazo para el ejercicio del derecho de desestimiento se cuenta, en principio, desde la fecha de recepción del producto. El caso de los servicios no está contemplado expresamente en la LOCM y la solución es discutible, aunque puede ser razonable seguir la solución reflejada como regla general en la Directiva: desde la fecha de la celebración del contrato (art. 44.1 LOCM, art. 6.1 Directiva y art. 4.2 RD; *desde el día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales* en el caso de la Propuesta de Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros, art. 4.1).

A diferencia de la Directiva de ventas a domicilio, la de ventas a distancia no precisa nada acerca de cuándo el consumidor ha de enviar su declaración de desestimiento para que se entienda realizada tempestivamente: Si se configura como una declaración de voluntad recepticia, habrá de estar en la esfera de influencia del proveedor antes de que expire el plazo de siete días de que dispone el consumidor para su ejercicio. Si no se configura como tal, será suficiente que el consumidor la envíe en el último instante del plazo de que dispone. Es ésta la tesis que parece ha de admitirse, al menos argumentando analógicamente sobre la solución expresa de la Directiva 85/577/CE. En la contratación electrónica, si es éste el medio utilizado para desistir por el consumidor, el problema no se planteará siempre que se siga la teoría de la recepción, pues el envío del mensaje electrónico conteniendo la declaración de voluntad inmediatamente lo pone a disposición del proveedor.

61 DÍEZ SOTO, C. M.: «Comentario del artículo 44 de la LOCM», en *Régimen jurídico general del comercio minorista (Comentarios a la Ley 7/1996 y a la LO 2/1996)* (Alonso Espinosa / López Pellicer / Massaguer / Reverte, coords.), Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999, pg. 545.

62 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 44 de la LOCM», en *Comentarios a la Leyes de ordenación del comercio minorista* (Bercovitz / Leguina Villa, coords.), *op. cit.*, pg. 719; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *RCDI*, núm. 660, julio/agosto de 2000, pg. 2367.

63 En este sentido, CAVANILLAS *recomienda* a los empresarios que practiquen el comercio electrónico que, pese a que el art. 4 del RD 1906/1999 adolece del grave vicio de legalidad arriba comentado, no exploten semejante defecto y que se guíen por el principio de excelencia en el cumplimiento de las normas pues, de otra manera, el consumidor vería injustamente frustradas las expectativas que le ha generado el legislador a causa de la torpeza de éste, lo que provocaría, en última instancia, escaso beneficio para la confianza que tanto requiere el comercio electrónico (CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores», *AIA*, núm. 37, octubre de 2000, pág. 3).

El desestimiento no puede comportar la imposición de penalidad alguna, entendiéndose el término *penalidad* en un sentido no técnico y, por lo tanto, no equiparable únicamente a la pena convencional (art. 44.3 LOCM, art. 6.1 Directiva 97/7 y art. 4.1 RD), si bien el consumidor ha de satisfacer los gastos directos de devolución de los productos que le han sido suministrados en los términos señalados en el art. 44.3 LOCM, a pesar de que el Reglamento pretenda relevarle de los mismos (art. 4.1, pf. 1º del RD; al igual que sucede en la *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* –ventas a domicilio–, de conformidad con lo dispuesto en su art. 6.2) y ello porque el Reglamento es jerárquicamente inferior a la LOCM y no una norma especial por el hecho de que se utilicen condiciones generales porque, existan éstas o no, se tratará siempre de una venta a distancia sometida a la LOCM tal como la define en su art. 38⁶⁴. La Directiva 97/7 permite expresamente que el único gasto que pueda imputarse al consumidor es el derivado del coste de la devolución de las mercancías al proveedor (art. 6.2), aunque al tratarse de una Directiva de mínimos no parece razonable utilizar el argumento de la interpretación conforme a la Directiva no traspuesta en plazo en perjuicio de los intereses del consumidor. Por gastos de devolución han de entenderse los derivados de la expedición del producto al lugar desde el que fue enviado al consumidor⁶⁵. En contra de esta interpretación, R. BERCOVITZ entiende aplicable analógicamente el art. 6.2 de la LCCFEM y, en consecuencia, el lugar de cumplimiento es el lugar donde el consumidor haya recibido la prestación, de manera que el lugar de cumplimiento de la obligación de restitución en caso de desestimiento sería el de la entrega de la cosa y como éste es, generalmente, el domicilio del consumidor, en consecuencia la devolución tendría para él un coste cero⁶⁶.

En todo caso, para el supuesto de ejercicio del derecho de desestimiento, el proveedor no puede imponer al consumidor más que el pago de los gastos directamente derivados del reenvío de las mercancías, pero en ningún caso otros gastos, como los bancarios, los de cambio, las tasas administrativas, etc.

La obligación de indemnizar los desperfectos o daños que sufra el producto objeto del contrato prevista en el inciso final del art. 44.3 de la LOCM en el caso de ejercicio del derecho de desestimiento, no está contemplada en la Directiva 97/7. La obligación ha de matizarse con lo establecido en el art. 10 de la propia LOCM en el que se prevé que cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución del producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega (la finalidad de la norma prevista en la Directiva impediría que el legislador nacional estableciese una indemnización por la utilización de la cosa por el consumidor). De este precepto se ha afirmado que es una regla general aplicable a todos los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, el estudio de sus antecedentes legislativos nos lleva a afirmar que lo que el legislador ha querido regular con él son las ventas a prueba y a conformidad sometidas a condición suspensiva, por lo que no debe aplicarse. En todo caso, el art. 44 de la LOCM parece que ha de entenderse en el sentido de que el consumidor sólo deberá responder de los deterioros que experimente la cosa y que excedan de los que experimentaría si fuese usada de acuerdo con la diligencia debida y las exigen-

64 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *op. cit.*, pg. 2377; DÍAZ BRITO, F. J.: «Contratación electrónica: ¿Camino del laberinto?», *op. cit.*, pág. 7.

65 Vid. TROCHU, M.: «Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: Directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997», *Rec. Dalloz, ch.*, 1999, págs. 182 y 183. Esta solución había sido acogida ya por la *Cour de Cassation* (civ.) en *arrêt* de 23 de junio de 1993 (*RTDCom* 1994, pág. 3338, obs. BOULOC).

66 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 44 de la LOCM», *op. cit.*, pg. 721.

cias de la buena fe durante el plazo de que se dispone para ejercitar el derecho de desestimiento. No parece tampoco que el art. 44 de la LOCM haya de entenderse como una norma de atribución de riesgos en la compraventa y que imponga los riesgos al comprador consumidor en el periodo de que éste dispone para desistir del contrato desde que le ha sido entregada, sino que éstos son soportados por el proveedor (solución expresamente prevista en el art. 7 de la LCCFEM). Si esto no fuese así, el derecho de desestimiento no podría ser ejercitado en los casos en que la cosa parece estando en poder del consumidor pero sin mediar culpa o negligencia del mismo. Sólo una vez que se constituye en mora los riesgos se trasladan al adquirente (arts. 1096 y 1183 CC)⁶⁷ y esto ocurrirá automáticamente cuando el proveedor haya devuelto el precio a éste.

En todo caso, el art. 48 de la LOCM, en relación con las ventas a distancia, establece que la renuncia por el consumidor será nula, luego no lo es la renuncia del vendedor que sí podrá renunciar a sus derechos *ex lege* y pactar, en consecuencia, que los gastos de devolución por mor del arrepentimiento del consumidor sean a su costa.

El proveedor predisponente ha de restituir la prestación recibida inmediatamente, sin retención alguna y nunca después de 30 días (art. 4.4 del RD, siguiendo lo dispuesto en el art. 6.2, *in fine*, de la Directiva 97/7). Para determinar los supuestos en los que la facultad no podrá ejercitarse debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 45 de la LOCM y no lo que prevé el art. 4.5 del RD 1906/1999. Aquél excluye del derecho de desestimiento las transacciones de valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor; los contratos celebrados con intervención de fedatario público y, salvo pacto en contrario, las ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos. Por su parte, el art. 6.3 de la Directiva 97/7 prevé la exclusión del derecho de desestimiento, salvo pacto en contrario, respecto de la prestación de servicios iniciada antes de finalizar el plazo de 7 días; suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar; 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; suministros de grabaciones sonoras o de vídeo o programas de ordenador desprecintados por el consumidor; prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; servicios de apuestas y loterías⁶⁸.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios la cuestión es mucho más compleja. Es evidente que el servicio una vez prestado no puede ser restituido, por lo que el plazo para el ejercicio del derecho de desestimiento se computa desde la celebración del contrato. La excepción que establece el art. 6.3 de la Directiva 97/7 es lógi-

67 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *op. cit.*, pg. 2370.

68 Comentando las excepciones enunciadas MICKLITZ considera incomprensible que se excluya el derecho de desestimiento respecto de los bienes confeccionados de acuerdo con las especificaciones realizadas por el propio consumidor, respecto de las grabaciones y de los programas de ordenador que es necesario tener en cuenta los derechos de autor, que normalmente las legislaciones nacionales prevén el derecho de resolución respecto de las publicaciones periódicas –entre las exclusiones del art. 45 de la LOCM no figuran– y que la excepción de los servicios de apuestas y loterías es lógica pues no existe ningún derecho al reembolso para el caso de que no acaezca el evento del que deriva la obtención de una eventual ganancia (MICKLITZ, H.-W.: «La directive 97/7/CE sur les contrats à distance», *op. cit.*, pág. 38).

Por el contrario, DE MARZO considera razonable la exclusión del derecho de desestimiento en el primero de los supuesto enunciados porque con ello se evita la posibilidad de amparar comportamientos desleales o de replanteamientos en función de circunstancias sobrevenidas que inciden sobre la conveniencia del contrato y que introducen notables trazos de aleatoriedad (DE MARZO, G.: *I contratti a distanza (Commento al decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185)*, *op. cit.*, pág. 33).

ca: aquellos casos en los que, con conocimiento del consumidor –lo que implica que el proveedor haya informado de ello previamente al consumidor–, la ejecución de la prestación del servicio se haya iniciado antes de transcurrir el plazo de siete días. Algún autor ha defendido, a mi juicio de forma excesiva, que también en relación con los servicios, pese a que hayan sido prestados, el consumidor puede ejercitar su derecho de desestimiento y reclamar las cantidades abonadas por ello, experimentando un enriquecimiento (recibe el servicio y el precio pagado por él) que tendría su causa en la imposición de una sanción al proveedor por vulnerar los deberes de información que sobre él recaen. En estos casos creo que lo único que procedería es la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por el consumidor (a la que se refiere el propio art. 4.5 del RD 1906/1999)⁶⁹.

En el caso de los servicios financieros, la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de los mismos (art. 5, en su versión de 1999) contempla normas específicas en relación con el pago de los servicios prestados antes del ejercicio del derecho de retractación, sin que pueda exigir el consumidor el precio del servicio financiero efectivamente prestado por el proveedor y en los casos de que el proveedor no pueda determinar el precio antes de la celebración del contrato, la parte del precio total del servicio financiero que es objeto del contrato determinada a prorrata del período transcurrido entre el día de celebración del contrato y el día en que éste ejerció su derecho de retractación.

Presenta especial interés el ejercicio de la facultad de desestimiento desde la perspectiva de la protección del adherente ante la falta de información y/o de confirmación documental sobre las condiciones generales. De la Directiva 97/7 se deduce una posible utilización del derecho de resolución con esta finalidad, al establecerse una ampliación del plazo hasta tres meses cuando no se hubieren cumplido las obligaciones de confirmación por escrito de la información previa al contrato, sin perjuicio de que si la información se recibe *dentro de esos tres meses*, el plazo sea de 7 días contados a partir de su recepción. Ampliación que no está prevista en la regulación sobre ventas a distancia de la LOCM, sin perjuicio de que pueda intentarse una interpretación conforme a la Directiva en este punto. En cualquiera de estos casos la ampliación del plazo para desistir se debe a la falta de *confirmación o información* que tras la celebración del contrato debe de haber recibido el consumidor.

En principio podría pensarse que el Reglamento se limita a transcribir el contenido de la Directiva 97/7 y, en consecuencia, concede una ampliación del plazo para el desistimiento en caso de incumplimiento de deber de *confirmación documental* del contrato. Ampliación ésta que, aun conforme con la Directiva, sólo con ciertos reparos puede admitirse con la actual redacción de la LOCM. Efectivamente, si se atiende a lo dispuesto en el segundo inciso del núm. 3 del art. 4 del RD, la **acción de resolución** no caduca hasta transcurridos tres meses desde la recepción de los bienes o desde la celebración del contrato, en caso de *cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato* a que se refiere el art. 3. El primer inciso del art. 4.3 del RD parece, en principio, que establece una regla más beneficiosa para el adherente de la que se deriva de la Directiva en caso de que la información o la confirmación documental tuvieran lugar *con posterioridad a la entrega de los bienes o a la celebración del contrato*, pues dispone que en tal caso el plazo se computa desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas. Sin embargo, GZLEZ. PACANOWSKA considera que debe entenderse que la norma pretende simplemente reflejar lo que la Directiva dispone al respecto: la regla general es la ampliación del plazo para desistir en caso de no haber recibido confirmación por escrito del contrato; si la con-

69 Entre otros, SANZ VIOLA, A. M^a: «Contratación electrónica», *op. cit.*, § III.4.C.

firmación *por escrito* se produce antes de agotarse el plazo ampliado para desistir, el plazo vuelve a ser de siete días desde el día en que el adherente recibe la confirmación por escrito. Intentar otra interpretación de la poco clara redacción del art. 4.3 del RD no parece razonable, en el sentido de aplazar el inicio del cómputo del plazo de desistimiento hasta la recepción de la confirmación escrita del contenido del contrato, cualquiera que sea el momento en que ésta se produzca, ya que es una solución que carece de apoyo legal, incluso en una interpretación de la LOCM intentando adecuarla a la Directiva⁷⁰. Además, supondría que el Reglamento adopta una solución diferente para el caso de confirmación por escrito tardía y para el cumplimiento defectuoso o incompleto de la misma obligación, lo que no tiene sentido ya que el cumplimiento tardío no es sino una forma de cumplimiento defectuoso o incompleto de aquella obligación.

En definitiva, aunque el RD 1906/1999 pretende, a tenor de su Preámbulo, una regulación del derecho de resolución que *se conecta con la información de las condiciones generales y particulares del contrato imponiendo una exoneración de gastos para el adherente en el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información, todo ello sin perjuicio de la producción de los efectos generales previstos en el Ordenamiento para tal caso*, el resultado al que nos conduce el ámbito de la habilitación legal del art. 5.3 de la LCGC, y el propio análisis de la LOCM, aunque sea en una interpretación conforme a la Directiva, es el mismo que existía antes de la publicación del Reglamento y que, siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA, puede sintetizarse en las siguientes premisas⁷¹:

1ª) En el caso de contratación electrónica o telefónica el adherente tiene que recibir información previa de las condiciones generales -presupuesto necesario para su aceptación y, consecuentemente, para su incorporación al contenido obligatorio del contrato- y debe remitirse confirmación documental de la contratación efectuada. El requisito de la información previa debe matizarse atendiendo a que la exigencia de proporcionar conocimiento completo en el momento de contratar, conforme al art. 7.a) de la LCGC, permite reputar suficiente que tal posibilidad se haya ofrecido -pues ha tenido oportunidad real de conocerlas-, en los casos en los que no sea razonable diferir la perfección del contrato hasta obtener el texto con las condiciones generales y el medio de comunicación tampoco permita un conocimiento inmediato de las mismas.

En el caso de contratación electrónica, la Directiva de comercio electrónico parte del principio de no autorización previa para la actividad de prestación de servicios de la sociedad de la información (art. 4). Esta opción del legislador comunitario se complementa con la garantía de que los destinatarios del servicio y las autoridades competentes puedan tener acceso fácil, directo y permanente a los datos de identificación y conocimiento del prestador de servicios (art. 5): nombre, dirección geográfica, dirección de correo electrónico, inscripción en el Registro Mercantil, licencia profesional, pertenencia a organismos profesionales, número de identificación fiscal a efectos del IVA. La identificación del profesional ha de figurar, por lo tanto, en toda oferta en línea que se haga al consumidor, de manera que la página *web* comercial -o la comunicación mediante correo electrónico- proponiendo la oferta de un bien o de un servicio implicará necesariamente las menciones precitadas. Esta exigencia parece lógica en el marco de una oferta y de una transacción posible sin la presencia física de las partes intervinientes. Con ello se ofrece al consumidor cierta garantía y seguridad pues se está poniendo en su conocimiento la identidad y la cualidad profesional del oferente.

Además, el suministrador *on-line* habrá de indicar el precio del producto o del servicio claramente y sin ambigüedades, haciendo constar si están incluidos o no los impues-

70 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», *op. cit.*, pg. 182.

71 GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 5 de la LCGC», *op. cit.*, pg. 183 (§ 74).

tos y los gastos de envío. En consecuencia, en el propio *site* habrá de contenerse la información sobre el precio del producto, incluyendo todos los costes -también los costes suplementarios, como pueden ser los derivados del transporte del producto-, así como los modos de pago que puede utilizar el consumidor. El precio indicado será válido mientras dure la oferta, de manera que incluso si aumentan en este periodo de tiempo las tasas de T.V.A., éste aumento no podrá ser repercutido sobre el consumidor. Si la oferta realizada no prevé expresamente un plazo de duración, los jueces podrán fijar un determinado plazo razonable fijado en atención al tipo de publicidad, categoría del producto, su precio en el mercado, etc. Si el producto no está disponible, el destinatario de una oferta podrá obtener, en determinados casos, una indemnización de daños y perjuicios.

Las comunicaciones comerciales habrán de ser fácilmente identificables como tales, así como la identificación de la persona, física o jurídica en nombre de la cual, en su caso, se hagan. También habrá de expresarse claramente si se trata de una oferta promocional (descuentos, regalos, etc.), así como los concursos y juegos que, en su caso, se hagan con esta finalidad (art. 6 de la Directiva 2000/31/CE). En todo caso, la información ha de realizarse de manera clara y comprensible según los medios adaptados a la técnica de comunicación utilizada. La finalidad comercial de las informaciones ofrecidas debe de aparecer clara, sin equívocos, respetando el principio de lealtad en las transacciones comerciales y la protección de los menores y de las personas incapaces.

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

3ª) Si en el momento de contratar no se ha producido la oportunidad de conocer de manera completa el contenido de las condiciones generales, oportunidad que debe proporcionar el predisponente, el contrato se perfecciona sin dicho contenido (art. 7.a) de la LCGC -no quedan incorporadas al contrato-), siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez. En estos casos el adherente que sea destinatario final sigue contando con la facultad de libre desestimiento que podrá ejercitar dentro de los plazos señalados y generalmente todavía la podrá ejercitar cuando encuentre la información completa sobre el contenido que se le pretende imponer por el predisponente. El no ejercicio de la facultad de desestimiento, a pesar de dicho conocimiento, no puede entenderse como aceptación tácita de las condiciones generales que, sólo ahora, se conocen. Si se trata de un adherente que no es destinatario final ni puede invocar la facultad de desestimiento conforme a la LOCM, tendrá un contrato perfeccionado, si se dan sus requisitos esenciales, en el que no se habrán incorporado las condiciones generales. El envío ulterior de las mismas y el silencio del adherente al recibirlas no debe estimarse como voluntad conforme a lo que sería en rigor una novación del contenido contractual, sin perjuicio de que tal novación puede tener lugar. En este caso podría pensarse que fuera conveniente conceder una facultad de desestimiento del contrato, pero con dicha facultad no se trata de evitarle la imposición de condiciones generales que no tuvo oportunidad de conocer, porque tales condiciones simplemente no se le pueden imponer al no haberse incorporado al contrato. Aun así, la facultad podría ser útil ante el peligro de que se le pretendieran imponer condiciones en rigor no incorporadas y luego comunicadas. Pero lo que es evidente es que tal facultad no puede establecerse con carácter general y para cualquier adherente en una norma reglamentaria; ni sería probablemente adecuado conceder internamente facultades de desestimiento en la contratación electrónica o telefónica que no se contemplan en el ámbito comunitario.

4ª) Si el predisponente efectivamente ha proporcionado la información previa (ha proporcionado al adherente la posibilidad de conocer el clausulado del contrato de manera completa al tiempo de contratar) pero incumple su deber de remitir inmediatamente la confirmación documental en la forma señalada por el Reglamento, el adherente consumidor encuentra ampliado el plazo para desistir a tres meses contados desde la recepción del bien o desde la celebración del contrato, si se admite una interpretación de la LOCM conforme con la Directiva en este punto. Si esta interpretación no se admite o, en cualquier caso, si se trata de un adherente no protegido por la LOCM, la cuestión ha de resolverse atendiendo a la función que tal confirmación tiene para la incorporación de las condiciones generales; si no afecta a la función de publicidad, porque dicha función ya se ha cumplido con la información previa (que será la única que podrá invocarse como contenido del contrato frente al adherente), no impide la incorporación que ya ha tenido lugar, pero puede plantear problemas de prueba que no pueden perjudicar al adherente. Si la función de publicidad que persiguen los requisitos de incorporación no se ha cumplido antes (el propio Reglamento presupone que con la información previa se habrá remitido siempre el texto de las condiciones generales), puede mantenerse que las condiciones generales no se incorporarán porque no se ha cumplido el requisito de facilitar un ejemplar. Esta conclusión puede mantenerse con seguridad si se trata de un consumidor, a la vista del art. 10.1.a) de la LGDCU. El adherente, sea o no consumidor, puede exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de remitirle una *confirmación por escrito de la contratación efectuada*, en aplicación del art. 5.3 de la LCGC.

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho de desestimiento o la resolución, expresamente el art. 44.2 de la LOCM establece la libertad de forma –expreso o tácito, a través de la simple devolución o la petición de anulación del cargo cuando se haya realizado el pago mediante tarjeta–, si bien es necesario que la declaración de voluntad en este sentido se dirija –llegue– al predisponente (tiene carácter recepticio), siendo nula cualquier limitación de esta libertad de forma. La carga de la prueba de haberla realizada corresponderá al consumidor y a estos efectos es aconsejable que la forma elegida sea una que permita su acreditación por los medios de prueba admitidos en Derecho, especialmente en relación con la acreditación del extremo de haber sido realizada tempestivamente. Acaso razones provenientes de la buena fe impongan que se utilice la misma forma que la que se haya utilizado para la celebración del contrato⁷². En los casos de contratación electrónica es conveniente utilizar la que cumpla los requisitos de la firma electrónica avanzada a los efectos de probar que se realizó en plazo. El art. 4.4 de la Propuesta modificada de Directiva de comercialización de servicios financieros de 23-VII-1999 (COM [1999] 385 final) establece que el consumidor ejercerá su derecho de *retractación* notificando ésta al proveedor mediante cualquier soporte duradero a disposición de éste y al cual éste tenga acceso.

Consecuencias del desestimiento o de la resolución en el caso de que la adquisición por el consumidor haya sido financiada a través de un contrato de crédito: El art. 44.1, apartado 2º de la LOCM, al igual que hace el art. 6.4 de la Directiva 97/7, dispone que en los casos en que la adquisición se haya realizado mediante un crédito, el desestimiento del contrato general implicará la ineficacia sobrevenida del de crédito, también «sin penalidad» alguna⁷³. Es este un ejemplo de contratos conexos –contratos

72 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *op. cit.*, pg. 2377.

73 Comentando el art. 6.4 de la Directiva 97/7/CE, MICKLITZ pone de manifiesto que la resolución del contrato celebrado a distancia por el consumidor produce como consecuencia la resolución, «sin penalidad» –lo que veda tanto la posibilidad de imponer al consumidor costes administrativos suplementarios, como la de imponer los costes derivados de la devolución de los productos ya suministrados– del contrato de crédito concertado –la Directiva impide que se pueda imponer al cliente la obligación de pagar determinadas indemnizaciones por la utilización del crédito ya concedido– con el propio proveedor o con un tercero para financiar

distintos con una estrecha vinculación funcional por razón de la finalidad global que los informa que es jurídicamente relevante-. El art. 6.4 de la Directiva 97/7 diferencia dos supuestos: 1º) El constituido por el supuesto en que el precio de un bien o servicio haya sido totalmente cubierto mediante un crédito concedido por el propio proveedor; 2º) El caso en que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor. En caso de ejercicio del derecho de desestimiento o de la acción de resolución, el contrato de crédito quedará también resuelto sin penalización alguna para el consumidor (a los legisladores estatales se remite la regulación de las modalidades de rescisión del contrato de crédito). La solución diseñada en la Directiva 97/7 es mucho más ventajosa para el consumidor que la que se deriva del art. 15 de la Ley 7/1995 de crédito al consumo actualmente en vigor, en tanto que éste exige que el prestamista (el 3º) y el proveedor se encuentren vinculados por un acuerdo previo concertado en *exclusiva*. Pese a que se han sostenido posiciones en contra, estimando preferente la protección que ha de brindarse al consumidor⁷⁴, mientras no se modifique la LCC, no parece viable eludir la necesidad del pacto de exclusiva. Acaso la única salvedad provenga de aquellos contratos de crédito en los que la finalidad específica de adquirir un determinado bien o servicio se incorpore al contrato de crédito determinando una conexión causal entre los contratos –se trataría de un supuesto de desaparición sobrevenida de la base del negocio o de a causa concreta del contrato⁷⁵–.

Cuando el pago se realiza mediante tarjeta de crédito no parece viable extender los efectos del contrato de adquisición a la entidad que concede el crédito. En realidad en estos casos no procede afirmar la existencia de contratos conexos por el mero hecho de que el consumidor decida utilizar como medio de pago a un establecimiento adherido la tarjeta de crédito. En la mayor parte de los supuestos el banco emisor de la tarjeta será distinto de aquél que adhirió el establecimiento al sistema. Parece claro, en opinión compartida formulada por DOMÍNGUEZ LUELMO, que no concurren los presupuestos que exige el art. 15 de la LCC para haber responsable al financiador de los incumplimientos del proveedor⁷⁶.

VI.- LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RD 1906/1999

La prueba de los requisitos de incorporación debe remitirse a las normas generales en la materia. Al hacerse depender del cumplimiento de las obligaciones de información previa y de entrega de la justificación por escrito de la contratación efectuada que recaen sobre el predisponente, la posibilidad de ejercicio por el adherente consumidor de un derecho de desestimiento, la carga de la prueba de la observancia de las mismas se hace recaer sobre el proveedor. En efecto, al predisponente le incumbe la prueba del cumplimiento de los deberes que la propia ley le impone en el sentido de procurar y proporcionar la información suficiente sobre las condiciones generales, así como lo relativo al envío de la confirmación por escrito. Esta afirmación se desprende del art. 5.1 del RD (puede reputarse superfluo). Ha de destacarse eso sí la extraña e ino-

aquel contrato a distancia. Para ello no es necesario que el cliente ejercite dos veces el derecho de resolución, correspondiendo al proveedor la obligación de poner al corriente de la eventual resolución al financiador (*vid.* MICKLITZ, H.-W.: «La directive 97/7/CE sur les contrats à distance», *op. cit.*, pág. 38).

74 En este sentido, DÍEZ SOTO, C. M.: «Comentario del artículo 44 de la LOCM», *op. cit.*, pág. 563.

75 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 44 de la LOCM», *op. cit.*, pg. 723.

76 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *op. cit.*, pg. 2386.

portuna referencia a la prueba acerca de la *renuncia expresa al derecho de resolución*. Este derecho tiene el alcance y el ámbito que se le puede conceder de conformidad con la LOCM y a tenor del art. 48 de esta Ley la renuncia, explícita o implícita de los derechos que en la misma se le conceden al consumidor –adherente en nuestro caso- es nula de pleno derecho⁷⁷.

El resto del contenido del art. 5 del RD 1906/1999 tampoco ofrece nada que no pudiera derivarse de las reglas generales vigentes en materia de prueba. El apartado 2 remarca la importancia que pueden tener las grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos. Sin embargo, su relevancia a efectos de prueba no deriva de lo que pueda disponer el Reglamento, sino de las normas al respecto contenidas en la LEC (el propio art. 5 RD recuerda que lo que dispone sobre tales medios de prueba y su aceptación es en los términos de la legislación aplicable). Además, como resulta obvio, tales pruebas se contemplan sin perjuicio de *cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho* (art. 5.2.1 del RD).

Para el caso de la contratación electrónica, exige la utilización de una firma electrónica avanzada (digital o segura)⁷⁸ que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita a efectos substantivos, conforme a lo dispuesto en el art. 3 del RD Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (y en el art. 5 de la Directiva 1999/93/CE, sobre firma electrónica). Se trata también de una norma que nada añade, tampoco podría hacerlo, en materia de prueba del cumplimiento de los requisitos de incorporación, remitiendo simplemente al valor que efectivamente tiene según el RD precitado la firma electrónica avanzada, a la vez que no impide la utilización de otros medios de prueba. Los documentos electrónicos suscritos mediante la firma electrónica avanzada serán admisibles como medio de prueba en juicio, valorándose según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales (art. 3.1 RD Ley). A esta precisión habría que añadir otra que la precede y es que la validez y la eficacia de determinados negocios jurídicos de naturaleza contractual puede estar sometida a determinados requisitos formales –o requerirse su autorización por fedatario público- por el Derecho substantivo, de manera que los órganos judiciales habrán de tenerlas en cuenta a efectos de darles o no el valor que es propio del negocio de que se trate⁷⁹.

De la literalidad de lo dispuesto en los dos párrafos del art. 5.2 del RD 1906/1999 a los que acabo de aludir resulta que, pese a admitir cualquier medio de prueba, para el caso de la contratación electrónica se exige la firma electrónica avanzada y ello, porque de conformidad con el propio RD, ésta es la que atribuye a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita. Sin embargo, la atribución de este valor no es exclusiva de la firma electrónica avanzada, pudiendo obtenerse a través de otras firmas electrónicas no basadas en infraestructuras de clave pública. A mi juicio, la reducción del valor probatorio a aquel tipo de firma electrónica no contraria ni el art. 5.2 de la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciem-

77 Vid., entre otros, REVERTE NAVARRO, A.: «Comentario al artículo 48 de la LOCM», en *Régimen jurídico general del comercio minorista...*, op. cit., pág. 610.

78 Se considera «*firma electrónica avanzada*» aquella que permite la **identificación** del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está **vinculada únicamente al mismo -autenticación-** y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier **modificación** ulterior de éstos.

79 GARCÍA MAS, F. J.: «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *Notariado y contratación electrónica*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2000, pág. 129.

bre de 1999, *por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*⁸⁰, ni lo dispuesto en el propio art. 3.2 del RDLey 14/1999 en tanto que previene que a las firmas electrónicas que no estén dotadas de un certificado reconocido no se les privará, por esta razón, de efectos jurídicos, ni serán excluidas como medios de prueba en juicio, puesto que no exige darles un determinado valor probatorio⁸¹.

Algunos autores han entendido que a efectos procesales han de equipararse a los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso a que se refiere el art. 384 de la LEC 1/2000 y respecto de los que el pf. 3º del mismo establece como criterio valorativo las *reglas de la sana crítica* (lo que equivale a la libre valoración por el juez)⁸². Otros, por el contrario, proponen que su equiparación lo sea con el *reconocimiento judicial* (al igual que sucede en Alemania, tras la *Ley de Firma Digital* aprobada en 1997), debiendo el Juez, asistido por peritos que determinen hasta qué punto se cumplen las condiciones de identidad, autenticación y no modificación (art. 356 LEC 1/2000)⁸³. La valoración del Juez se hará a la vista del pronunciamiento pericial y según las reglas de la sana crítica (arts. 348 y 352 de la LEC 1/2000). De esta manera se logrará una mayor seguridad sobre el cumplimiento de las anteriores condiciones que el Juez por sí sólo puede no ser capaz de apreciar de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Sin embargo, la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada a través de un dispositivo seguro de creación de firma, equivale a la firma manuscrita y el Juez no podrá darle un tratamiento procesal distinto. La equiparación legal de efectos de la firma electrónica que reúne las condiciones legalmente fijadas con la firma manuscrita determina el mecanismo cierto a través del cual puede satisfacerse el requisito de la forma escrita en los contratos electrónicos⁸⁴. La razón de esta equiparación a efectos probatorios descansa en el hecho de que la firma electrónica avanzada se caracteriza por permitir acreditar tanto la autenticidad del documento electrónico como su integridad, así como el hecho de que el mensaje ha sido enviado a su destinatario (por el contrario, la firma electrónica no garantiza ni la confidencialidad del mensaje ni que su destinatario lo haya recibido)⁸⁵.

El propio TS, en Sentencia de 3-XI-1997 [RJ 1997\8251] ha dado validez probatoria a la firma electrónica, al tiempo que consagra la virtualidad jurídica del documento en soporte informático: *«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 entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles [...] En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfa-numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido...»*.

80 DOCE núm. L 13, de 19 de enero de 2000.

81 En sentido contrario, ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, op. cit., pág. 199.

82 SANCHIS CRESPO, C.: «La prueba por soportes informáticos en la LECiv 1/2000», *AIA*, núm. 36, julio de 2000, pg. 8.

83 ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C.: «Firma electrónica, consentimiento y forma en algunos contratos *online*» *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 15, abril de 2000, pg. 4.

84 DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet*, op. cit., pg. 344.

85 PIETTE-COUDOL, Th.: *Échanges électroniques. Certification et sécurité*, Ed. Litec, París, 2000, págs. 130 y ss. (§§ 233 y 234).

En consecuencia, habrá de considerarse como documento privado⁸⁶ (arts. 324 y ss. de la LEC) que hará prueba plena en el proceso del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de las personas que intervengan en ellos, siempre y cuando su autenticidad no sea impugnada en los términos del art. 319 (art. 326 LEC), por ejemplo probando que no fue consignada por el supuesto signatario o acreditando que se ha vulnerado la integridad del mensaje. A mi juicio es ésta la única interpretación adecuada a la finalidad perseguida por la Directiva 1999/93/CE, en cuya Exposición de Motivos expresamente se manifiesta que no se debe privar a las firmas electrónicas que permitan las distintas legislaciones nacionales de eficacia jurídica ni de su carácter de prueba en los procedimientos judiciales (§ 16), al tiempo que veda expresamente la privación de valor de las firmas electrónicas simples. En orden a conseguir aquel objetivo a las firmas electrónicas avanzadas ha de atribuírseles el mismo valor *ad probationem* que a las firmas manuscritas⁸⁷.

En el caso de firma electrónica no avanzada, se valorará de conformidad con las reglas de la sana crítica y no se rechazará sin más su admisión en juicio (art. 3.2 del RDley), lo que supone el respeto al principio de no privación de valor –no discriminación– de la firma electrónica.

* BIBLIOGRAFÍA BÁSICA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

AZANCOT, L.: «Vente par correspondence. Formation du contrat» *Gazette du Palais*, 25 de febrero de 1993, págs. 1302 a 1305.

BARESCH, D.: «Sécurité et confiance dans la communication électronique - pour une approche européenne», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 420, julio/agosto de 1998, págs. 437 a 441.

BARIATTI, S.: «Internet: aspects relatifs aux conflits de lois», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, págs. 545 a 556.

BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comercio electrónico», *Aranzadi Civil* (Tribuna), núm. 6, junio de 2000, págs. 11 y 12.

BERNARDEAU, L.: «Système juridique communautaire et protection du consommateur (CJCE 15 juin 1999, *Rechberger*)», *Contrats - Concurrence - Consommation - Editions du Juris-Classeur*, núm. 3, marzo de 2000, págs. 9 y 10.

86 Los efectos de la firma electrónica se rigen por el principio de equivalencia al soporte en papel, BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pg. 319; JIMÉNEZ DE PARGA, R.: «El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)», *Derecho de los Negocios*, núm. 118-119, julio/agosto 2000, pg. 10. En sentido contrario, RODRÍGUEZ ADRADOS por entender que el art. 1.2 del RD-L excluye la consideración del documento electrónico con firma electrónica, incluso avanzada, como documentos privado, de manera que, en todo caso, su valor probatorio será apreciado por los Tribunales según las reglas de la sana crítica (*vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «La firma electrónica», *RDP*, diciembre de 2000, págs. 933 y ss.); JULIÁ BARCELÓ, si bien lamenta esta decisión del legislador español, considera que la introducción expresa de los modernos medios de archivo y de reproducción de la palabra como un medio de prueba nuevo y específico en la LEC 1/2000 supone que en ningún caso se considerarán como documentos a efectos de prueba *ex art.* 326 de esta Ley y, en consecuencia, sometidos al principio de libre apreciación por el juez (*vid.* JULIÁ BARCELÓ, R.: *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, *op. cit.*, especialmente las págs. 183 184).

87 THIEFFRY, P.: «L'émergence d'un droit européen du commerce électronique», *Revue trimestrielle de droit européen*, 36 (4), octubre/diciembre de 2000, pág. 667.

- BERTONCINI, J.-S.: «Transformation de l'intermédiation et commerce électronique», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 417, abril de 1998, págs. 234 a 239.
- BOCHURBERG, L.: *Internet et commerce électronique (Site web. Applications multimédia. Contrats. Responsabilité. Contentieux)*, Ed. Delmas, París, 1999 (1ª edic.).
- BOIZARD, M.: «Preuve des paiements par cartes bancaires et signature informatique (à propos de l'arrêt de la Cour de Montpellier, 1ª ch. D du 9 avril 1987)», *Cahiers du droit de l'informatique (Lamy droit de l'informatique)*, julio de 1988 (E), págs. 7 a 12.
- BOURGOIGNIE, Th.: «Au-delà de 1992: vers un espace judiciaire européen pour les consommateurs» (VI Journées du droit de la consommation, «La sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain), *INC HEBDO (Consommateurs actualités)*, núms. 636 - 637 - 638 - 639, págs. 123 a 131.
- BRÉBAN, Y.: «La responsabilité des acteurs de l'Internet», *Gazette du Palais* (2ª sem.), 1996, págs. 1302 a 1305.
- «La sécurité des transactions sur Internet», *Gazette du Palais* (1º sem.), 1996, págs. 301 a 303.
- BRÉBAN, Y. y POTTIER, I.: «Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques. (1ª partie), la problématique juridique des échanges électroniques face face à la preuve», *Gazette du Palais* (1º sem.), 1996, págs. 276 a 281.
- BUFFET DELMAS, X. y SAHAL, A.: «Responsabilité des hébergeurs de sites: une nouvelle menace en France?», *Dalloz Affaires*, núm. 158, 22 de abril de 1999, págs. 658 a 660.
- BUREAU, H.: *Le droit de la consommation transfrontière (préface de J. CALAIS-AULOY)*, Ed. Litec, París, 1999.
- CALAVIA MOLINERO, J. M.: «Aproximación a los aspectos jurídicos de la contratación electrónica», *Carta Mercantil*, núm. 19, 20 de diciembre de 2000, págs. 1 a 17.
- CAPRIOLI, É. A.: «Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du «CyberTribunal»)», *Revue de l'arbitrage*, 1999, ným. 2, págs. 225 a 248.
- «Sécurité et confiance dans le commerce électronique (Signature numérique et autorité de certification)», *JCP - La Semaine Juridique*, éd. G (I, 123), núm. 14, 1 de abril de 1998, págs. 583 a 590.
- «Preuve et signature dan le commerce électronique», *Banque & Droit*, núm. 55, diciembre de 1997 (dossier: «aspects juridiques du commerce électronique»), págs. 56 a 61.
- CARRASCO PERERA, Á. / MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de condiciones generales de la contratación», *Estudios sobre Consumo*, núm. 49, 1999, págs. 101 a 128.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores», *AIA*, núm. 37, octubre de 2000.
- «Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)», *AIA*, núm. 10, 1994.

- CHAMBRAUD, A.: «Commerce électronique et droit communautaire», *INC HEBDO*, núm. 1096, 22 de octubre de 1999, págs. 3 a 8.
- CLEMENTE MEORO, M. E.: «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 4, año 2000-1, págs. 59 a 86.
- COBLENCÉ, J.-M. y SALA-MARTIN, J.-Ph.: «Les responsabilités encourues par les fournisseurs d'espaces publicitaires sur internet», *JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm 25, 24 de junio de 1999, págs. 1095 a 1100.
- COIRIER, L.: «Commerce électronique: une nouvelle donne pour les consommateurs, les entre prises, les citoyens et les pouvoirs publics (Présentation du rapport du groupe de travail par M. LORENTZ)», *Droit de l'informatique & des télécoms*, 1998/1, págs. 101 a 103.
- COSTES, L.: «Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis», *Banque & Droit*, núm. 55, diciembre de 1997 (dossier: «aspects juridiques du commerce électronique»), págs. 64 y 67.
- DARAGON, E.: *Droit de la preuve et informatique (Thèse présentée et soutenue pour el Doctorat en droit)*, Université Pierre Mendès France de Grenoble, 6 de enero de 1996.
- DEBRY, Ph.: «Le nouveau régime français de la cryptologie», *Dalloz Affaires*, núm. 120, 11 de junio de 1998, págs. 986 a 987.
- DÍAZ BRITO, F. J.: «Contratación electrónica: ¿Camino del laberinto?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, enero de 2001, págs. 1 a 10.
- DÍAZ FRAILE, J. M^a: «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», *Actualidad Civil*, núm. 2, 8 al 14 de enero de 2001, págs. 31 a 58.
- DUMESTE, M.-H.: «Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique», *Revue de la Concurrence et de la Consommation (Droits et marchés)*, núm. 101, enero/febrero de 1998, págs. 44 a 49.
- DURIEUX, E.: «La cyberpublicité transfrontalière et la protection du consommateur en France et au Québec», *Droit de l'informatique & des télécoms*, 1999/4, págs. 15 a 21.
- ESPAGNON, M.: «Le paiement d'une somme d'argent sur internet (Évolution ou révolution du droit des moyens de paiement?)», *JCP - La Semaine Juridique*, éd. G, núm. 16-17, 21 de abril de 1999, págs. 787 a 794.
- FALAISE, M.: «Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique», *Petites affiches*, núm. 94, 7 de agosto de 1998, págs. 4 a 12.
- FALLON, M.: «La protection internationale de l'acheteur sur l'interréseu dans le contexte communautaire», en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé). Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, págs. 241 a 285.
- FAVRE-BULLE, X.: *Le droit communautaires du paiement électronique*, (Vol. 2 de la Colección «Etudes de droit de la consommation», dirigida por B. STAUDER), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992.

- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: «La contratación electrónica y el real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica», *Actualidad Civil*, núm. 14, 3 al 9 de abril de 2000, págs. 527 a 548.
- GARCÍA MAS, F. J.: «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre», *RCDI*, núm. 659, mayo/junio de 2000, págs. 1927 a 1975.
- «Análisis de la Proposición de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)», en *Notariado y contratación electrónica*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2000, págs. 139 a 184.
- GALLOUX, J.-Ch.: «Les noms de domaine dans la pratique contractuelle», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), enero de 2000, págs. 11 a 13.
- GAUTIER, P.-Y.: «Le bouleversement du droit de la preuve: Vers un mode alternatif de conclusion des conventions», *Petites affiches*, núm. 26, 7 de febrero de 2000, págs. 4 a 11.
- «Suite de la promenade à travers un site immatériel: des condamnations de justice en nature sur l'Internet», *Recueil Dalloz* 1997, 22^o cahier, *ch.*, págs. 176 a 178.
- GAVALDA, Ch.: «Banque directe, banque à distance a l'approche de l'an 2000...», *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Ed. Litec, París, 1997, págs. 225 a 243.
- GAVALDA, Ch. y SIRINELLI, P. (directeurs académics): «Les contrats du commerce électronique», *Lamy droit des médias et de la communication*, actualización junio 2000.
- GRYNBAUM, L.: «La preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), diciembre de 1999, págs. 9 a 11.
- HASS, G.: «Commerce électronique: Paiement et sécurité», *LÉGICOM*, núm. 12, abril/mayo/junio de 1996, págs.35 a 41.
- HASSLER, Th.: «Preuve de l'existence d'un contrat et Internet: Brèves observations à propos d'une proposition de loi», *Petites affiches*, núm. 188, 21 de septiembre de 1999, págs. 4 a 7.
- HEREDERO HIGUERAS, M.: «El comercio electrónico. Su incidencia en la contratación de bienes y servicios», *Revista de Jurídica de Navarra*, núm. 29, enero/junio 2000, págs. 87 a 106.
- HOLLANDE, A. y SIMON, G.: «Litige du fait d'Internet: où assigner?», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), diciembre de 1999, pág. 8.
- HUET, J.: «Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques», *Le Dalloz*, núm. 6, 10 de febrero de 2000, págs. 95.
- «Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international», *Gazette du Palais*, 9 a 11 de enero de 2000, págs. 6 a 18.
- «La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), diciembre de 1999, págs. 9 a 13.

- «Commerce électronique: loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe), *JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm 41, 14 de octubre de 1999, págs. 1601 y 1602.
- «Aspects juridiques du commerce électronique: approche internationale», *Les petites affiches*, núm. 116, 26 de septiembre de 1997 (1997-3), págs. 6 a 18.
- «Le commerce électronique», » *Gazette du Palais* (2^a sem.), 1996, págs. 1068 a 1079.
- «Dix ans de droit de l'informatique», *Cahiers du droit de l'informatique (Lamy droit de l'informatique)*, diciembre de 1988 (I), págs. 3 a 6.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- ITÉANU, O.: «Le contrat, l'outil majeur du commerce électronique», *Lamy droit de l'informatique et des réseaux (cahiers)*, núm. 116, julio de 1999 (D), págs. 1 a 5.
- «Les contrats du commerce électronique», *Banque & Droit*, núm. 55, diciembre de 1997 (dossier: «aspects juridiques du commerce électronique»), págs. 52 a 55.
- JEAN-BAPTISTE, M.: *Créer et exploiter un commerce électronique (Identifier et promouvoir - Conclure un contrat - Sécuriser les échanges)*, Ed. Litec, París, 1998.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R.: «El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)», *Derecho de los Negocios*, núm. 118-119, julio-agosto de 2000, págs. 1 a 12
- JULIÀ BARCELÓ, R.: *Comercio electrónico entre empresarios (La formación y prueba del contrato electrónico -EDI-)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LAGARDE, P.: «Cryptologie: le nouveau régime juridique» *Gazette du Palais* (2^a sem.), 1996, págs. 1320 y 1321.
- LARRIEU, J.: «Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés? (Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature)», *Cahiers du droit de l'informatique (Lamy droit de l'informatique)*, noviembre de 1988 (H) y diciembre de 1988 (I), págs. 8 a 19 y 26 a 34, respectivamente.
- LE CANNU, P.: «Commerce et transactions via Internet: quels risques? quelles couvertures juridiques ou techniques?», *Gazette du Palais* (2^a sem.), 1996, págs. 1079 a 1081.
- LECLERCQ, P.: «Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), mayo de 2000, págs. 11 a 14.
- «Le commerce électronique des produits immatériels», *Communication - Commerce Électronique* (Éditions du Juris-Classeur), febrero de 2000, págs. 9 a 11.
- LIBERI, Y.: *Le paiement en ligne dans l'opération de commerce électronique sur Internet (Thèse pour obtenir le grade de Docteur, defendida en la U. de Montpellier I, el 16 de diciembre de 1999, dirigida por M. VIVANT)*.
- LOISEAU, G.: «Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif», *Rec. Dalloz* 1999, 23^o cahier, chr., págs. 245
- LORENTZ, F.: «Le commerce électronique: une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics», *Revue de la Concurrence et de la Consommation (Droits et marchés)*, núm. 101, enero/febrero de 1998, págs. 5 a 7.

- LUCAS, A.: *Droit d'auteur et numérique (Le droit d'auteur et les droits voisins dans l'environnement numérique - Nouveaux supports et réseaux)*, Ed. Litec, París, 1998.
- MANARA, C.: «Navigation sur Internet: la pratique du référent d'informations», *Dalloz Affaires*, núm. 173, 9 de septiembre de 1999, págs. 1274 a 1276.
- «Aspects juridiques de l'e-mail», *Dalloz Affaires*, núm. 149, 18 de febrero de 1999, págs. 278 a 282.
- MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas – UIB – Govern Balear, Madrid, 2000 (2ª edic., actualizada).
- «La protección del consumidor en la propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 29, septiembre de 1999, págs. 111 a 155.
- MATEU DE ROS, R. / J. M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (coords.): *Derecho de Internet (Contratación electrónica y firma digital)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- DE MATOS, A.-M.: *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne (thèse)*, 18-XII-1999, Université de Droit, d'Économie et de Sciences d'Aix-Marseille.
- MICKLITZ, H.-W.: «La directive 97/7/CE sur les contrats à distance», en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé). Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, págs. 23 a 56.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet*, Ed. Civitas, SL, Madrid, 2000.
- MORENO NAVARRETE, M. Á.: *Contratos electrónicos*, Ed. M. Pons, Madrid / Barcelona, 1999.
- MORENO, D. y DE LA VILLEGORGES, C.: «Pour un contrat type de commerce électronique. Propositions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris», *JCP - La Semaine Juridique*, éd. G, núm. 19-20, 7 de mayo de 1997,
- MUNOZ, S.: «La proposition de Directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique», *Petites affiches*, núm. 157, 9 de agosto de 1999, págs. 10 a 13.
- NATAF, Ph. y LIGHTBURN, J.: «La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information», *JCP - La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*, núm. 21-22, 25 de mayo de 2000, págs. 836 a 839.
- PANSIER, F.-J. y JEZ, E.: *Initiation à l'internet juridique (Connexion - Utilisation - Protection)*, Ed. Litec, París, 1998.
- PIETTE-COUDOL, Th.: *Échanges électroniques. Certification et sécurité*, Ed. Litec, París, 2000.
- PLAZA PENADÉS, J.: «La responsabilidad civil en Internet: Su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español (I y II)», *La Ley*, núms. 5293 y 5294, 23 y 24 de abril de 2001.
- «La Directiva de comercio electrónico», *Revista de Derecho Patrimonial*, 5/2000, págs. 537 a 550.

- POTTIER, I.: «Le commerce électronique sur Internet», *Gazette du Palais* (1° sem.), 1996, págs. 298 a 300.
- POULLET, Y.: «Les contrats télématiques face au droit communautaire (Première partie: de la notion de service télématique aux contrats télématiques / Titre II: Les contrats télématiques au regard du droit communautaire)», *Cahiers du droit de l'informatique (Lamy droit de l'informatique)*, octubre de 1988 (G) / diciembre de 1988 (I), págs. 8 a 12 y págs. 7 a 25.
- RIBAS ALEJANDRO, J.: *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 1999.
- RIÈFA, Ch.: *Le consommateur et l'Internet*, Memoria presentada en la *Université de Montpellier I* (D.E.A. Concurrence et Consommation), el año académico 1996/97, bajo la dirección de J. CALAIS-AULOY.
- RIVES-LANGE, J.-L.: «La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique)», *Etudes de Droit commercial a la mémoire de Henry Cabrillac*, Ed. Librairies Techniques, París, 1968, págs. 405 a 422.
- RIVOISY, J.: «La sécurisation des paiements», *Revue de la Concurrence et de la Consommation (Droits et marchés)*, núm. 101, enero/febrero de 1998, págs. 26 a 27.
- ROGEL VIDE, C.: «En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía Internet», *Revista ICADE*, núm. 47, mayo/agosto de 1999, págs. 71 a 86.
- ROLIN JACQUEMYS, L.: «Quelques réflexions sur la monnaie électronique», *Droit de l'informatique & des télécoms*, 1999/4, págs. 6 a 14.
- SANCHIS CRESPO, C.: «La prueba por soportes informáticos en la LECiv 1/2000», *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 36, julio de 2000.
- SANZ VIOLA, A. M^a: «Contratación electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 30 de abril a 6 de mayo de 2001.
- SIOUFFI, B.: «La VPDC dans la société de l'information», *Revue de la Concurrence et de la Consommation (Droits et marchés)*, núm. 101, enero/febrero de 1998, págs. 40 a 43.
- THÉVENOZ, L.: «Le projet de directive sur la commercialisation à distance des services financiers» en *La protection des consommateurs acheteurs à distance (Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé)*. Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève, editado por H. y B. STAUDER, Schulthess Polygraphischer Verlag - Bruylant, Zürich - Bruxelles, 1999, págs. 57 a 85.
- THIEFFRY, P.: «L'émergence d'un droit européen du commerce électronique», *Revue trimestrielle de droit européen*, 36 (4), octubre/diciembre de 2000, págs. 649 a 674.
- TROCHU, M.: «Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997», *Rec. Dalloz* 1999, 17° cahier. ch., págs. 179 a 183.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el cyberspacio», *Derecho de los Negocios*, núm. 115, abril de 2000, págs. 1 a 26.
- VERBIEST, Th.: «La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge», *Lamy droit de l'informatique et des réseaux (cahiers)*, núm. 116, julio de 1999 (D), págs. 6 a 14.

VIVANT, M.: *Les contrats du commerce électronique*, Ed. Litec, París, 1999.

- «Commerce électronique cherche droit», *Banque & Droit*, núm. 55, diciembre de 1997 (dossier: «aspects juridiques du commerce électronique»), págs. 50 y 51.

- «An 2000: L'information appropriée?», *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Ed. Litec, París, 1997, págs. 659 a 665.

VIVANT, M. y LE STANC, Ch.: «Droit de l'informatique (Chronique)», *JCP - La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*, núm. 21-22, 25 de mayo de 2000, págs. 840 a 847.