



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2013/2014
Convocatoria: Julio

CONTRATACIÓN A DISTANCIA CON CONSUMIDORES Y USUARIOS

DISTANCE CONTRACT WITH CONSUMERS AND USERS

Realizado por la alumna Dña. BRENDA MAIRA MENCHACA BERRA

Tutorizado por el Profesor D. LUIS JAVIER CAPOTE PÉREZ

Departamento: DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS

Área de conocimiento: DERECHO CIVIL

ABSTRACT

The rapid development experienced by the new technologies of communication and information systems in recent years, including the Internet, has influenced almost every sphere of social relations. In this sense, law and civil law with contract structures in particular are no exception to this global technological revolution, and thus experiencing changes in relation to the implementation increasing frequent long distance agreements as a facilitating tool in establishment of trade relations. While statistics show an increase in this type of contractual activity for its speed, convenience and savings they bring to both parties involved, the fact remains that consumers and users speak about many difficulties encouraging distrust in such methods due to the inequality that is generated between both parties.

That is why it is made a detailed analytical study of this type of contract, based on the general theory of traditional contract versus the current long distance contracts, highlighting the uniqueness of this process that does not entail the traditional written contract, plus an assessment of the new informal ways of consent.

Due to the importance of the issue, this paper proposes to consider whether the consumer protection mechanisms that weaken the transaction actually are in the best interests of this party, or are merely theoretical.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El rápido desarrollo experimentado durante los últimos años en las nuevas tecnologías de la comunicación y de los sistemas de información, en particular la Internet, han influido significativamente las diversas esferas de las relaciones sociales. En este sentido, el Derecho y en concreto el Derecho Civil con sus esquemas de contratación, no son una excepción al empuje de esta revolución tecnológica global, experimentando cambios en relación a la aplicación cada vez más frecuente de contrataciones a distancia como método para establecer relaciones comerciales.

Si bien las estadísticas muestran un incremento en el uso de este tipo de actividad contractual debido a la celeridad, comodidad y ahorro que aporta a las partes implicadas, ello no obsta para que se manifiesten muchas dificultades entre los consumidores y usuarios, fomentando en ellos la desconfianza en dichos métodos por la desigualdad generada entre las partes. Esta es la razón por la que se realiza el estudio sobre este tipo de convenio, partiendo desde los principios de la teoría general del contrato, analizando las singularidades de este método respecto al contrato escrito tradicional, además de realizar una evaluación de las nuevas formas de consentimiento.

Debido a la importancia del asunto, en este trabajo analizamos si los mecanismos de protección del consumidor, parte débil en la transacción, en realidad tutelan los intereses de estos, o si son una mera figura teórica.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
I.1 Problemas que se plantean en la actualidad	2
I.2. Panorámica del Derecho de la Contratación	3
I.2.1. Elementos y requisitos del contrato.	3
Consentimiento.....	3
Objeto	5
Causa	6
Forma.....	7
I.2.2 Formación y perfección del contrato.....	7
II. DESARROLLO	9
II.1 Contratación a distancia.....	9
II.1.1 Las partes.	9
II.1.2 Formación y perfección del contrato.	10
II.1.3 Deberes de información y de confirmación documental.	12
II.2 Contratación electrónica.	13
II.2.1 Especialidad del consentimiento.....	14
II.2.2 La prueba.	15
II.2.3 La firma electrónica.	15
II.2.4 Beneficios y desventajas.	16
II.2.5 La contratación telefónica.....	17
II.3 Contratos con consumidores y usuarios.....	18
II.3.1 Normativa comunitaria.	18
II.3.2 Régimen de protección de consumidores y usuarios en la Ley de 2007	19
II.3.3 Predisposición de las cláusulas contractuales. Contratos de adhesión	21
II.3.4 Las condiciones generales del contrato.....	21



II.4 El desistimiento.....	24
II.4.1 Posturas jurisprudenciales.....	27
III. CONCLUSIONES.	31
BIBLIOGRAFÍA.	34

I. INTRODUCCIÓN

Fue en los comienzos de los años ochenta cuando comenzó a tomar auge la era del intercambio de la información, y a partir de ahí surgieron y evolucionaron los conceptos de Derecho electrónico o Derecho de Internet, adoptando la forma de rama que tutela y regula la sociedad de la información.

Todo este auge tecnológico, que abre diversas opciones de contratación, deriva en abusos para los consumidores y usuarios. Es por ello que el Derecho se apresura a intentar salvar los negocios jurídicos que se realizan a distancia, dando seguridad al tráfico, pues no es un secreto que en la contratación a distancia consumidores y usuarios están desprotegidos en relación a posibles incumplimientos, que pueden darse al recibir un producto o servicio defectuoso o no correspondiente al acordado, o simplemente no contando con la información suficiente. Así, desprotegidos y desinformados en demasiadas ocasiones, sucumben al poder y a la presión de la empresa, siendo prácticamente forzados a formalizar un contrato del cual no se podrán desprender con facilidad.

Profundizaremos en la perfección del contrato, donde hay que adoptar otros requisitos: cambian la oferta y la aceptación, la expresión del consentimiento, e incluso la forma. Partiendo de la teoría general de la contratación, nos adentraremos en el mundo de la contratación a distancia, tanto por medio de la *World Wide Web*, como de la telefonía, equiparando los efectos jurídicos de las declaraciones de voluntad emitidas por estas vías a las tradicionales.

En definitiva, este trabajo propone sumergirse en el mundo de la defensa de los consumidores y usuarios, principio general del ordenamiento jurídico español, con el privilegio de tratar una materia en auge como la contratación a distancia.

I.1.- Problemas que se plantean en la actualidad

Todavía estamos acostumbrándonos a la idea de formalizar un contrato por medio de Internet o del teléfono. Sin embargo, el comercio electrónico es una de las claves para la evolución de la sociedad española hacia el consumo digital, y en particular, hacia la recuperación económica de nuestro país.

Los bienes y servicios más demandados actualmente a distancia son los viajes, los transportes aéreo y terrestre, entradas para espectáculos, ropa, artículos deportivos, libros y periódicos, así como los servicios de Internet y telefonía. Las cifras muestran para 2012 un gasto medio de 816 euros, habiendo crecido un 13,4% respecto al año anterior, con una facturación total de 12.383 millones de euros, según el Estudio anual sobre Comercio Electrónico de empresa a consumidor 2012 (edición 2013) del ONTSI. En ese año, el número de compradores online pasó de 13,2 millones a 15,2 millones, una cifra que se elevó considerablemente en 2013¹.

El llamado “*e-commerce*” ha continuado en ascenso, pero aun así, un estudio de Eurostat arroja que el 43% de los españoles compran por Internet, cifra muy por debajo de la media europea².

El perfil del comprador en 2014 es la persona de entre 25 y 49 años, trabajadores en activo a tiempo completo, con estudios secundarios o universitarios, y de nivel socioeconómico medio y medio alto. Generalmente lo hace desde su domicilio, cada vez más por dispositivo móvil o tableta³. Son estos consumidores y usuarios quienes apuntan a problemas de distinta índole, que van desde la desconfianza por el uso que se le pueda dar a la información personal o a los datos financieros, la afectación que sufren el derecho al honor y a la propia imagen si el sujeto resultare incluido en las bases de datos de morosos, inseguridad a la hora de ejercitar el derecho de desistimiento frente a las empresas, o la propia publicidad engañosa que estas emplean, mediante la cual logran atraer a clientes potenciales con el señuelo de esa publicidad que luego el profesional se encarga de matizar.

¹ Fuente: <http://www.expansion.com/2013/07/01/empresas/tmt/1372675637.html> (fecha de consulta 1 de julio de 2014).

² Fuente: <http://www.expansion.com/2013/10/16/entorno/1381907696.html> (fecha de consulta 1 de julio de 2014).

³ Fuente: <http://www.computerworld.es/economia-digital/perfil-del-comprador-online-en-2014-trabajador-de-entre-25-y-49-anos-que-compra-desde-casa> (fecha de consulta 1 de julio de 2014).

I.2.- Panorámica del Derecho de la Contratación

I.2.1.- Elementos y requisitos del contrato

Consentimiento

Hay que comenzar distinguiendo entre voluntad interna e individual de cada uno de los contratantes, declaración que emite el contratante y a través de la cual su voluntad es conocida, y la voluntad común donde se confrontan ambas declaraciones. Esta última se compone de la suma de los intereses de las partes, que forman un resultado concurrente, que, de no producirse, no existiría contrato.

En cuanto a la capacidad para contratar, la poseen todas las personas a quien la ley no declare expresamente incapaces para ello, mediante sentencia judicial –artículo 1263 del Código Civil–. Es decir, la tienen generalmente quienes tengan capacidad de obrar, por tanto, se relaciona con cualquier tipo de contrato en tanto que las prohibiciones para contratar solo afecta a algunas clases y supuestos determinados.

Vicios del consentimiento:

A) Vicios de la voluntad y ausencia de voluntad

Al ser la declaración de voluntad contractual un acto consciente, racional y libre, pueden darse elementos por medio de los cuales la declaración no sea plenamente consciente (error y dolo) o plenamente libre (violencia e intimidación). Son los llamados vicios del consentimiento previstos en el artículo 1265 del Código Civil, que derivan en anulabilidad, implicando una posible impugnación por quien lo sufrió. No obstante, debe distinguirse de forma aparte la violencia, pues no implica, como el resto, cierta voluntad en la declaración, sino el empleo de una fuerza irresistible para arrancar el consentimiento, provocando entonces la nulidad por ausencia del mismo.

B) El error

“El error es la falsa representación o el equivocado conocimiento de la realidad de las cosas que conduce a quien yerra a emitir una declaración que, en otro caso, no

hubiese hecho”⁴. El error relevante –el excusable– debe incidir en un elemento del negocio básico o esencial, mas no conlleva anulación si quien lo sufre no ha podido evitarlo empleando una diligencia normal. De ahí que un error inexcusable debe poseer trascendencia anulatoria del negocio cuando pudo ser reconocido por la otra parte empleando una diligencia normal.

a) Errores invalidantes y no invalidantes

Entre los errores invalidantes contemplados por el artículo 1266 del Código Civil se encuentran el **error sobre la sustancia o cualidades**, esto es, sobre una cualidad principal, la materia de la que se compone o incluso condiciones que llevaron a contratar, y de otro lado, el **error sobre la persona**, que puede recaer sobre la identidad de la persona como sobre sus cualidades. Este es invalidante sólo cuando la consideración a ella hubiese sido causa principal del mismo –artículo 1266.2º del Código Civil–.

No se consideran errores invalidantes el **error de cálculo**, el **error sobre los motivos** (incorporados a la causa del negocio, no los móviles internos de las partes), el **error sobre el valor**, el **error sobre la cantidad, peso o extensión**, el **error en el negocio**, donde el consentimiento se encuentra sobre causas distintas, y por último, el **error sobre la existencia del objeto**, donde falta el requisito esencial del objeto.

b) Error obstativo y error motivo

El error obstativo se produce al expresarse al exterior la declaración de voluntad y no en la formación libre de la voluntad interna. Se trata de una divergencia entre lo querido y lo declarado, que llevaría a la nulidad. El error motivo, error propio o error vicio, incide directamente sobre formación de la voluntad misma.

c) Error de hecho y error de derecho

El error de hecho se da sobre circunstancias de hecho del negocio, como cualidades que se atribuyen al objeto de un contrato o a la persona del otro contratante. El error de Derecho radica en la ignorancia o falso conocimiento de la norma en cuanto

⁴ DE PABLO CONTRERAS, Pedro: *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 360.

a su contenido, existencia, interpretación o aplicación al caso concreto, siempre que el sujeto se haya decidido a llevar a cabo el negocio como consecuencia de aquella ignorancia, que es causa de invalidez.

C) *El dolo*

El dolo es un “*error provocado por la actuación maliciosa dirigida a inducir en el ánimo del declarante una falsa representación de la realidad que le impulsa a emitir una declaración de voluntad que, sin aquella actuación, no habría emitido*”⁵. Es necesario que haya ánimo de engañar, además de ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes –artículo 1270 del Código Civil–.

D) *La intimidación*

La intimidación, determinante de la anulabilidad, es una circunstancia que impele al sujeto a emitir, consciente pero no libremente, la declaración de voluntad contractual, impulsado por la amenaza de un mal futuro. Esta debe ser inequívoca, así como dependiente de la voluntad de quien la infiere, provocando una fuerte impresión. Asimismo, el mal anunciado es inminente y grave, referida a la persona o bienes del contratante o de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Esta situación derivaría en un miedo determinante en la emisión de la declaración de voluntad contractual.

Objeto

El objeto, que debe ser posible, lícito y determinado, hace alusión a cosas o servicios, las primeras aun futuras, los segundos, mientras no contravengan la moral o las leyes. Para aquella imposibilidad que se da al celebrarse el contrato, la originaria, el contrato sería nulo. Mas, si sólo es imposible parcialmente puede el acreedor desistir del contrato o reclamar la posible con reducción proporcional de la contraprestación. Ya fuera del ámbito de la nulidad absoluta, tratándose de una nulidad relativa el obligado no podría realizar la prestación aun siendo posible, por ejemplo, por falta de cualificación. Por último, la imposibilidad sobrevenida, aquella que deviene irrealizable, afecta a la subsistencia de las obligaciones nacidas del contrato pero no a su validez.

⁵ DE PABLO CONTRERAS, Pedro: *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 363.

Según el artículo 1271 del Código Civil, las cosas futuras pueden ser objeto del contrato. Los servicios son todos futuros, pero las cosas futuras son “*bienes inexistentes en el momento de la celebración del contrato, pero que pueden existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho del hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre*”⁶. Sin embargo, se exceptiona la herencia futura así como la donación de bienes futuros.

Por otro lado, se requiere licitud de la cosa o servicio. Así, se excluye el comercio con bienes de dominio público, con cosas no susceptibles de apropiación por considerarse comunes a todos, y con bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares. Y también se excluye el tráfico con servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres como pudiera ser el tráfico de seres humanos.

La cosa debe ser determinada en cuanto a su especie, según expresa el artículo 1273 del Código Civil, concretado, o al menos estarlo en especie. De ahí que el objeto pueda ser determinado o determinable, si están presentes los elementos para su posterior determinación. Si hablamos de cantidad, su determinación pudiera quedar al arbitrio de un tercero.

Causa

Será causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por las partes en los contratos onerosos, mientras en los contratos remuneratorios lo será el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera libertad del bienhechor –artículo 1274 del Código Civil–. Como apunta DÍEZ-PICAZO, “*la causa puede ser definida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio*”⁷. Un propósito común, o meramente aceptado.

Si los negocios tienen causa ilícita, los contratos serán ilícitos, a tenor del artículo 1275 del Código Civil, y ello sucedería si se oponen a las leyes o a la moral. Por un lado hay que decir que el contrato sin causa no produce efectos, es decir, no habrá contrato por nulidad absoluta. Pero también puede concebirse un contrato con

⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo I El contrato en general. La relación obligatoria*. Tecnos, Décima edición, 2013, p. 34.

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo I El contrato en general. La relación obligatoria*. Tecnos, Décima edición, 2013, p. 38.

causa falsa contemplada en el artículo 1276 del Código Civil, cuya acción de nulidad dura cuatro años desde la consumación del contrato, según reza el artículo 1301 del Código Civil.

Forma

Para tratar los requisitos de forma del contrato, comenzamos diciendo que la exteriorización de la voluntad contractual perfecciona el mismo. Unos contratos son formales o solemnes (*ad solemnitatem*) pues la forma es un requisito para su validez, mientras de otro lado está la forma *ad probationem*, que implica un compromiso de las partes de revestir el contrato de una forma previamente pactada o la decisión posterior de elegir esta forma para facilitar la prueba, siendo en cualquier caso el negocio válido. Pues bien, la forma solemne puede ser impuesta por la ley, so pena de nulidad, o por la voluntad de los particulares (voluntaria), expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad contemplada en el artículo 1255 del Código Civil, en ambos casos vehiculizados a través de la forma escrita, exigible por los contratantes mientras esté vigente el contrato.

Después de que el artículo 1278 del Código Civil enunciara el principio de libertad de forma en la contratación, el artículo 1280 excepciona lo anterior, – complementando al 1279–, y enumera los supuestos para los que se impone la forma de documento público como requisito de eficacia.

I.2.2.- Formación y perfección del contrato

Distinguimos tres fases en la vida del contrato: formación, perfección y consumación. A continuación nos referiremos a la perfección, caracterizada por ser un encuentro de las voluntades de las partes. Las otras dos etapas tienen poca regulación en el Código Civil.

El negocio jurídico se perfecciona por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1258). La oferta implica una declaración de voluntad en forma de propuesta que contiene los elementos esenciales del contrato, dirigida a un contratante o al público en general, con el fin de lograr la conclusión de aquel. Debe ser completa e inequívoca, concurriendo intención de vincularse, y siendo reconocible por el destinatario. Por su parte, la aceptación

conlleva que el destinatario debe “*aceptar la oferta en los mismos términos en los que ha sido formulada por el oferente, sin introducir variación alguna sobre el contenido o condiciones de la propuesta*”⁸, como si de una adhesión se tratase. Por tanto, se trataría de que el destinatario de la oferta dé su consentimiento con la misma. Según DÍEZ-PICAZO la aceptación debe coincidir con la oferta en todos sus términos; debe suponer una voluntad de contratar definitiva; implica una declaración de voluntad recepticia; puede llevarse a cabo con arreglo a cualquier forma, salvo que el oferente haya dispuesto otra cosa o el contrato sea formal; y finalmente, efectuarse mientras la oferta continúa vigente, por tanto, ser tempestiva.

Una diferencia palpable entre oferta y aceptación es que la primera implica un comportamiento activo mientras que con la segunda no siempre es así. Y es que el silencio en ocasiones puede valer como declaración contractual de aceptación, no sólo cuando existe declaración expresa sino también cuando de acuerdo con la buena fe pueda deducirse de las circunstancias. Significa esto que se tendría por declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin emitir directamente su aceptación oralmente o por escrito, adopta una determinada conducta que se tiene por hecho concluyente en cuanto a su consentimiento para vincularse al negocio jurídico.

Pues bien, cuando ambas partes emiten sus declaraciones de voluntad en presencia una de la otra, estas coinciden en tiempo y lugar, y ese concurso de voluntades marca el nacimiento del contrato a la vida jurídica⁹.

⁸ DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 398.

⁹ Profundizan en el concurso de oferta y aceptación ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVII Vol. 1-B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*. Edersa, Madrid, 1993.

II. DESARROLLO

II.1.- Contratación a distancia

La contratación a distancia acoge en su seno a la contratación electrónica, y en concreto, las celebradas a través del teléfono y de Internet. Particularmente, la revolución de Internet ha desembocado también en el ámbito del comercio electrónico por parte de los ciudadanos y de las empresas, superando con creces otras formas de contratación a distancia. Dicha forma de contratación se asemeja a la contratación por medio del teléfono, donde las partes, a pesar de estar alejadas, se comunican en tiempo real. Y ello porque por Internet puede también haber comunicación simultánea y examinar visualmente y por medio de la palabra la cosa o servicio, incluso por medio de video-conferencia dialogar con su interlocutor, convirtiéndolo en una forma cuasi-presencial de contratación.

Pues bien, la contratación entre ausentes prolifera debido al empleo de las nuevas tecnologías de la comunicación, en la que el medio a través del cual se exteriorizan las declaraciones de voluntad supone una dilatación temporal entre oferta y aceptación.

II.1.1.- Las partes

En referencia a las partes hay que decir que intervienen, de un lado, los consumidores o usuarios, quienes en virtud del artículo 3 TRLGDCU son *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”* La nota diferente entre consumidor o usuario en la contratación electrónica y en otra clase de contratación a distancia es que en el primer caso cuenta con ciertas prerrogativas, como contrastar precios además de una información abundante a su alcance si opta por acudir a la red.

En el otro extremo se encuentra el empresario, *“la persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre*

o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, según apunta el artículo 4 TRLGDCU.

Debe puntualizarse la obligada inscripción en el Registro de venta a distancia, regulado en el Real Decreto 225/2006 de 24 de febrero, a aquellas empresas que utilicen técnicas de comunicación a distancia tales como catálogo, impreso sin o con destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, teléfono, radio, televisión, visiófono, vídeo texto y fax.

Figuran aparte los proveedores u operadores, definiéndolos el artículo 95 TRLGDCU como *“las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios.”* En definitiva, son ajenos a la relación entre las partes pero les proporcionan los medios técnicos para que fluya la comunicación a distancia entre aquellas. Sería el caso de las compañías de teléfono.

II.1.2.- Formación y perfección del contrato

La primera cuestión que plantea la singularidad de la contratación entre personas geográficamente distantes es respecto al momento en que se entiende perfeccionado el contrato si media cierto intervalo de tiempo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente. Como resume DE PABLO CONTRERAS, han existido cuatro teorías sobre el momento de perfección del negocio jurídico¹⁰:

- a) Criterio de la emisión o declaración: cuando el ofrecido emite su declaración de voluntad aceptando la oferta.
- b) Criterio de la expedición: cuando el ofrecido se desprende de su declaración, dirigiéndola al oferente.
- c) Criterio de la recepción: cuando el oferente recibe la aceptación del ofrecido.
- d) Criterio del conocimiento: cuando el oferente conoce la aceptación del ofrecido.

¹⁰ DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 399-400.

El criterio imperante es el del conocimiento, por lo que el contrato concluye en el momento en que el oferente conoce o pudo conocer la aceptación de buena fe (artículo 1262 párrafo segundo del Código Civil).

La solución anterior se aplica para otros contratos celebrados entre personas distantes, como es el caso del correo ordinario o del correo electrónico. De otro lado, cuando la aceptación se emite por teléfono, télex o fax, debe entenderse que no hay intervalo temporal suficiente, y el contrato se entenderá perfeccionado en el momento en que se emite la aceptación, que se recibirá inmediatamente.

Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 1262 señala *“Para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos habrá consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”* Esto alude a cuando el oferente ha establecido un sistema de emisión de la aceptación, como es el caso de los contratos *on line*, que funciona mediante un programa del oferente, que, además de recibir la aceptación, algunas veces la confirma automáticamente. En estos casos es cada vez más frecuentes que se produzca mediante el uso de páginas web una recepción inmediata de la aceptación por parte del oferente, no pudiendo ignorarla sin faltar a la buena fe. Será deber del oferente confirmar que recibió la aceptación por medios como el acuse de recibo vía correo electrónico (artículo 28 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –LSSICE–). Así, el artículo 1262 párrafo tercero del Código Civil se refiere al momento de perfección del contrato en la contratación electrónica, no a la contratación realizada a través de máquinas automáticas.

En cuanto al lugar en que se entiende perfeccionado el contrato por cualquier medio empleado para comunicarse personas distantes, es vital establecerlo para determinar los tribunales competentes así como la ley aplicable cuando intervienen personas de nacionalidades diferentes. Se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta (artículo 1262 párrafo segundo in fine del Código Civil). Mas, en el contrato objeto de este estudio, el celebrado por consumidores, se tomará la residencia habitual de este cuando celebre el contrato por vía electrónica, a tenor del artículo 29 LSSICE. No obstante, las reglas contempladas en el artículo 1262.2º tienen carácter dispositivo, y

lo que se establece respecto del lugar es una presunción, siendo las partes libres para hacer coincidir o para disociar el momento y lugar de perfección del contrato.

II.1.3.- Deberes de información y de confirmación documental

Previo a la formalización del contrato, existe un deber de información de las condiciones contractuales por parte de la empresa establecido en el TRLGDCU, que influirán en la formación de la voluntad contractual del consumidor o usuario. Para la contratación electrónica, y en especial para los servicios financieros, se aplicará con carácter preferente lo dispuesto en la LSSICE, existiendo el mismo deber de información previo a la celebración del contrato. Incluso más información deberá proporcionarse si se emplean medios telemáticos. De hecho, su artículo 10 extiende la obligación a disponer el prestador del servicio de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio, como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a orientaciones sobre su dirección geográfica, su correo electrónico y sus datos registrales. Se entiende cumplido esto cuando la información está accesible en su página web. En la contratación electrónica serán añadidas cuestiones tales como los trámites necesarios para la celebración del contrato o la lengua o lenguas en que se podrá formalizar este.

Pero también existe un deber de confirmación documental contenido en el artículo 63.1 TRLGDCU, si bien en la contratación con condiciones generales debe hacerse constar la aceptación de cada cláusula del contrato. De esta forma, será enviada al consumidor o usuario justificación escrita, o, salvo oposición expresa, en otro soporte duradero haciendo constar los términos de la contratación a distancia efectuada. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

Además, el apartado 3º se refiere a la factura, aseverando que esta debe enviarse en formato papel a consumidores y usuarios, sin condicionarse al pago de cantidad alguna. También la Ley da cobertura a la remisión de factura electrónica siempre que se haya emitido consentimiento expreso para ello al empresario. Y añade *“la solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación.”*

II.2.- Contratación electrónica

Los servicios de la sociedad de la información son aquellos prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. De esta forma, cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea. En concreto, será comercio electrónico toda “*transacción comercial electrónica, esto es, la relativa a compraventa de bienes o prestación de servicios, así como las actividades y negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales, desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación*”¹¹.

El comercio electrónico se divide en dos clases o categorías: el comercio electrónico directo e indirecto. El primero es aquel que puede perfeccionarse contractualmente y completarse la ejecución del contrato y la satisfacción de los contratantes únicamente a través de la Red, utilizando solamente medios electrónicos. La entrega de bienes y servicios se produce sin soporte físico, sólo por medio de la Red. El contrato, de esta forma, se perfecciona por medios electrónicos, pero también la cosa o, generalmente, el servicio, se entregan o satisfacen electrónicamente. Esta categoría es la que mayor éxito y difusión puede llegar a alcanzar en las relaciones comerciales pues tanto el servicio o la cosa objeto del contrato pueden llegar a poder del adquirente y el precio puede llegar al ámbito de influencia del transmitente o prestador del servicio. Los bienes que lo integran, que son inmateriales y objeto de propiedad intelectual, pueden ser obras editoriales, musicales, imágenes, bases de datos, o programas de ordenador. Los servicios son de una amplia variedad en crecimiento: la adquisición de viajes, los servicios financieros, servicios de subasta de bienes, servicios de intermediación de bienes muebles o inmuebles, servicios jurídicos y de asesoramiento económico o financiero, servicios de información y comunicación, medios de difusión, entre otros.

Por otro lado, el comercio electrónico indirecto implica transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, que no pueden descargarse u obtenerse directamente a través de Internet, por lo que requerirán de su entrega mediante servicio de correo o mensajería. El contrato puede perfeccionarse en línea con

¹¹ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. La Ley, Madrid, Primera edición, 2001, p. 57.

todos sus elementos, pero su ejecución precisa de medios materiales que exceden el campo virtual. Los medios de pago pueden articularse electrónicamente, aunque no siempre.

Otra distinción económica o empresarial que tiene en cuenta los bienes o servicios divide entre comercio electrónico de empresa (*business to business*) frente al comercio electrónico de empresa a consumidor (*business to consumer*), gracias a la cual surgió en nuestra legislación la distinción básica entre compra-venta civil y mercantil. Pero en este trabajo nos enfocamos en aquellas empresas que se dirigen a consumidores como objetivo fundamental de su canal de ventas.

Si se atiende a la tecnología utilizada, habrá de hablarse de comercio electrónico cerrado como aquel en el que sólo intervienen organizaciones o empresas, en tanto el comercio electrónico abierto se extiende a más personas, interviniendo especialmente consumidores, vía Internet a través de relaciones ocasionales o a corto plazo.

Una vez visto lo anterior, es momento de ofrecer ya una noción de contratación electrónica, aquella –de naturaleza civil o mercantil– llevada a cabo a través de redes informáticas, por Internet, mediante la *World Wide Web* o correo electrónico. Este tipo de contratación se regula por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

II.2.1.- Especialidad del consentimiento

Recordaremos que en la contratación a distancia tradicional la prestación del consentimiento se realiza de forma escrita o verbal, sin embargo, en la contratación electrónica se puede desprender de gestos como clicar en el ícono o botón que corresponda a “aceptar”, o bien, lógicamente, podría tratarse de una declaración escrita a través de un correo electrónico. Se producirán todos los efectos, no siendo necesario un previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Esta peculiaridad puede dar pie a vicios del consentimiento, en especial al *error in negotio*, *error in re*, o *error in persona*, pues cabe que se produzca discrepancia entre la voluntad interna y la exteriorizada, a lo que hay que añadir que el diálogo entre contratantes se ve muy reducido.

II.2.2.- La prueba

La existencia del contrato se certifica por medio de la prueba, que demuestra su eficacia jurídica y autenticidad ante un Juez. Y es que los medios electrónicos tienen plena fuerza probatoria, es decir, si el contrato se contiene en soporte informático, se entiende cumplido el requisito de constar por escrito, pudiendo ser tenido como prueba documental. Lo anterior se constata en el artículo 384.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (LEC) cuando sentencia *“Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.”*

II.2.3.- La firma electrónica

Para paliar la vulnerabilidad de estos contratos existe la firma electrónica, esto es, *“el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”* (artículo 3 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica –LFE–), que mejoran la seguridad de este tipo de contratación. Es, probablemente, el elemento del comercio electrónico dotado de mayor importancia desde una perspectiva jurídica para garantizar la seguridad y la privacidad porque permite identificar a los sujetos intervinientes y asegurar que sólo estos accedan a los contenidos.

Según el artículo 3.4, la firma electrónica avanzada (aquella que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control) tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en papel y es admisible como prueba en juicio si se han dado requisitos como la firma

digital del signatario en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma¹².

Pero además se reconoce un tercer tipo, la firma electrónica reconocida, subtipo de firma electrónica avanzada, basándose en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Hay que precisar que se habla de firma, aunque lo que tiene valor jurídico es el documento. De hecho, la garantía que aporta esta clase de documentos puede ser superior a la del documento en papel, asegurando la entidad certificadora la identidad, capacidad y representación del signatario, y en definitiva, la autenticidad y confidencialidad del documento electrónico. Pues bien, en la contratación electrónica se requerirá firma electrónica avanzada.

II.2.4.- Beneficios y desventajas

Sin duda la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación permite a los prestadores del servicio nuevas oportunidades de negocio, mayor competitividad, abaratamiento de los costes de distribución, y mayor celeridad en las relaciones contractuales. Facilita a consumidores y usuarios el intercambio pues, además de poder acceder a cualquier hora y lugar a la información sobre un producto o servicio, tienen mayor capacidad de elección al poder comparar precios de diversas ofertas, pudiendo adquirirlos a la mayor brevedad, e incluso ahorrar en los costes de las operaciones.

Sin embargo, contrasta con sus beneficios los inconvenientes propios de un sistema en parte inseguro¹³, que en palabras de DE PABLO CONTRERAS, son: *ausencia de garantías sobre la autoría, contenido, confidencialidad e incluso la misma existencia del mensaje electrónico, es decir, los riesgos de que el autor y fuente del mensaje hayan sido suplantados, el mensaje haya sido alterado durante la transmisión, el emisor del mensaje niegue haberlo emitido, o el receptor haberlo recibido, o el contenido del mensaje sea leído por persona no autorizada, -concretamente- los derivados de la lejanía geográfica entre los contratantes, con el consiguiente problema*

¹² La existencia de firma electrónica simple y firma electrónica avanzada introduce un alto nivel de confusión e inseguridad jurídica respecto a la primera en la medida que tal escala de grados es impropia pues la firma o identifica o no identifica, en opinión de FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria. *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores; especial referencia a la relativa a servicios financieros*. La Ley, Madrid, Primera edición, 2009, p. 148.

¹³ En la misma línea, BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. La Ley, Madrid, Primera edición, 2001.

de la determinación de los tribunales competentes y la legislación aplicable, y los derivados del carácter meramente “virtual” que pueden tener algunas empresas o proveedores de bienes o servicios, carentes de establecimiento físico de venta al público.

II.2.5 La contratación telefónica

Existen diferencias entre los contratos concluidos por correo postal y por correspondencia telegráfica o SMS, de contratación sucesiva, respecto a aquellos celebrados por teléfono o videoconferencia debido a que en estos últimos las declaraciones de voluntad se reciben inmediatamente, dando como resultado la formación instantánea del contrato.

Ya se ha visto que la contratación por vía telefónica no se considera contratación entre ausentes porque no es relevante la distancia sino la ausencia de lapsus temporal entre la emisión de la aceptación y la recepción de esta por el oferente, que coinciden en un mismo momento. Por tanto, estamos ante un contrato de formación instantánea equiparable a los contratos celebrados entre presentes, por lo que su perfección se entiende en el propio momento de la aceptación.

II.3.- Contratos con consumidores y usuarios

Expone DE PABLO CONTRERAS que *“el sistema jurídico actual se ha mostrado incapaz de dar una respuesta a los problemas de desequilibrio y abuso entre las partes en cuanto a las condiciones generales de los contratos porque la libertad contractual muchas veces no significa para el consumidor individual más que la posibilidad de adherirse a un contrato redactado previamente; porque la libre competencia tolera sin embargo numerosas prácticas que atentan a los intereses económicos de los consumidores, o hacen peligrar, por su agresividad, la libertad del consentimiento de estos últimos; por el carácter ficticio del principio de igualdad entre los derechos y obligaciones de las partes, subrayado por el contenido abusivo o desproporcionado de muchas cláusulas contractuales preestablecidas por el profesional; y por las dificultades con que tropieza el consumidor a la hora de probar el carácter defectuoso del bien adquirido, o del comportamiento del profesional”*¹⁴. Esta exposición contiene los argumentos que abrirán la puerta a un conjunto de leyes que modernizará la teoría general de los contratos.

II.3.1 Normativa comunitaria

La normativa de nuestro país en materia de contratación a distancia es fruto de la adaptación de diferentes Directivas comunitarias, en excesivo número, que no siempre han estado coordinadas. La contratación a distancia fue regulada a través de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que establece un ámbito mínimo de protección para el reconocimiento del derecho del consumidor, básicamente: recibir información previa a la celebración del contrato sobre una serie de extremos, confirmación por escrito de determinada información, establecimiento de un derecho de resolución, establecimiento de garantías respecto al pago con tarjeta y respecto a los suministros no solicitados por el consumidor.

Otra Directiva importante fue la Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los

¹⁴ DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 333.

servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. Se proponía esta norma mejorar la situación del consumidor en tanto contara con mayor información y mayor seguridad jurídica en el proceso contractual.

Pero ha habido más Directivas en torno a la protección del consumidor: de Publicidad engañosa (1984), modificada en la de Publicidad engañosa y Publicidad comparativa (2006), Responsabilidad por daños de productos defectuosos (1985), Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales (1985), Crédito al consumo (1986), Productos de apariencia engañosa (1987), Viajes combinados (1990), Seguridad General de productos (1992), Cláusulas abusivas en los Contratos celebrados con consumidores (1994), Derechos de utilización de inmuebles a tiempo compartido (1994), Acciones de cesación (1998) y Venta y garantía de los bienes de consumo (1999), Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (2002), Prácticas comerciales desleales en las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2005), y Servicios en el mercado interior (2006). En cualquier caso, es necesaria una coordinación internacional para lograr una efectiva protección al consumidor.

II.3.2.- Régimen de protección de los consumidores y usuarios en la Ley de 2007

Internamente, la propia Constitución Española en su artículo 51 alude a la exigencia de ser protegidos los derechos de consumidores y usuarios por los poderes públicos, lo cual limita el sistema de libre competencia, y representa un principio soberano del Estado.

La Ley de protección de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, actualizada por la Ley de condiciones generales de 13 de abril de 1998 (LCGC) y por la Ley 44/2006, ha dado lugar al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU). Constituye la más amplia norma en esta materia, y goza de carácter imperativo en todo su articulado, comenzando por el artículo 10, que declara nula la renuncia previa de los derechos que la ley reconoce a consumidores y usuarios y los actos en fraude de la misma. En tal texto normativo se considera piedra angular el derecho de información, previa a la celebración del contrato (artículo 60), además de la confirmación documental de la contratación realizada (artículo 63).

En cuanto a la interpretación, excluye la interpretación subjetiva. Pero además, aboga por una interpretación más favorable al consumidor, cuando, en relación a las cláusulas no negociadas individualmente, en su artículo 80.2 contempla “*cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor*”. Si se tratara de cláusulas de condiciones generales, se someterán a la Ley sobre condiciones Generales, siendo similar pues “*las dudas en la interpretación se resolverán a favor del adherente*” (artículo 6.2).

Por otro lado, el artículo 82.1 excluye las cláusulas abusivas, es decir, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Cuando decimos “*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*” (artículo 83), se hace alusión a una nulidad parcial, sin irradiar dicha nulidad por entero al negocio jurídico. La declaración de nulidad de las cláusulas abusivas corresponde al Juez, previa audiencia de las partes, y si con ello se altera significativamente el conjunto del contrato, habrá que readaptarlo, lo que se conoce como “integración” del mismo por parte del Juez, con arreglo a la buena fe y al artículo 1258 del Código Civil. Y sólo será ineficaz cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada.

Es necesario hacer una referencia a los artículos del TRLGDCU dedicados a la contratación a distancia (92 y siguientes). En virtud del primero lo serán “*los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se haya utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo. Entre otras tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax.*”

II.3.3.- Predisposición de las cláusulas contractuales. Contratos de adhesión

Contrato de adhesión es *“aquel donde una de las partes, generalmente empresario mercantil o industrial, se propone la aceptación de una gran masa de público, fijando el proponente las condiciones mediante una fórmula que impone a los posibles aceptantes”*¹⁵. Aquí se distinguen dos partes: una masa indefensa de público, obligada a aceptar o rechazar las cláusulas, frente a la parte que impone el modelo, cuyos intereses están blindados. No existe, por tanto, un contenido producto de la negociación de ambas voluntades. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, frecuente en la práctica bancaria, de seguros, o de transportes.

Pueden resumirse sus principales características de esta forma:

- Utilización de contratos-tipo
- Ausencia de negociación capaz de modificar los modelos preestablecidos
- Número y repetición de los contratos
- Rapidez necesaria de su conclusión
- Intervención de dependientes que no tienen poder de decisión

Debe diferenciarse lo que son los contratos de adhesión, de las condiciones generales de la contratación. En los primeros las cláusulas se ponen en conocimiento de los interesados en el momento en que estos dan su conformidad (suele ser la “letra pequeña”), en cambio, las condiciones generales quedan fuera del contrato, produciéndose una adhesión a ellas (por ejemplo, cuando se compra un billete de transporte público, donde no se contienen las condiciones del contrato).

II.3.4.- Las condiciones generales del contrato

Con “condiciones generales” se hace referencia a la fijación previa de un cierto número de condiciones o cláusulas que se aplicarán de manera general a todos los contratos particulares con clientes o proveedores. Por lo que no se daría el caso cuando una parte redacta el texto después de haber discutido el contenido con el otro

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de obligaciones. Vol. Primero. Parte general. Teoría general del contrato*. Dykinson, Madrid, Quinta edición, 2011, pág. 340.

contratante, o cuando las partes se ponen de acuerdo para remitirse, mediante la cláusula correspondiente, un texto negocial predispuesto por otros con contenido notorio a ambas.

Esta materia encuentra regulación en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), cuyo artículo 1 reza “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*” Es imprescindible hacer alusión al apartado segundo que refleja el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Esto matiza la idea de predisposición por una de las partes¹⁶. Y, por otro lado, debe incidirse en la idea de inevitabilidad pues resultará ineludible para el consumidor o usuario la aplicación de estas cláusulas si pretende obtener el bien o servicio en cuestión, de lo que se infiere su clara posición de necesidad e inferioridad.

Además hay que decir que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado previamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas, debiendo ajustarse a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículo 5.5 LCGC).

Tanto los contratos de adhesión como los de condiciones generales de contratación facilitan la contratación masiva pues es cierto que resultaría inviable la discusión individual de cada contrato. Pero, por el contrario, desbalancean a las partes en tanto sitúan al consumidor o usuario en injusta posición de inferioridad: procuran ventajas al empresario y le eximen casi siempre de responsabilidad, además de poder redactar estas las cláusulas de forma oscura, imposibilitando la comprensión del ciudadano medio.

¹⁶ En este sentido, JAUME BENNASAR, Andrés. *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*. Lex nova, Valladolid, Primera edición, 2010, pág. 292.

Por último decir que la LCGC se aplica a los consumidores pero además entre profesionales, mientras el TRLGDCU se aplica sólo a los consumidores. Y si bien la LCGC tiene un ámbito más limitado dado que afecta a cláusulas no negociadas individualmente que regirán diversos contratos, el Texto Refundido además regula los contratos particulares redactados por uno solo de los contratantes, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

II.4.- El desistimiento

Por su importancia, merece mención aparte la figura del desistimiento. El legislador se ha preocupado por salvaguardar los intereses del consumidor o usuario otorgándole un plazo para reflexionar sobre si verdaderamente desea vincularse al contrato, y así formarse una decisión libremente, además de evaluar el bien objeto del mismo para comprobar si se corresponde a sus expectativas. En otras palabras, se trata de *“paliar el déficit de información y de oportunidad de reflexión en la contratación a distancia, en la medida en que los consumidores, influidos sin duda por técnicas publicitarias cada vez más agresivas y sin posibilidad real de ver el producto o conocer las características del servicio, puedan adoptar una decisión de adquirir un producto o contratar un servicio erróneo”*¹⁷.

Cuando se habla de “temporización” del contrato se alude a este plazo de desistimiento de catorce días naturales, regulado fundamentalmente en los artículos 68 a 79, y 102 a 108 (para contratos a distancia) TRLGDCU¹⁸. El sistema queda diseñado de la siguiente forma: hay que remitirse a los preceptos específicos que regulan el régimen concreto, tomando los artículos 68 a 79 TRLGDCU de aplicación subsidiaria.

Es deber del empresario contratante informar por escrito al consumidor o usuario de manera clara, comprensible y precisa del derecho de desistimiento que le asiste, detallando requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Y además, entregarle un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes (artículo 69.1 TRLGDCU).

El plazo para desistir es de catorce días naturales, sin tener que argumentar la decisión de la devolución, en virtud del artículo 102 TRLGDCU. Sobre el cómputo del plazo hay que decir que hay un doble régimen en dependencia de si el empresario cumple el deber de información y documentación del artículo 69.1: si se cumplió, el plazo se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la

¹⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria. *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores; especial referencia a la relativa a servicios financieros*. La Ley, Madrid, Primera edición, 2009, p. 303.

¹⁸ DE PABLO CONTRERAS, Pedro: *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, Segunda edición, 2008, p. 402.

celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios. En cambio, si el empresario ha incumplido la obligación, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.

Del mismo modo, el artículo 102 TRLGDCU en su apartado segundo declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo, lo cual sin duda constituye un significativo logro en este terreno.

La Ley niega el derecho de desistimiento a diversos contratos, contenidos en el artículo 103 TRLGDCU, cuyo primer inciso alude a la prestación de servicios, pues estos una vez prestados no hay forma de restituirlos. De ahí que una vez que estos hayan sido completamente ejecutados por el empresario habrá perdido su derecho a desistir el consumidor o usuario cuando la ejecución haya comenzado con previo consentimiento expreso de este y conocimiento de tal situación.

El resto son:

- El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento.
- El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.
- El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
- El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.

- El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes.
- El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar.
- Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.
- El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega.
- El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.
- Los contratos celebrados mediante subastas públicas.
- El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos.
- El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.

Es momento de aludir a las cuestiones formales, reguladas en el artículo 70 TRLGDCU, del que se desprende que el ejercicio de este derecho puede ejercitarse de cualquier forma, bastando acreditarlo en cualquier vía admitida en Derecho, a través del documento de desistimiento (expreso), o mediante la devolución de los productos recibidos (tácito).

De todo lo reseñado puede extraerse que la voluntad del contratante cuando emite su voluntad de aceptación es claudicante pues este derecho es irrenunciable, consolidándose de forma definitiva el contrato en toda su eficacia al finalizar el plazo. Si el derecho se ejercita, queda sin efecto el contrato, no implicando ello que el contrato a distancia, y en particular el electrónico, se perfeccione transcurrido el plazo, porque la perfección del contrato se da por el concurso de la oferta y la demanda, como ya se ha explicado.

Se derivan además efectos hacia las partes en la medida en que realmente sea efectivo el desistimiento, evitando también posibles beneficios indebidos hacia el consumidor o usuario. Estos efectos son la restitución recíproca de las prestaciones, colocándose en la situación que tenían las partes antes del contrato; en segundo lugar, el consumidor o usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio; y relacionado con este, el derecho al reembolso de gastos necesarios y útiles que se hubieran realizado sobre el bien. Además, si se contrajo compromiso de permanencia del usuario con la empresa se prevé, en caso de incumplimiento, la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual proporcional al número de días no efectivos del compromiso acordado.

En todo caso, y ya fuera del ámbito del desistimiento, constituye otra garantía para el consumidor y usuario poder ejercitar las acciones de nulidad o resolución contractual, de proceder.

II.4.1.- Posturas jurisprudenciales

Es interesante complementar las explicaciones anteriores con pronunciamientos jurisprudenciales, también fuente del Derecho.

En primer lugar, en la **Sentencia núm. 106/2013 de 11 marzo**, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, es apelante la mercantil Market & Business Consulting Advice S.L., y apelado, D. Abilio. En primera instancia se estimó la demanda de D. Abilio, declarando la nulidad de varios contratos suscritos por las partes, debiendo la demandada restituir al demandante la cantidad de veinte mil euros. La sentencia no cuestionó que el contrato lo era a distancia, celebrado telefónicamente, y que el demandante tenía la condición de consumidor, concluyendo que la demandada había incumplido la obligación de ofrecer información previa, no habiendo tampoco probado que la información contractual se remitiera al consumidor con antelación a la firma de los mismos, ni que se incluyera la obligación de indicar al consumidor si tenía o no derecho de desistimiento, pronunciamientos todos contenidos en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

La argumentación que esgrime el Tribunal en el Fundamento de Derecho Tercero es que no quedó probado que se produjo, aunque fuera telefónicamente, la información previa. Y es que la información contenida en el propio contrato no puede suponer el cumplimiento de esa obligación pues, según la Ley, *“el proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en los artículos 7 y 8, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.”* Además, la cláusula segunda de los contratos también vulnera la Ley 22/2007, ya que predisponía *“el cliente manifiesta su conformidad con la operación realizada sin que tenga derecho a devolución alguna de la cantidad pactada y abonada por los servicios prestados en el caso de que desee desistir de dichos servicios”*, en cuanto la Ley dicta que el consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Por todo ello, el Tribunal no se aparta de los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia, desestimando el recurso de apelación de Market & Business Consulting Advice S.L. frente a D. Abilio.

Por otro lado, la **Sentencia núm. 640/2011 de 21 diciembre** de la Audiencia Provincial de Barcelona es un recurso de apelación que se reconduce sobre todo hacia la figura del desistimiento contractual. La apelante es la Entidad Financiera El Corte Inglés EFC S.A, mientras el apelado es D. Francisco, donde la primera muestra su disconformidad con el pronunciamiento del Tribunal a quo articulado sobre el incumplimiento de informar la vendedora acerca de la facultad de desistimiento, en una compra de un ordenador, que incluía entre otros complementos una impresora multifunción, mediante la división "La Tienda en Casa", conforme a la oferta del catálogo correspondiente a agosto de 2008. Artículo que, al mes siguiente, reclamó D. Francisco y le fue cambiado por otro. Pues bien, en noviembre el ahora apelado manifestó al Corte Inglés S.A. falta de correspondencia entre el ordenador recibido y la oferta contenida en el catálogo.

En el Fundamento de Derecho Cuarto se plantea resolver sobre si, al tratarse de un contrato de venta a distancia mediante catálogo, la obligación del vendedor de informar sobre el derecho de desistimiento se puede considerar cumplida por el hecho de que el catálogo rezaba "*Si cuando Ud. recibe su pedido no queda completamente satisfecho, tiene un plazo de siete días para devolverlo*", y, por tanto, como aduce la apelante, no sería de aplicación el plazo de tres meses (hoy en día doce) previsto en el artículo 71.3 TRLGDCU.

Concluye la Audiencia "*al figurar expresamente en el catálogo de agosto de 2008, en el apartado Garantía de Devolución, ha de entenderse que el empresario informó al consumidor comprador, en el documento contractual o que sirvió de base para la formalización del contrato, sobre el derecho de desistir del contrato y los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido, aunque sin decir expresamente que se trata del derecho de desistimiento, pero que va implícito en la palabra "devolverlo".*" No obstante, el catálogo no puede considerarse documento de desistimiento regulado en el artículo 69.1 del mismo texto legal: "*deberá entregarse, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.*"

La ausencia de este requisito, finalmente, sí lleva a aplicar el artículo 71.3 en tanto que contiene un periodo de tres meses (doce actualmente) para ejercitar el desistimiento, por lo que se entiende el contrato resuelto pues habían transcurrido sólo dos meses, sentenciando la Audiencia que *“lleva implícito el deber de devolución, sin que el hecho de que no haya procedido aún a materializarlo, ante la oposición a tenerlo por desistido por la vendedora por entender que lo había hecho fuera de plazo, deba considerarse un óbice para su validez.”* En consecuencia, debe entenderse que el demandado ejercitó dentro de ese término su facultad de desistir del contrato de venta a distancia, no pudiendo imponérsele consecuencias desfavorables derivadas de una negativa del empresario a darle por desistido.

En líneas generales, se aprecia en las sentencias analizadas cómo la postura jurisprudencial, todavía escasa a estas fechas, va en consonancia con la legislación.

III. CONCLUSIONES

Las personas pueden actualmente, sin salir de casa, mantener comunicaciones de todo tipo y acceder a cualquier clase de producto, pues llueven las ofertas de bienes y servicios a través de canales informáticos o electrónicos, donde Internet lleva la voz cantante. Y es que contratar por esta vía va consolidando un joven escenario virtual que, por otro lado, trae consigo una novísima generación de problemas.

1. Se ha abordado a lo largo del presente trabajo cómo la propagación de la contratación a distancia responde a la simplicidad y ventajas que ofrece a las partes: a empresarios, ahorro de los costes derivados de la tenencia de un establecimiento así como una mayor agilidad en las relaciones comerciales; para los consumidores, ahorro de tiempo y costes de transporte, un amplio abanico de ofertas y disminución de los costes de producción. ¿Quién no ha comprado alguna vez por medio de Internet un billete de viaje, un móvil, una prenda de vestir, o ha reservado un servicio hotelero?

2. Ahora bien, también se han ilustrado aspectos negativos que parten, por un lado, de la incertidumbre sobre la validez de los contratos electrónicos y su prueba, y por otro, de su fácil perfección pero su difícil extinción.

3. En definitiva, considero que la inseguridad en este terreno viene de la mano del desconocimiento generalizado de los derechos inherentes a consumidores y usuarios, que trae consigo la impunidad ante prácticas empresariales consistentes, por ejemplo, en emplear publicidad engañosa, penalizar el derecho de desistimiento contractual, o meramente hacer uso de cláusulas oscuras o ambiguas en los contratos, incomprensibles para el ciudadano medio.

4. Dichos problemas inspiraron este estudio, donde se intentó resaltar aquellos derechos de que disponen y muchas veces ignoran consumidores y usuarios, para quienes más riesgos entraña la transacción. Garantías encaminadas a paliar la agresividad negocial de nuestros tiempos, como el desistimiento contractual, que en mi opinión busca generar socialmente aceptación, confianza y credibilidad en el tráfico a distancia.

5. A diferencia de la teoría clásica de los contratos, donde un contrato existe y despliega todos sus efectos, en el terreno estudiado se plantea una cuestión curiosa a fin de proteger a consumidores y usuarios: aun habiendo el consumidor expresado el consentimiento para contratar, (por tanto, habiéndose formalizado el contrato), este existe pero no despliega efectos para el consumidor sino sólo para el empresario mientras este no remita justificación con los términos de la operación realizada pues sobre el empresario pesa la carga de la prueba. Por tanto, las obligaciones para el consumidor o usuario no serán exigibles hasta no recibir, en formato papel u otro soporte duradero, aquella confirmación.

6. Se ha manejado diversa legislación y mostrado cómo el Derecho, y concretamente los Derechos Civil y Mercantil de contratos, han debido, casi forzosamente, reajustar sus antiguos conceptos estandarizados a la nueva era digital. De ahí que se haya examinado la existencia de estos tipos de contratos singulares insertados para facilitar la consecución de negocios jurídicos, que gozan de regulación legal específica, aunque todavía excesivamente dispersa.

7. Aunque estas sobradas normas en cierta medida sí tutelan los derechos, en la práctica la protección es insuficiente producto de la contradictoriedad y el solapamiento entre ellas, conclusión que se desprende de un análisis comparativo entre LCGC y TRLGDCU a la hora de someter condiciones generales en contratos con consumidores tanto a uno como a otro régimen. El primero se aplica a contratos celebrados tanto entre profesionales como con consumidores, mientras el segundo sólo respecto a consumidores. Pero por otro lado, cuando se trata de cláusulas no negociadas individualmente que rigen una pluralidad de contratos se somete a la LCGC, en tanto el TRLGDCU además del anterior regulará los redactados por un solo contratante. Ejemplo de solapamiento es que el Texto Refundido contiene reglas sobre el control de inclusión de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores en su artículo 80.1, cuando por otro lado, si fueran condiciones generales se regularían por los artículos 5 y 7 LCGC, debiendo someterse al artículo 80.1 TRLGDCU si no se tratara de condición general. Y para agregar aún más complejidad, este texto legal no contiene consecuencias al incumplimiento de los requisitos de incorporación, por lo cual, tratándose de una condición general debe remitirse a la LCGC (artículo 7), pero si no lo fuera, habría que aplicar el Código Civil (artículo 6.3) relativo a la nulidad.

8. La jurisprudencia se ha hecho eco en buena medida de la legislación de consumidores y usuarios, si bien las sentencias en esta materia no son abundantes pues sólo un reducido número de perjudicados deciden acudir a su amparo.

9. En conclusión, para mitigar y erradicar las desigualdades entre la posición preeminente del empresario y el nivel notablemente inferior del consumidor, creo necesario incidir en la formación de consumidores y usuarios, publicitando por los distintos medios de comunicación información sobre los derechos que les asisten. De otro lado, habría que lograr una uniformidad normativa que elimine las duplicidades entre leyes, y así resultar una referencia fácil, ágil y fiable para cualquier consumidor. Asimismo, se debería fomentar las organizaciones de consumidores en virtud del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución Española, como también transmitir su labor a la población para que esta no dude en recurrir a ellas, siempre procurándose facilitar el acceso a las consultas.

Debemos hacer valer nuestros legítimos intereses, incluso ejercitando la tutela de los Tribunales de Justicia en casos de incumplimiento, y en definitiva, abogar por la aplicación de la letra de la Ley, además de continuarse legislando en dirección al auténtico equilibrio entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*. COLEX, Madrid, Segunda edición, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tomo I El contrato en general. La relación obligatoria*. TECNOS, Madrid, Décima edición, 2013.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de obligaciones. Vol. Primero. Parte general. Teoría general del contrato*. DYKINSON, Madrid, Quinta edición, 2011.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. DYKINSON, Madrid, Quinta edición, 2013.

Monografías

- ALVARGONZÁLEZ TERRERO, Claudio. *Derechos de los consumidores y usuarios*. TIRANT LO BLANCH, Valencia, Segunda edición, 2007.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. LA LEY, Madrid, Primera edición, 2001.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*. TECNOS, Madrid, 2005.
- CLEMENTE MEORO, Mario E. *Responsabilidad civil y contratos en Internet: su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. COMARES, Granada, 2003.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo. *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*. J. M. BOSCH EDITOR, 2001.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria. *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores; especial referencia a la relativa a servicios financieros*. LA LEY, Madrid, Primera edición, 2009.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. CIVITAS, 2009.
- JAUME BENNASAR, Andrés. *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*. LEX NOVA, Valladolid, Primera edición, 2010.
- MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel. *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*. ARANZADI, Pamplona, 2000.
- PEGUERA POCH, Miguel. *Derecho y nuevas tecnologías*. UOC, Barcelona, 2005.
- REYES LÓPEZ, María José. *Derecho privado de consumo*. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2005.

Comentarios

- ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVII Vol. 1-B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*. EDERSA, Madrid, 1993.

Otras obras de referencia

- ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. GEDISA, Sexta edición, 2001.

LEGISLACIÓN

- Directiva de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 (Código Civil).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (Código de Comercio).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario.
- Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y el nuevo panorama del arbitraje en España.
- Ley 26/1991, de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (LFE).

- Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia.

- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia núm. 106/2013 de 11 marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), JUR\2013\120325. Fuente: Westlaw.

- Sentencia núm. 640/2011 de 21 diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), JUR\2012\94264. Fuente: Westlaw.

INFORMES

- Estudio anual sobre Comercio Electrónico B2C 2012 (edición 2013) del ONTSI (<http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/estudio-b2c-2012-edici%C3%B3n-2013>).