

en J.L. COLLANTES GONZALEZ (Coord),
Temas Actuales de Derecho Comercial,
Ed. Normas Legales, Lima (Peru), 2004.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMUNITARIO EN LA CONTRATACIÓN POR INTERNET*

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**

SUMARIO: I. Introducción, el comercio electrónico como una nueva forma de hacer negocios. II. La libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior. 1. El concepto de servicio de la Sociedad de la Información. 2. La instauración de la libre circulación de servicios de la Sociedad de la Información. 2.1. Principio de libre acceso. Obligación de transparencia. 2.2. Aplicación del principio de control en el Estado de origen. III. Concepto y caracteres de los contratos celebrados por los consumidores en internet. IV. La ley aplicable a los contratos con carácter internacional y la naturaleza internacionalmente imperativa de las directivas comunitarias. V. Oferta de productos y servicios en internet, las comunicaciones comerciales. 1. Obligación de información previa. 2. Normativa general sobre publicidad. 3. Comunicaciones comerciales en página web. 4. Oferta realizada por correo electrónico. Comunicaciones comerciales no solicitadas. VI. Perfeccionamiento del contrato. 1. Admisión del contrato electrónico. 2. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico. VII. Control del contenido del contrato. 1. Control *a priori*. 2. Control *a posteriori*. VIII. Efectos del contrato. Cumplimiento de las obligaciones. Derechos de los consumidores. 1. Derechos de los consumidores. 1.1. Confirmación por escrito o en otro soporte duradero. 1.2. Derecho de resolución. 2. Cumplimiento de la obligación del empresario. Suministro no solicitado. 3. Garantías post-venta sobre bienes de consumo. 4. Obligación del consumidor: pago del precio por el producto o servicio. 4.1. Problemas de los pagos realizados por internet. 4.2. Sistemas de pago en internet. 4.2.1. Instrumentos de pago de acceso a distancia. 4.2.2. Instrumentos de dinero electrónico. 4.3. Obligaciones y responsabilidades derivadas del uso de instrumentos electrónicos de pago. IX. Consideraciones finales.

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología "DESISESIC: El Derecho al servicio de la integración de la sociedad y de la empresa en la Sociedad de la información y el conocimiento", Num. BJU 20010850. Dedicado a SMM.

** Profesor asociado de Derecho internacional privado en la Universidad de Alicante. Master on *International and Legal Cooperation* por la *Vrije Universiteit Brussels* y Master del Derecho de las transmisiones electrónicas por la Universidad de Valencia. Es autor de un buen número de publicaciones en el campo del comercio electrónico entre las que destacan "A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce" en *Common Market Law Review*, vol 38, N° 6, Dic 2001, pp. 1337-1384, y "Cross-border Disputes on On-line Consumer Contracts in the European Union. The Brussels Convention, the Brussels Regulation and the Role of Alternative Dispute Resolution Systems", en *Journal of Network Industries*, vol 2, N° 2, 2001, pp. 231-266. Asimismo, es profesor en el Magister *Lucentinus* en Propiedad industrial, intelectual y Sociedad de la información de la Universidad de Alicante desde el año 1998.

I. Introducción. El comercio electrónico como una nueva forma de hacer negocios

El objetivo del presente trabajo es proporcionar una visión de conjunto del régimen jurídico establecido por el Derecho comunitario para los contratos de consumidores que se celebran en Internet.

En estos momentos, el *business-to-consumer* constituye el sector del comercio electrónico¹ que mayor auge está conociendo y el que cuenta con un mayor potencial de expansión. No obstante, la falta de una regulación adecuada puede frenar este proceso debido a la incertidumbre e inseguridad jurídica que puede provocar en los participantes y, sobretodo, por la desconfianza que genera en el consumidor. Resulta, por tanto, del máximo interés analizar si la protección otorgada por la abundante legislación existente en la actualidad es adecuada o si, por el contrario, se hace necesaria su adaptación al mundo de Internet.

Internet ha supuesto una revolución en el ámbito del comercio. Mediante un sitio web se pueden ofrecer productos o servicios, 24 horas al día y siete días a la semana, a consumidores localizados en cualquier lugar del mundo. Muchos de ellos ya existían -programas de ordenador, libros, música, etc...-, pero otros son completamente nuevos -servicios de almacenamiento de páginas-web, correo electrónico, *application service provisioning*, -servicios de intercambio de información P2P, acceso a bases de datos electrónicas, etc...-. Del mismo modo, la oferta de productos y servicios aumenta para el consumidor al poder acudir a empresas establecidas en cualquier Estado. Las distancias han dejado de tener sentido en Internet. Los contratos pueden quedar perfeccionados desde el momento en que el consumidor ha rellenado el formulario de pedido, e incluso el cumplimiento de las obligaciones puede ser efectuado electrónicamente: entrega de bienes inmateriales, acceso a base de datos, pago del precio².

La Unión Europea, consciente del enorme potencial de Internet para la economía europea, ha apostado decididamente por el comercio electrónico³. El mercado interior constituye el marco ideal donde pueden

1 Entendemos por comercio electrónico "cualquier tipo de transacción comercial en la que las partes interactúan mediante el intercambio de datos de ordenador a ordenador". Se distingue entre comercio electrónico *business-to-business* - aquel realizado de empresa a empresa - y *business-to-consumer* - de empresario a consumidor. Además, se habla de comercio electrónico *consumer-to-consumer* para identificar aquellos portales de Internet destinados a poner en contacto a particulares que desean comprar y vender bienes. Se tratan de transacciones de particular a particular donde la calificación de consumidor es inadecuada, por lo que es preferible utilizar el término *particular-to-particular*.

2 Vid. "Electronic Commerce - An Introduction", en <http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/answers/introduction.html>

3 El Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 Marzo 2000 marca el comienzo de la política comunitaria en materia de la Sociedad de la información. En esta cumbre, los representantes

desarrollarse estas relaciones comerciales que, en muchas ocasiones, adquieren un carácter "internacional" en la medida en que el empresario y el consumidor están domiciliados en distintos estados. Desde la adopción de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico⁴, incorporada al ordenamiento español por la Ley 34/2002 de 11 de Julio -la LSSICE-⁵, el sector empresarial disfruta de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior comunitario. No obstante, la Directiva no excluye la aplicación de otras normas de producción comunitaria destinadas a armonizar las legislaciones de los estados miembros sobre protección del consumidor, muchas de las cuales resultan aplicables a los contratos celebrados en Internet. De entre ellas destacan las Directivas 93/13⁶, 97/7⁷, 99/44⁸ y 2002/65⁹. A pesar de que esas directivas otorgan un cierto margen de actuación a los legisladores nacionales a la hora de su incorporación a los ordenamientos internos de los Estados miembros, es posible afirmar que la normativa sobre protección del consumidor en los contratos celebrados en Internet presenta un elevado grado de uniformidad. Más aun desde el momento en que sus disposiciones posee una naturaleza

de los Estados miembros suscribieron los principios adoptados por la Comisión en su Comunicación "Iniciativa eEurope. Una Sociedad de la Información para todos", disponible en http://europa.eu.int/information_society/europe/documentation/index_en.htm

4 Directiva 2000/31 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 comercio electrónico), (DOCE L 178, de 17 Julio 2000, p. 1).

5 Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio 2002). En general, sobre la LSSICE, R. MATEU DE ROS y M. LÓPEZ-MONIS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.

6 Directiva 93/13/CE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores. (DOCE L 95, 21 de abril 1993, p. 29) incorporada al ordenamiento español en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm 89, de 14 abril 1998), cuya Disposición Adicional 2ª modificó los Arts. 10 y 10 bis de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LDCU) (BOE núm 176, de 24 julio 1984).

7 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, (DOCE L 144, de 4 junio 1997, p. 19) incorporada en los Arts. 38-48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) BOE núm 15 de 17 enero 1996 y 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 (BOE núm 224, de 18 septiembre 1999).

8 Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171/12 de 7 julio 1999), incorporada en la reciente Ley 23/2003 de 10 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo (LGBC).

9 Directiva 65/2002 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 L 271, de 9 octubre 2002). Todavía no se ha incorporado a nuestro ordenamiento la Directiva 65/2002 -de acuerdo con el Art. 21, la fecha límite es el 9 de octubre de 2004- que, debido a su carácter específico -su objeto es exclusivamente la protección del consumidor en la comercialización a distancia de servicios financieros- resulta excluida del presente trabajo.

internacionalmente imperativa: resultan aplicables con independencia de la voluntad de las partes y del Derecho aplicable al contrato. En consecuencia, resulta posible estudiar dicha protección desde el punto de vista del *Derecho privado comunitario*¹⁰.

Asimismo, cuando el contrato celebrado por los consumidores en Internet adquiere un carácter internacional por estar conectado con más de un ordenamiento -circunstancia que resultará muy habitual como consecuencia de la naturaleza global de la "red de redes"-, los tribunales de los Estados miembros determinan el Derecho aplicable a partir de un cuerpo de normas de conflicto uniforme: el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹.

El trabajo se divide en ocho capítulos. En primer lugar se estudia el establecimiento, por la Directiva 2000/31, de la libre circulación de servicios de la sociedad de la información, principio general regulador de la prestación de servicios en Internet (II). En segundo lugar, se identifican los rasgos definitorios del contrato celebrado por un consumidor en Internet (III), y se analiza la determinación del Derecho aplicable a los mismos cuando adquieren un carácter internacional (IV). A continuación, se analizan las normas reguladoras de cada una de las fases de la contratación y los problemas que su aplicación en Internet puede encontrar: la oferta o promoción de los productos o servicios (V); el perfeccionamiento del contrato (VI), el control del contenido del contrato (VII) y los efectos que se derivan del mismo -suministro del bien o del servicio y pago del precio- (VIII). Por último, se ofrecen una serie de consideraciones finales (IX).

II. La libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior

Con el fin de crear un marco legal apropiado para la implantación de un mercado único de comercio electrónico en la Comunidad Europea, y de resolver muchas de las incertidumbres de Internet, el 27 junio de 2000 se adoptó la Directiva 2000/31 de comercio electrónico. Su objetivo es garantizar la libre circulación de los servicios de la Sociedad de la información, en el mercado interior: por un lado, se obliga a los

Estados miembros a eliminar los obstáculos legales que pueden impedir a una persona establecida en un Estado ofrecer sus servicios en el resto de países miembros; por otro, se establece una regulación armonizada de ciertos aspectos de las diferentes fases de la actividad económica de los prestadores de servicios. Como se verá, muchos de las cuestiones afectadas por esas normas tienen una incidencia directa en los contratos de consumidores¹².

En este epígrafe nos proponemos otorgar una visión del marco jurídico de la actividad que desarrollan los profesionales que celebran contratos de consumidores por Internet: la prestación de servicios de la Sociedad de la información. Efectivamente, estas personas desde el momento en que lleva a cabo su actividad económica en Internet, adquieren la condición de "prestadores de servicios de la sociedad de la información" en el sentido de la Directiva 2000/31. El hecho de que el concepto englobe a cualquier prestador de servicios, con independencia de la actividad económica que desarrolla, otorga un ámbito de aplicación a esta libertad de circulación muy extenso, lo cual no está exento de problemas.

1. El concepto de servicio de la Sociedad de la información

Se entiende por "servicio de la Sociedad de la Información" cualquier servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica, mediante equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario del servicio¹³. Esta última característica permite diferenciar estos servicios de otros que también se prestan electrónicamente, como pueden ser la televisión o la radiodifusión pero que no se ofrece a petición individual de cada uno de los usuarios. La definición incluye una amplia variedad de actividades económicas entre las que se incluye no sólo la conclusión de contratos a distancia de suministro de bienes o prestación de servicios sino actividades como ofrecer información en línea o instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos¹⁴.

Las personas físicas o jurídicas dedicadas a proporcionar estos servicios se denominan prestadores de servicios. Se entiende que estos presta-

10 Bajo este concepto se agrupa el conjunto de reglas de Derecho privado recogidas fundamentalmente en directivas, pero también en reglamentos o en los propios Tratados constitutivos, que resultan vinculantes por igual en todos los Estados miembros de la Comunidad. Vid. P. DE MIGUEL ASENCIO, "Integración europea y Derecho internacional privado", en *RDCE*, num 2, vol 1, jul-dic. 1997, pp. 413-445, esp. 420; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado Europeo*, Granada, Comares, 2002; S. CÁMARA LAPUENTE (Coord), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003.

11 DOCE C 27, de 26 enero 1998.

12 En especial el capítulo II (Régimen de establecimiento y de información), en sus secciones 1, 2 y 3, y el capítulo III (Aplicación), arts. 16 a 18.

13 El Art. 2 (a) de la Directiva nos remite al concepto establecido en el Art. 2.1 de la Directiva 98/34 por la que establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOCE L 204 de 27 julio 1998). Se evitan, así, incongruencias en la regulación comunitaria de la Sociedad de la Información.

14 Considerando 18.

dores están establecidos en la Comunidad Europea cuando "ejercen, de manera efectiva, una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado"¹⁵. A la hora de determinar el lugar de establecimiento del prestador, la localización de los medios técnicos y las tecnologías utilizadas para ofrecer sus servicios en Internet es irrelevante. El dato fundamental es la localización geográfica del prestador de servicios. De no ser así, resultaría sumamente fácil a los prestadores de servicios eludir la aplicación de la Directiva localizando sus servidores fuera del territorio comunitario. La Directiva 2000/31 no es aplicable a servicios facilitados por prestadores establecidos en terceros Estados.

Como veremos, la determinación del establecimiento del prestador de servicios reviste especial importancia a la hora de aplicar el principio de control en origen y las normas de Derecho internacional privado que utilizan como punto de conexión la residencia o el domicilio de una de las partes de la relación.

2. La instauración de la libre circulación de servicios de la Sociedad de la información

La instauración de un mercado interior del comercio electrónico requiere garantizar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios de la Sociedad de la información y la libertad para prestar estos servicios a todos los destinatarios domiciliados en el territorio comunitario.

De acuerdo con el primer principio, cualquier persona domiciliada en un Estado miembro puede prestar libremente un servicio de la Sociedad de la Información en el mercado comunitario. Si bien el acceso a la actividad es libre, para asegurar la legalidad de las operaciones comerciales, los prestadores de servicios están obligados a ofrecer una información mínima acerca de ellos mismos y de la actividad a la que se dedican. El volumen de información a proporcionar es más abundante en el caso de los prestadores de servicios dedicados a la celebración de contratos a distancia, debido a la aplicación cumulativa de la Directiva 97/7¹⁶.

De acuerdo con el segundo principio, una vez legalmente establecido, el prestador de servicios podrá ofrecer sus servicios en cualquier Estado

¹⁵ Art. 2 c).

¹⁶ El Art. 5 comienza diciendo "Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario...."

miembro siempre que cumpla con los requisitos legales del Estado donde está establecido.

2.1. Principio de libre acceso. Obligación de transparencia

En primer lugar, en el Art. 4 se establece el principio de libre acceso a la actividad de prestador de servicios de la Sociedad de la información. Dicho principio implica que los Estados miembros no pueden supeditar el acceso a una actividad económica en Internet a un régimen de autorización previa o a cualquier otro requisito que implique la toma de una decisión por una autoridad competente.

A pesar de esta disposición, será corriente encontrar registros estatales donde los prestadores de servicios deban registrarse. En primer lugar, porque el propio Art. 4 establece una excepción para el sector de las telecomunicaciones. De acuerdo con la Directiva 97/13¹⁷ -en la actualidad derogada por la Directiva 2002/21¹⁸-, los Estados deben establecer registros de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas. En segundo lugar, resulta permitido el establecimiento de una obligación de registro a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información con fines de publicidad, siempre que no constituyan un obstáculo para ejercer su actividad. Por último, los registros pueden establecerse en atención a la especificidad de la actividad que lleva a cabo el prestador de servicios. Así por ejemplo, en España, existe el Registro de empresas que ejercen actividades de venta a distancia instaurado en virtud del Real Decreto 1133/1997, de 11 julio, por el que se desarrolla el Art. 38.2 de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista. La persona que se dedica a la conclusión de contratos de suministro de productos o prestación de servicios en Internet desde España, está obligado a inscribirse en ese registro.

En segundo lugar, además de la posibilidad de los Estados de establecer estos registros en atención a la actividad que se realiza, se impone a los prestadores de servicios una obligación general de información y transparencia con la cual se trata de solucionar uno de los problemas más graves de Internet: la facilidad que tienen los usuarios de ocultar su identidad al ciudadano medio. Es difícil o imposible identificar a la persona que está detrás de una página web por medios electrónicos. Las direcciones virtuales no tienen correspondencia con localizaciones fisi-

¹⁷ Directiva 97/13 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DOCE L 117/15 de 7 mayo 1997).

¹⁸ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DOCE L 108, 24 abril 2002).

cas, lo que impide determinar la ubicación geográfica de las partes. Tales extremos tendrán ciertas implicaciones a la hora de aplicar el principio de control en origen y las normas de Derecho Internacional Privado debido a que la determinación de la competencia judicial o el Derecho aplicable suele basarse en la localización del domicilio o residencia habitual de las partes. Por otra parte, el consumidor necesita saber quién es la persona que hay detrás de la página web a la que ha accedido. Tal circunstancia es esencial para que los consumidores confíen en esta nueva forma de comercio. El nombre de dominio no permite tal identificación, dada la poca fiabilidad del actual sistema de registro de dominios tanto genéricos cuanto de algunos territoriales.

Con una finalidad de identificación, el Art. 5 de la Directiva 2000/31 exige a cualquier prestador de servicios que ponga a disposición del público una serie de datos sobre su actividad económica¹⁹:

- nombre;
- dirección en que está establecido;
- datos que permitan ponerse en contacto rápidamente con él y establecer una comunicación directa y efectiva, incluyendo su dirección de correo electrónico;
- si el prestador de servicios estuviera inscrito en un registro mercantil, nombre de dicho registro y número de inscripción;
- si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos sobre dicha autorización y los datos de la autorización que la haya concedido;
- en el caso de profesiones reguladas, datos del colegio profesional al que pertenece y título profesional; si el prestador ejerce una actividad gravada con IVA, el número de IVA con el que está registrado en la administración de hacienda correspondiente.

Dicha información deberá ser fácilmente accesible a los consumidores y a las autoridades de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y deberá respetar, en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales. Para cumplir con tales requisitos es suficiente la presencia de un icono en la página de inicio que tenga un hipervínculo a una página que contenga todos los datos enumerados²⁰.

19 El Art. 10.1 LSSICE añade que dicha información debe ser "accesible por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita".

20 El Art. 10.2 de la LSSICE establece que la obligación se entenderá cumplida "si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en el apartado primero".

2.2. Aplicación del principio de control en el Estado de origen

El Art. 3 de la Directiva sobre comercio electrónico nos indica que los Estados miembros velarán porque los servicios de la Sociedad de la Información suministrados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones aplicables en dicho Estado que formen parte del "ámbito coordinado" de la Directiva.

De acuerdo con el Art. 2 h) -letra i) del Anexo en la LSSICE- debe entenderse incluido en el ámbito coordinado todos aquellos requisitos legales que tengan que ver con el inicio y el ejercicio de la actividad que se lleve a cabo por vía electrónica²¹. Quedan excluidos aquellos aspectos referidos a las mercancías, a la entrega de las mismas, o a servicios que se prestan por medios no electrónicos.

El principio de control en origen implica que los Estados miembros deben controlar, en nombre y por el bien de todos los Estados miembros, la legalidad de los servicios de la Sociedad de la Información prestados por las personas establecidas en su territorio. Una vez verificada esa legalidad, el prestador de servicios puede disfrutar de la libre circulación en el mercado interior. Es decir, pueden suministrar sus productos o servicios en todo el territorio comunitario. De acuerdo con el Art. 3.2, el resto de Estados miembros no podrán restringir la prestación de esos servicios en sus territorios por razones inherentes al ámbito coordinado²².

La industria ha parecido extraer de dicha disposición una norma según la cual la ley aplicable al contrato celebrado por medios electrónicos -o, en general, a la prestación de servicios en Internet- resultaba ser la ley

21 El Art. 2 h) define el ámbito coordinado como: los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a los servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos.

i) El ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con:

- el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones;

- el ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios.

ii) El ámbito coordinado no se refiere a los requisitos siguientes:

- requisitos aplicables a las mercancías en sí,

- requisitos aplicables a la entrega de las mercancías,

- requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos.

22 Por esa razón, de acuerdo con el Art. 3 de la LSSICE española, sus disposiciones sólo resultan aplicables a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros o en el Espacio Económico Europeo en relación a aspectos *excluidos del ámbito coordinado*. Se supone que los prestadores cumplen con la legalidad de acuerdo con la ley del Estado de origen en lo que respecta a los aspectos incluidos en el ámbito de aplicación.

de origen del servicio. Nada más lejos de la realidad. De acuerdo con el Art. 1.4. la Directiva no pretende establecer normas de Derecho internacional privado. La ley aplicable al contrato se determina a partir del Convenio de Roma de 1980. Ahora bien, si una o varias normas materiales de la ley designada por este instrumento -necesariamente de carácter imperativo- conllevan un obstáculo a la prestación del servicio en el Estado de destino por un motivo incluido en el ámbito coordinado de la Directiva, el juez o autoridad competente estará obligado a dejar de aplicar o a modular la aplicación de esas normas. Dicha circunstancia acaecerá cuando los requisitos exigidos por esas normas sean más estrictos que los de la ley del Estado de origen. Para la determinación de este extremo se toma en consideración esta ley, pero no se aplica²³.

El establecimiento del principio de control en origen no podía, sin embargo, extenderse a todas las materias relacionadas con el comercio electrónico, por lo que se estableció una lista de cuestiones a las que no resulta aplicable²⁴. Entre ellas se incluyen las cuestiones referidas a "obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores". La razón de la exclusión es debida a la naturaleza de normas de mínimos de las directivas de protección del consumidor: los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más

estrictas, compatibles con el Tratado, que las previstas en las mismas²⁵. No tenía sentido aplicar el control en origen en una materia en la que se permite a los Estados imponer medidas más restrictivas que aquéllas establecidas en la directiva.

Del mismo modo, los Estados miembros pueden restringir, por motivos incluidos en el ámbito coordinado, la prestación de algunos servicios, en particular cuando consideren que son contrarios al orden público, salud pública, seguridad pública o protección de los consumidores. Para ello será necesaria la notificación al Estado de origen de la situación y, en el caso de no hacer nada al respecto, la previa aprobación por la Comisión de las medidas a adoptar o, si son tomadas con carácter de urgencia, su notificación posterior. Dichas medidas deben ser proporcionadas al objetivo que se trata de proteger²⁶.

Por último, teniendo en cuenta que la finalidad de la Directiva es garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información a los prestadores establecidos en territorio comunitario, los Estados miembros son libres para imponer restricciones a las actividades de prestadores de servicios establecidos en terceros Estados²⁷.

Una vez cumplidos los requisitos legales establecidos por la Directiva, los prestadores de servicios dedicados a la venta de productos o suministro de servicios a consumidores en Internet podrán empezar a ejercer sus actividades económicas cuyos ingresos, en la mayoría de los casos, provendrán de la conclusión de contratos con los consumidores.

III. Concepto y características de los contratos celebrados por los consumidores en internet

Las transacciones comerciales que se integran en el concepto de "contratos celebrados por los consumidores en Internet" se caracterizan por su carácter "electrónico", su celebración "a distancia", por tratarse generalmente de contratos de adhesión o en los que se utilizan de condiciones generales de la contratación, y por la presencia de un consumidor.

Por "contrato electrónico" se entiende aquel en el que, para su celebración, se utiliza algún medio de comunicación electrónica como Inter-

23 Las aportaciones doctrinales sobre esta cuestión son muy abundantes. Vid. M. DESANTES REAL: "La Directiva sobre el Comercio Electrónico. Mercado interior y servicios de la Sociedad de la Información" en R. MATEU DE ROS, J.M. CENDOYA MENDEZ DE VIGO (Coords), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, 2000, p. 323-338; M. FALLON y J. MEEUSEN, "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol 91, 2002, pp. 435-490; M. GARDENES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 47-99; M. GUZMÁN ZAPATER, "El principio de reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?", en *RDCE*, num 3, 1998, pp. 137-170; M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré", *Rec des Cours*, vol. 253, 1995, p. 9-282, esp. 154-155; M. WILDERS-PIN y X. LEWIS, "Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres", en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, num 91, vol 1 y 2, pp. 1-37 y 289-313.

24 Anexo. Excepciones al Art. 3: "Tal como se establece en el apartado 3 del artículo 3, los apartados 1 y 2 del artículo 3 no se aplicarán a los ámbitos siguientes: derechos de autor, derechos afines y derechos mencionados en la Directiva 87/54/CEE y en la Directiva 96/9/CE, así como a los derechos de propiedad industrial: emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a las que los Estados miembros hayan aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2000/46/CE; apartado 2 del artículo 44 de la Directiva 85/611/CEE; artículo 30 y título IV de la Directiva 92/49/CEE, título IV de la Directiva 92/96/CEE, artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE y artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE; libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato; obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores; validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria; licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico".

25 Así, por ejemplo, el Art. 14 de la Directiva 97/7 o el Art. 8 de la Directiva 93/13.

26 Vid. Art 3, párrafos 4, 5 y 6 de la Directiva 2000/31 y el Art. 8 de la LSSICE.

27 Por esa razón, el Art. 4 de la LSSICE establece la aplicación de sus disposiciones a los prestadores de servicios establecidos en terceros Estados.

net²⁸. Al igual que el resto de contratos, estas transacciones deben contener el consentimiento de los contratantes, un objeto y una causa. En el ordenamiento español, de acuerdo con el Art. 1262 del Código Civil -modificado, como se verá, por la LSSICE-, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La particularidad de los contratos electrónicos es que, tanto la oferta como la aceptación, son expresados por medios electrónicos.

En estos contratos, la oferta puede estar dirigida al público en general, mediante una página web, o bien puede tratarse de una oferta individual realizada por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica *one-to-one* como el EDI -*Electronic Data Interchange*-²⁹. El uso de este último medio queda limitado a la contratación entre empresas por lo que no es merecedor de nuestra atención en el presente trabajo. En los otros dos casos, el contrato puede ser concluido con consumidores.

Además, se trata de un "contrato a distancia" en el sentido del Art. 2.1 de la Directiva 97/7: contrato celebrado sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza. En cuanto no se establece una lista de las técnicas de comunicación a distancia -para evitar que el avance tecnológico desfase la definición- se entiende que los contratos celebrados en Internet se incluyen en su ámbito de aplicación.

Por la propia naturaleza del comercio electrónico, este tipo de contratos suelen ser contratos de adhesión en donde el empresario redacta unilateralmente las cláusulas del mismo y las pone en una página web junto a un formulario que el consumidor debe rellenar. La posibilidad de negociar los términos del contrato es prácticamente nula. El consumidor debe limitarse a aceptar o rechazar las condiciones propuestas. En ocasiones, el simple "click" en un icono puede significar la aceptación del contrato y, consiguientemente, su perfeccionamiento.

Se requiere, en último lugar, que una de las partes tenga la condición de "consumidor". La definición de este concepto varía de un ordenamiento a otro. Desde una perspectiva comunitaria y para evitar una interpretación divergente por los tribunales nacionales, se optó por

28 Vid. M. A. MORENO NAVARRETE, *Contratos electrónicos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 33 y ss.

29 En general sobre el uso de sistemas EDI en la contratación entre empresarios *vid.* D. ROWLAND y E. MacDONALD, *Information Technology Law*, London - Sydney, Cavendish Publishing Limited, 1997, pp. 225-249; R. JULIA BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

otorgar una definición autónoma: toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional³⁰. En el ordenamiento español, el Art. 1.2 de la LDCU define al consumidor "como las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones [...]".

Independientemente de la definición adoptada, la justificación de la protección otorgada al consumidor reside en la posición débil que esta categoría de personas ocupan en la relación jurídica como consecuencia de la predisposición unilateral por el profesional de los términos del contrato y el mayor número de recursos económicos con los que éste cuenta para afrontar un litigio.

Para evitar que esta situación degenere en un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato en perjuicio del consumidor, el legislador comunitario ha adoptado una serie de normas referidas a los distintos aspectos del contrato celebrado por consumidores en Internet: la oferta de los productos y servicios en Internet (V), el perfeccionamiento del contrato (VI); su contenido (VII) y la ejecución de las obligaciones que se derivan del mismo (VIII). Ahora bien, dichas normas no sirven de nada en aquellos contratos que adquieren un carácter internacional si no se establecen límites a la facultad del profesional de elegir el Derecho aplicable al contrato (IV).

IV. La ley aplicable a los contratos con carácter internacional y la naturaleza internacionalmente imperativa de las directivas comunitarias

Tal y como se ha dicho, la naturaleza global de Internet conlleva que los contratos celebrados por consumidores en Internet puedan adquirir un carácter internacional. Asimismo, el propio establecimiento de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información y la introducción del euro facilita enormemente la celebración de contratos *intracomunitarios* de consumo.

En tales casos, resulta necesario determinar cuál de las leyes conectadas con el contrato resulta aplicable. Para ello, los jueces de los Estados miembros de la Comunidad Europea aplicarán el Convenio de Roma de 1980³¹. Si bien las normas generales de este instrumento permiten a

30 Art. 2 b) Directiva 93/13 y 2 b) Directiva 97/7.

31 El Convenio de Roma tiene carácter universal pues, de acuerdo con el art. 2, la ley designada se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante. Sobre el Convenio de Roma, de carácter general, *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "El

las partes elegir el Derecho aplicable al contrato -Art. 3-, se establece una disposición específica para los contratos celebrados por consumidores en la que se limita extraordinariamente esa facultad. De nada serviría establecer una legislación material muy protectora si la norma de conflicto facultará al empresario a establecer la aplicación del Derecho de un tercer estado que no tuviera en cuenta los intereses del consumidor³². De acuerdo con el Art. 5 CR, es posible la elección de la ley aplicable o, dicho de otro modo, la inclusión por el prestador de servicios de cláusulas de elección de ley en el contrato de adhesión o las condiciones generales de la contratación. Ahora bien, la aceptación de la cláusula por el consumidor, no podrá tener como resultado privarle de la protección que le otorgan las normas imperativas de su Estado de residencia -Art. 5.2 CR-. En defecto de cláusula de elección, será aplicable la ley de la residencia habitual del consumidor -Art. 5.3-.

La disposición, sin embargo, limita la aplicación de estas normas a los *contratos celebrados a los consumidores pasivos*, es decir aquellos en los que "la celebración [...] hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato" -Art. 5.2-³³.

La aplicación de estas condiciones a los contratos celebrados en Internet resulta complicada³⁴. En primer lugar, por la dificultad de calificación que presentan muchos de los contratos celebrados en Internet en los que el objeto es una licencia de un derecho de uso sobre un bien inmaterial. El Art. 5.1 se refiere exclusivamente a los contratos sobre

Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 en A-L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.

32 Vid. J. NORMAND, E. BALATE: "Relations transfrontières et consommation: quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?" en *Cahiers de Droit Européen*, n° 3-4, 1990, p. 272 y ss. En la doctrina española, E. ZABALO ESCUDERO: "Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el Derecho internacional privado" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XXXVII, 1-1985, p. 129 y C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO: "Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores" en *Revista General del Derecho*, 1993, p. 6772; M.ª D. ADAM MUÑOZ: "Los contratos a distancia celebrados por los consumidores en el Derecho internacional privado comunitario" en *Estudios sobre Consumo*, Año XV, n° 52 2000, p. 37 y ss.

33 El Art. 5.2 establece otras dos situaciones en las que resulta aplicable la disposición. No obstante, las mismas no resultan aplicables a los contratos celebrados en Internet.

34 Vid. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de ley y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001; R. SCHU: "The Applicable Law to Consumer Contracts Made over the Internet: Consumer Protection through Private International Law" in the *International Journal of Law and Information Technology*, vol 5, n° 2, 1997, p. 192 y ss; M. LEHMANN: "El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, vol. XX, 1999, p. 207 y ss; P. STONE, "Internet Consumer Contracts and European Private International Law", en *Information and Communications Technology Law*, vol 9, 2000, p. 10 y ss.

bienes corporales y servicios. ¿Podría un contrato de licencia de un software que descarga una persona en su ordenador ser incluido en este precepto?³⁵. En segundo lugar, por la necesidad de determinar si una página puede entenderse como "publicidad especialmente hecha en el Estado de la residencia el consumidor" en el sentido del Art. 5.2. En último lugar, por la dificultad de determinar, como establece el mismo párrafo, si el consumidor realizó los actos necesarios para la celebración del contrato electrónico desde el Estado de su residencia.

Teniendo en cuenta la sustitución de la norma de competencia judicial internacional contenida en el Art. 13 del Convenio de Bruselas³⁶ por el Art. 15 del Reglamento 44/2001³⁷, cuyo contenido está inspirado en el Art. 5 CR, debe interpretarse que cualquier contrato internacional de consumo celebrado en Internet, con independencia de su objeto, reúne las condiciones del Art. 5.2 -y, por lo tanto, el consumidor debe beneficiarse de esta protección-, siempre que el profesional "ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades"³⁸.

En aquellos supuestos en los que el contrato celebrado en Internet no reúne las condiciones establecidas en el Art. 5.2 -*contratos celebrado por consumidores activos*- no se aplica la protección: la ley aplicable se determina a partir de las normas generales que admiten la autonomía conflictual -Art. 3- y, en su defecto, llevan a la aplicación de la ley del Estado donde está establecido el proveedor de servicios -Art. 4.2-. Ahora bien, el legislador comunitario se ha ocupado de que los consumidores

35 Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, (3ª Ed), Madrid, Civitas, 2002, p. 408-409.

36 Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, (DOCE C 27, de 26 enero 1998, p. 1).

37 El 22 diciembre de 2000 se adoptó el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12, de 16 enero, p. 3) que desde el 1 de marzo del 2002 ha sustituido al Convenio excepto en las relaciones con Dinamarca. E. FERNÁNDEZ MASÍA, "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001", en *Estudios de Consumo*, num 63, 2002, pp. 9-25; L. GILLIES, "A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts within the European Union", en *Journal of Information, Law and Technology*, num 1, 2001, accesible en <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/gillies.html>; S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, "La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación", *Gaceta Jurídica*, num 219, Mayo/Junio 2002, pp. 61-73; M. FOSS y L. A. BYGRAVE, "International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues Pursuant to European Law", en *International Journal of Law and Information Technology*, vol 8, num 2, 2000, pp. 99-138; I. HEREDIA CERVANTES, "Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, num 5, 2001, p. 77 y ss.

38 Art. 15.3 del Reglamento 44/2001, antiguo Art. 13.3 del Convenio de Bruselas.

residentes en la Comunidad no queden desprotegidos en estas situaciones gracias a las directivas adoptadas en la materia: 97/7, 93/13 y 99/44 entre otras.

En primer lugar, en cuanto todos los Estados miembros deben incorporar esas directivas a sus Derechos internos el consumidor gozará de la protección que en ellas se establece siempre que el Derecho aplicable al contrato sea el de un Estado miembro. Sus disposiciones no son derogables por la voluntad material de las partes en cuanto, por mandato de las directivas, adquieren un carácter imperativo³⁹.

En segundo lugar, todos los tribunales nacionales están obligados por el Art. 7.2 CR a aplicar las normas internacionalmente imperativas de su propio Derecho. Dichas normas son aquellas que, en atención a los intereses que protege, el legislador nacional declara -a partir de una *norma de extensión*- imperativamente aplicables a determinadas situaciones internacionales con independencia de cuál sea el Derecho aplicable al contrato⁴⁰. Además, el Art. 7.1 habilita a estos tribunales a dar efectos a estas mismas normas cuando vienen establecidas por el ordenamiento de un tercer Estado que presenta una vinculación estrecha con el contrato⁴¹.

Para asegurar la aplicación de las disposiciones de las directivas comunitarias en aquellos casos en que la ley aplicable al contrato internacional celebrado por consumidores en Internet es la de un Estado no comunitario, el legislador comunitario ha otorgado un carácter internacionalmente imperativo a esas disposiciones, "cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio comunitario"⁴². De acuerdo con las normas de incorporación de estas disposiciones a los ordenamientos internos, los tribunales de los Estados miembros, están obligados a aplicar las directivas comunitarias en todos aquellos contratos celebrados en Internet en que el consumidor *posee su residencia en un Estado miembro*.

La defectuosa incorporación de estas disposiciones a los ordenamientos internos puede frustrar, sin embargo, el objetivo comunitario inherente a esas directivas pues sus disposiciones pueden dejar de ser aplicadas en supuestos que presentan una estrecha vinculación con el territorio comunitario. Así ocurre en el ordenamiento español.

39 El Art. 6.1 de la Directiva 93/13; Art. 12.1 de la Directiva 97/7; el Art. 7.1 de la Directiva 99/44.

40 Vid. T. C. HARTLEY, "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach", *Recueil de La Haya*, vol 266, 1997, pp. 337- 426.

41 Esta disposición no resulta aplicable por los tribunales de Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal. Estos Estados se reservaron el derecho de no aplicar el Art. 7.1 en virtud del Art. 22.

42 Art. 12.2 Directiva 97/7, Art. 6.2 Directiva 93/13 y Art 7.2 Directiva 99/44.

En primer lugar, se trata de normas que carecen de la claridad que precisa una cuestión ya de por sí farragosa. Los supuestos en los que resultan internacionalmente imperativos los Arts. 10 y 10 bis LDCU -que incorporan la Directiva 93/13- viene establecida en el apartado 3 del Art. 10.bis⁴³. La Directiva 97/7 viene incorporada en el RD 1906/99 y los Arts. 38 a 48 LOCM. La aplicación internacionalmente imperativa de las disposiciones del RD viene establece en su Art. 1.4 pero la LOCM no indica nada al respecto sobre sus normas por lo que deberá ser el juez, en el caso concreto, el que determine su aplicación internacionalmente imperativa. Por último, el ámbito de aplicación internacional de la LGBC -que incorpora la Directiva 99/44- viene establecido en su Art. 13⁴⁴. La diversidad de leyes que deben ser consultadas y la ausencia de normas de extensión en algún caso, dificulta la labor del juez competente facilitando el error a la hora de determinar su aplicación a los contratos internacionales celebrados por los consumidores en Internet.

En segundo lugar, al contrario que otros legisladores de Estados miembros que actúan *en clave comunitaria* -tal es el caso de Francia⁴⁵ o Alemania⁴⁶-, el legislador español actúa *en clave nacional*. Con la

43 En él se establece que estas disposiciones serán aplicables "cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980" como afirma M. V. CUARTERO RUBIO, la remisión a la disposición convencional está destinada exclusivamente a delimitar el *ámbito espacial* de la norma pero no el *ámbito material* por lo que el Art. 10. bis 3 LDCU debe entenderse aplicable a los contratos excluidos del Art. 5 CR. Vid. M. V. CUARTERO RUBIO, "Comentario al Art. 10.bis 3 de la LDCU", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 795-815, esp. 808.

44 Los supuestos internacionales en los que las disposiciones de esta ley resultan aplicables vienen establecidos en su Art. 13, titulado *Puntos de conexión*: "Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea".

45 El Art. L 135 -1 del *Code de la Consommation* establece: "Nonobstant toutes stipulations contraires, les dispositions de l'article L-132 - 1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté".

46 El Art. 29.a., introducido en la Ley de introducción del código civil alemán (BGBI) por la Ley de 27 de junio de 2000, establece el ámbito de aplicación imperativo de las normas de transposición de las directivas 93/13 y 97/7. Según el apartado 1, siempre que las partes hayan elegido la ley de un tercer Estado, resultarán aplicables las normas de transposición de cualquier Estado miembro con el que la situación presenta un vínculo estrecho. Según el ap. 2, se presume ese vínculo estrecho cuando el contrato ha sido concluido a partir de una oferta, publicidad u otra actividad similar dirigida hacia un Estado comunitario y la contraparte tiene, en el momento de emitir la declaración de voluntad, su residencia habitual en un Estado miembro. El texto en francés con nota de P. LAGARDE se encuentra en *Rev. Crit. Droit. Int. Prive.* 2000, vol 89, pp. 924-929.

excepción del Art. 13 LGBC, en el resto de normas el carácter internacionalmente imperativo se determinan en atención a la vinculación del supuesto *con el territorio español*. Esta circunstancia puede provocar que la desprotección del consumidor en supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas. Así, por ejemplo, el Art. 1.4 del RD 1906/99 establece la aplicación de sus disposiciones cuando "la adhesión a las condiciones generales se haya efectuado en España". ¿Se protege al consumidor reside en España que adquiere un producto o servicio a través de un website desde su ordenador portátil mientras está esperando su avión de vuelta a casa en un aeropuerto extranjero? ¿qué ocurre si el consumidor reside en Alemania, Francia o Bélgica? ¿no están las autoridades españolas obligadas a protegerlos?. La respuesta a estas preguntas debe ser afirmativa: en todos los casos se trata de situaciones con un vínculo estrecho con el territorio comunitario por lo que las directivas deben resultar aplicables.

Para remediar este defecto y no incurrir en una infracción del Derecho comunitario, los tribunales deben actuar en clave comunitaria: es decir, deben corregir la norma en vía interpretativa a partir del contenido y objetivos de las directivas. Dicha actuación está amparada por el TJCE. Por un lado en la jurisprudencia consolidada sobre el *principio de interpretación conforme*: los efectos de las Directivas no se agotan con su incorporación al ordenamiento nacional, los jueces nacionales están obligados a interpretar la normativa de transposición, en toda la medida posible, a la luz de la letra y la finalidad de las directivas⁴⁷. Por otro, en el famoso asunto *Ingmar c. Eaton*, en el que, preguntado sobre el carácter internacionalmente imperativo de las normas de transposición al Derecho inglés de la Directiva 86/653 sobre el contrato de agencia, el Tribunal de Justicia afirma la necesidad de extraer dicho ámbito de aplicación de acuerdo con la finalidad de la directiva y la necesidad de que sus disposiciones "se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad [...], sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato"⁴⁸.

47 Por todas, *vid.* SSTJCE de 13 noviembre 1990, C-106/89, *Marleasing c. La Comercial*, Rec. 1990, pp. 4135 y ss; de 14 julio de 1994, C-91/92, *Faccini Dori c. Recreb*, Rec. 1994, pp. I-3325 y ss; y de 27 junio de 2000, C-240 a 244/98, *Oceano Grupo c. Rocio Murciano*, Rec. 2000, pp. I-4941.

48 STJCE de 9 noviembre 2000, C-381/98, *Ingmar c. Eaton*, Rec. 2000, pp. I-9305 y ss. *Vid.* A. FONT I SEGURA, "ECJ 9 November 2000-C-381/98, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*", en *The European Legal Forum*, num 3, 2000, 1/3, pp. 178-179; ID., "Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad polidécica o el mito de Zagreo", en *RDCE*, 2000, pp. 259-279; L. IDOT, nota en *Rev. Crit. Droit Int. privé*, 2001, p. 107; Nota de W-H. ROTH en *CMLR*, vol 39, 2002, pp. 369-383; J. MASEDA RODRÍGUEZ, "Ley aplicable y protección de agentes comerciales establecidos en la Comunidad", en *La Ley*, num 5298, 30 abril 2001, p. 1 y ss; M. MORÁN GARCÍA, nota en *AEDIPr*, vol 3, 2003, en prensa.

En definitiva, por una vía -Art. 5.2- o por la otra -Art. 7-, el consumidor residente en la Comunidad Europea siempre va a gozar en sus contratos internacionales de software de la protección que le ofrecen las directivas comunitarias en la materia. Como se ve a continuación, los aspectos regulados por esas normas están referidos a las distintas fases del contrato celebrado por los consumidores en Internet.

V. Oferta de productos y servicios en internet. Las comunicaciones comerciales

La aparición del comercio electrónico como nueva forma de hacer negocios conlleva, a su vez, la aparición de formas de marketing y de promoción de productos y servicios adaptados al mismo: *pop-ups windows, banners, spamming*. Como hemos dicho antes, las ofertas pueden ser realizadas en páginas web o por correos electrónicos.

La novedad de estas prácticas, unida a la agresividad de las mismas, ha cogido por sorpresa a los distintos ordenamientos de los Estados miembros, muchos de los cuales no cuentan con una normativa adecuada para su regulación. Esta circunstancia puede conllevar prácticas abusivas por parte de los prestadores de servicios. Por esa razón, la Directiva 2000/31 ha adoptado normas específicas en materia de comunicaciones comerciales electrónicas para otorgar una respuesta armonizada a nivel comunitario. De manera adicional, a la hora de ofertar sus productos o servicios, los prestadores de servicios deben tener en cuenta la normativa general existente sobre publicidad.

El análisis de las ofertas, debe llevarnos a examinar, cuatros grupos de normas íntimamente relacionadas y que, en ocasiones se solapan: las normas referidas a la obligación de información previa para este tipo de contratos (1), las normas generales sobre publicidad (2), las normas sobre comunicaciones comerciales realizadas en Internet (3) y, por último, las normas sobre comunicaciones comerciales no solicitadas o *spamming* (4).

1. Obligación de información previa

Como nos da a entender la oración que abre el Par. 1 del Art. 5 de la Directiva 2000/31, aquellos proveedores cuyos servicios consisten en la contratación en línea del suministro de productos o la prestación de servicios, puesto que su actividad queda incluida en el ámbito de la Directiva 97/7, deben cumplir con los requisitos adicionales establecidos en la misma. Dice el Art. 4 de esta Directiva -incorporado al Derecho español en el Art. 40 LOCM y el Art. 2 RD 1906/99- que, previamente

a la celebración de un contrato a distancia, y con la antelación suficiente, el proveedor debe hacer accesible al consumidor la siguiente información en relación a los productos o servicios ofertados:

- características esenciales del bien o del servicio;
- precio del mismo incluyendo todos los impuestos; gastos de entrega;
- modalidades de pago, entrega o ejecución;
- existencia de un derecho de resolución;
- coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia;
- plazo de validez de la oferta o del precio;
- cuando sea procedente, la duración mínima del contrato cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

Esta obligación de información previa impuesta al empresario se justifica por la necesidad de permitir al consumidor adoptar una decisión meditada sobre la adquisición del producto o el servicio. Constituye una de las obligaciones esenciales a cargo del vendedor⁴⁹. Gracias a Internet, dicha información puede ser suministrada de una manera fácil y poco costosa. De hecho, algún autor ha resaltado que la capacidad de información del consumidor se ve reforzada en virtud de la interactividad propia de la red⁵⁰.

Para asegurarse el cumplimiento de la obligación y evitar malentendidos sobre si el consumidor pudo o no tener conocimiento de la información, es aconsejable recoger los datos establecidos por el Art. 4 en una página que el consumidor debe pasar necesariamente en el proceso de conclusión del contrato, o a la que se acceda a través de un hipervínculo que no deja lugar a dudas de su finalidad.

Nada se dice en la Directiva en relación a la lengua en la que debe ser redactada la información previa por lo que el establecimiento de exigencias adicionales sobre esta cuestión utilizar queda en manos de los legisladores nacionales⁵¹. La regla general, sin embargo, es que el idioma que el que se presenta esa información no es un obstáculo para

49 Vid. L. BERNARDEAU, "La Directive Communautaire 97/7 en matière de contrats à distance", en *Cahiers de Droit Européen*, 2000, n° 1-2, p. 127-128.

50 Vid. J. M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO: "La protección de los consumidores", en R. MATEU DE ROS y J. M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (Coords), *Derecho de Internet. Contratación electrónica y Firma Digital*. Ed. Aranzadi, 2000, p. 135.

51 Vid. M. TROCHU: "Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97/7 CE du 20 mai 1997", *Recueil Dalloz Chroniques*, 1999- n° 17, p. 180-181.

la celebración del contrato⁵². Tan sólo Francia poseía una disposición al respecto: el Art. 112-8 del *Code de la consommation* que, según la redacción introducida por la *Ley Toubon* de 4 de agosto de 1994, sancionaba la falta de utilización del idioma francés para la designación, oferta, presentación y condiciones de uso de los productos y servicios. Como el propio Consejo de Estado francés puso de manifiesto, la disposición resultaba completamente inapropiada para un mercado como el de Internet en el que resulta imposible limitar el acceso a las websites a un Estado determinado⁵³. En la actualidad, dicha norma está derogada⁵⁴ como consecuencia, en parte, de dos sentencias del Tribunal de Justicia declarando la incompatibilidad de este tipo de legislación con las libertades de circulación: los objetivos perseguidos por esas normas -la protección de los consumidores franceses- se pueden lograr por otros medios que no obstaculizan tanto el funcionamiento del mercado interior⁵⁵.

2. Normativa general sobre publicidad

Las ofertas realizadas por los prestadores de servicios deben también tener presente las obligaciones y restricciones impuestas por la legislación general sobre publicidad. Así, a nivel comunitario será necesario tener en cuenta la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa⁵⁶ y sus modificaciones posteriores⁵⁷, así como la relativa a indicación de precios⁵⁸. A nivel nacional resultará aplicable la Ley 34/1988 General de Publicidad⁵⁹ y sus modificaciones posteriores.

52 En el Derecho español, se puede deducir que no existe una obligación de presentar la información en el idioma del consumidor, pues el Art. 3 del RD 1906/99 establece que la confirmación posterior a la conclusión del contrato puede ser enviada en el idioma del consumidor o "en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta".

53 Vid. CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS, *Internet et les reseaux numériques*, 1998, pp. 35-38. Disponible en <http://www.internet.gouv.francas/textes/ref/vapre98/accueil.htm>. C. GIROT, *User protection in IT contract*, Kluwer, La Haya, 2000, p. 326 - 329.

54 Ha sido derogado por la Ley num 2001-420 de 15 mayo 2001 (*Journal Officiel* 16 mayo 2001).

55 SSTJCE de 12 septiembre 2000, C-366/98, *Geoffroy c. Casino*, Rec. 2000, pp. I-6579 y ss; de 3 junio 1999, C-33/97, *Colim c. Bigg Continent Nord*, Rec. 1999, pp. I-3175.

56 DOCE L 250/17 de 19 de septiembre 1984.

57 Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DOCE L 290/18 de 23 de octubre 1997).

58 Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE L 80/27 de 18 de marzo 1998).

59 BOE num.274, 15 de noviembre 1988.

De acuerdo con el principio de control en origen, el prestador de servicios deberá ajustar la publicidad realizada en su página web a la legislación del país donde está establecido. Ahora bien, el país de destino podrá impedir la realización de cierto tipo de publicidad a un prestador de servicios extranjero de acuerdo con un motivo excluido del ámbito coordinado o motivado en las razones de orden público establecidas en el Art. 3.4. Es fácilmente extrapolable a los servicios de la sociedad de la información la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de la Directiva de Televisión sin Fronteras. De acuerdo con la misma, la Directiva 2000/31 no impediría a un Estado, en aplicación de su legislación sobre protección del consumidor, adoptar medidas contra un anunciante siempre que las mismas no afecten a la prestación del servicio de la sociedad de la información como tal⁶⁰.

Por esta razón, se ha afirmado la necesidad de estudiar meticulosamente los perfiles de la publicidad realizada en página web. Cuando una persona oferta sus productos o servicios en Internet, debe tener presente que la misma es accesible desde cualquier lugar del mundo. La oferta va dirigida a un colectivo internacional de usuarios, con diversas culturas y diferentes grados de exigencia en cuanto a calidad. La oferta debe adecuarse a un mercado mucho más heterogéneo, con perfiles que pueden llegar a ser opuestos a los que consideramos familiares. Incluso puede que la propia publicidad de ciertos productos o servicios esté permitida en ciertos países, y en otros no.

La Comisión Europea tiene la intención de eliminar los obstáculos que pueden encontrar las empresas a la hora de realizar sus promociones de unos Estados a otros a partir del establecimiento de un régimen jurídico unificado. En este sentido, a mediados de 2003 se presentó la Propuesta de Directiva sobre prácticas desleales en los contratos celebrados por los consumidores que deroga parcialmente a la Directiva 84/450⁶¹. En ella se establece una prohibición general de las prácticas desleales -Art. 5- y se sancionan las prácticas engañosas o agresivas -Art. 6 a 9-. Su Art. 4 establece el principio de control en origen: los proveedores deben cumplir, exclusivamente, con las normas establecidas por Estado miembro donde poseen su establecimiento permanente.

60 STJCE de 9 julio 1997, C-34, 35, 36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini y otros*, Rec. I-3843.

61 Proposal for a Directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450, 97/7 and 98/27 (the Unfair Commercial Practices Directive), Doc COM(2003) 356 final.

3. Comunicaciones comerciales en página web.

Se entiende por comunicaciones comerciales toda forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa o entidad⁶². Se trata de un término que engloba tanto la simple publicidad de una marca o el catálogo incluido en una página web cuanto las ofertas de promoción (ventas con regalo, rebajas, descuentos...). No se consideran comunicaciones comerciales el nombre de dominio, una dirección de correo electrónico o un hipervínculo sin contraprestación económica, es decir, todo aquello que no tenga como finalidad promocionar un producto o servicio sino otorgar una información de carácter objetivo.

Con el fin de proteger al consumidor de los abusos o engaños a los que pueden llegar los empresarios en el uso de estas comunicaciones comerciales en Internet, el Art. 6 de la Directiva 2000/31 exige que las mismas y la persona en nombre de la cual se hacen sean claramente identificables. Además, en el caso de que se trate de ofertas de promoción o concursos o juegos de promoción deberá hacerse fácilmente accesible al consumidor las condiciones para beneficiarse de ellas y las condiciones para participar en ellos.

Dicha disposición ha sido incorporada al ordenamiento español en el Art. 20 LSSICE y, debe entenderse que deroga por su carácter especial a los Arts. 40 y 41 de la LOCM y los artículos 8 y 9 LDCU que resultan aplicables en aquellos casos en que la comunicación comercial no se realiza por medios electrónicos.

Debe tenerse en cuenta la existencia de una propuesta de Reglamento relativo a las promociones de ventas en el mercado interior⁶³ que, con carácter general, establecerá un régimen unificado de los requisitos que deben reunir las comunicaciones comerciales que llevan aparejadas un "descuento, obsequio, prima o la oportunidad de participar en un concurso o juego" -Art. 2 d) y Anexo-

4. Oferta realizada por correo electrónico. Comunicaciones comerciales no solicitadas.

El comerciante internauta también puede intentar llegar a sus clientes mediante el *spamming*, técnica de marketing consistente en el envío indiscriminado de *e-mails* a miles de direcciones de particulares. Esta técnica está más desarrollada en aquellos países con legislaciones poco

62 Art. 2 (e).

63 DOCE C 75/E de 26 marzo 2002.

protectoras en materia de protección de datos personales como EEUU. Hay empresas dedicadas a la gestión de estos datos, las cuales actualizan y organizan sus bases de datos según los perfiles de los usuarios, para utilizarlos en la promoción de productos de empresas-clientes o bien para venderlos.

El Art. 7 de la Directiva 2000/31 se encarga de regular esas comunicaciones comerciales no solicitadas. En primer lugar, establece que dichas comunicaciones deberán poder ser identificadas como tales de forma clara e inequívoca en el momento mismo de su recepción por el destinatario. La manera más eficaz para ello es obligando a que el publicista incluya la palabra "publicidad" en el asunto del correo electrónico⁶⁴. De esta manera, siempre que el destinatario reciba nuevos *e-mails* no deseados, si no desea visualizar la oferta o recargar la memoria de su ordenador con esos mensajes, puede eliminarlos libremente sin necesidad de abrirlo o bien activar el sistema de filtrado⁶⁵.

En segundo lugar, la regulación de las comunicaciones comerciales no solicitadas queda excluido del ámbito coordinado de la Directiva por mención expresa en el Anexo II, por lo que los Estados tienen libertad para tomar las medidas que estimen necesarias para controlar estas actividades. La gran mayoría de Estados miembros han adoptado el llamado sistema "opting-in" -Art. 21 LSSICE-: se prohíbe el envío de estas comunicaciones si previamente no han sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. Asimismo, el proveedor de servicios debe habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que estas personas puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado -Art. 22 LSSICE-⁶⁶.

VI. Perfeccionamiento del contrato

Como cualquier otra transacción, el perfeccionamiento del contrato electrónico implica el concurso de una oferta y una aceptación. En el capítulo anterior hemos estudiado cómo se pueden realizar las ofertas en Internet. Nos corresponde ahora abordar una serie de preguntas referidas al perfeccionamiento del contrato. El hecho de que estos contratos se celebren a distancia, con una diferencia temporal entre la

64 En el Art 20 LSSICE se establece que la palabra "publicidad" deberá ser incluida al comienzo del mensaje, lo que nos parece inapropiado.

65 En este sentido A. MARTÍNEZ NADAL: "Protección del consumidor en la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 29, Septiembre 1999, p. 142.

66 El envío de comunicaciones comerciales no solicitadas ha sido objeto de sanción en Francia por el Tribunal de Grande Instance de Paris en la Ordonnance de référé de 15 de enero de 2002. Disponible en <http://www.fonuminternet.org>.

oferta y la aceptación, y por vía electrónica, levanta cierta incertidumbre en relación a:

- la propia validez del contrato perfeccionado por medios electrónicos;
- el momento de perfeccionamiento;
- y el lugar de celebración del contrato electrónico.

1. Admisión del contrato electrónico.

Sin duda alguna, es éste uno de los aspectos de los contratos celebrados por los consumidores en Internet que mayores problemas presenta. Además, la exigencia de ciertos requisitos formales en las legislaciones estatales puede impedir la celebración de un contrato *on line* o provocar inseguridad sobre su validez o legalidad. Más aún en el caso de contratos con un elemento internacional en los cuales el proveedor de servicios puede desconocer el contenido de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor que, generalmente, resultará aplicable al contrato.

En este sentido, resulta muy frecuente que los ordenamientos jurídicos establezcan disposiciones imperativas exigiendo la constancia por escrito del contrato celebrado por consumidores. Tal es el caso del Art. 47 de la LOCM que establece la necesidad de que el comprador haya recibido, a la ejecución del contrato, información escrita de una serie de datos referidos al producto o servicio adquirido, el proveedor y el derecho de desistimiento que le asiste. Se considera que la constancia del contrato por escrito incrementa el nivel de protección del consumidor al facilitarle el acceso a la información sobre sus derechos y obligaciones en el marco del contrato. Ahora bien, el cumplimiento de estos requisitos en los contratos celebrados en Internet es francamente difícil -sino imposible- para los profesionales. Por esa razón, para no obstaculizar la implantación del comercio electrónico en el mercado interior, la Comunidad Europea, ha adoptado una serie de medidas destinadas a adaptar, de manera armonizada, estas normas al entorno digital.

En primer lugar, el Art. 9 de la Directiva sobre comercio electrónico empieza estableciendo la admisión con carácter general del contrato electrónico: "Los Estados miembros velarán porque el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de eficacia y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica". Para cumplir con esta disposición, los Estados miembros deberán adaptar los requisitos formales que no puedan cumpli-

mentarse por vía electrónica o que generan inseguridad por poder ser interpretados de manera ambigua. Así, por ejemplo, el Art. 23.3 de la LSSICE establece que "siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico"⁶⁷.

Asimismo, los Arts. 4 y 5 de la Directiva 97/7 -incorporados al ordenamiento español por los Arts. 2 y 3.1 RD 1906/99 respectivamente- reflejan como el legislador comunitario va adaptando la legislación en materia de consumo al entorno digital. El primero de ellos establece que la información previa debe proporcionarse al consumidor "mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada", mientras que el segundo -que deroga al Art. 47 LOCM para la contratación electrónica- indica que "el consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición" de los datos del contrato.

En segundo lugar, la Directiva 2000/31 ha establecido una serie de cautelas para evitar los problemas acerca de la validez y perfeccionamiento del contrato que se pueden derivar de las novedosas modalidades de manifestación del consentimiento que se han generalizado en Internet. En principio, los contratos de consumidores celebrados por medios electrónicos se pueden perfeccionar de dos maneras diferentes: mediante el envío de un *e-mail* al ofertante-empresario expresando la aceptación de la oferta, o rellenando el formulario de pedido que nos ofrece el empresario en una página web seguido de un click en un icono que indica "Aceptar". En este segundo caso, el simple hecho de hacer "click" conllevará la aceptación de los términos del contrato. Son los llamados *click-wrap* o *web-wrap agreements*, nombre adoptado por su similitud de funcionamiento con las *shrink-wrap licenses* utilizadas para otorgar licencias de uso de programas informáticos.

El Art. 10 de la Directiva 2000/31 -Art. 27 LSSICE- impone al comerciante la obligación de informar al consumidor de manera clara, comprensible e inequívoca, antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos:

67 En atención al contenido de interés público de ciertas relaciones contractuales, el Art. 10.2 de la Directiva 2000/31 faculta a los Estados miembros a no aplicar la disposición anterior a los siguientes contratos: los que requieren la intervención de fedatario público; los que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública; los sujetos al Derecho de familia; y los sujetos al Derecho de sucesiones. El legislador español, haciendo uso de esta habilitación, excluye la aplicación de su Art. 23 a todas estas categorías -Art. 23.4-.

- los distintos trámites que hay que seguir para celebrar el contrato;
- si el documento en el que se formaliza el contrato se archiva y si este va a ser accesible;
- los medios técnicos puestos a disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos;
- la lengua o lenguas en que puede formalizarse el contrato.

Se garantiza así que el consumidor entiende dicho proceso y que expresa su consentimiento sin reservas. La inclusión de esta información en una página que el consumidor debe consultar necesariamente ante de proceder a celebrar el contrato impide que éste pueda argumentar que desconocía las consecuencias que se derivaban de un determinado acto -léase, clicar en un icono que dice "I Accept"- . También cumple con esta disposición el proveedor de servicios que incluye dicha información en una página diferente siempre que el hipervínculo a través del cual se accede a la misma es suficientemente inequívoco.

2. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico.

En un principio, el Art. 11 de la Directiva 2000/31 estaba destinado a establecer una solución armonizada del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico pero, finalmente, las grandes divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros y la supuesta poca afectación de esta cuestión en el funcionamiento del mercado interior limitaron el contenido de la disposición.

Se trata de un precepto pensado para los *web-wrap agreements*, en el que se establece la obligación de los prestadores de servicios de enviar un acuse de recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica -correo electrónico-. De esta manera el consumidor puede tener constancia de que el contrato se ha perfeccionado. Dicho acuse puede derivarse de los propios actos del prestador de servicios como, por ejemplo, empezar la descarga de la información: programas de ordenador, videojuegos o cualquier otro bien en formato digital⁶⁸. En el Art. 28.1 de la LSSICE se otorga hasta un máximo de 24 horas para enviar ese acuse de recibo.

Asimismo, se puntualiza que se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo desde el momento en que las partes pueden tener acceso a los mismos, es decir, desde el momento en que el correo electrónico o el formulario de pedido han llegado al ordenador servidor

de su destinatario. Esta disposición, que posee una gran relevancia para determinar el momento de perfeccionamiento del contrato en ciertos ordenamientos, implica que no es necesario que el destinatario del mensaje haya tenido un conocimiento efectivo del mismo para entenderse recibido. Así, por ejemplo, el legislador español⁶⁹ considera que el destinatario puede tener constancia de esos mensajes de datos desde que ha sido almacenado "en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones" -Art. 28.2 LSSICE-.

Ninguna de las estipulaciones del Art. 11 permite extraer el momento de perfeccionamiento del contrato celebrado por los consumidores en Internet. Tal y como hemos dicho, dicha cuestión fue excluida del ámbito de la Directiva y su regulación queda en manos de los Estados miembros. Se trata de un aspecto del contrato de gran relevancia, puesto que de él depende la transmisión de riesgos en la compraventa, la finalización del plazo para la revocación de la oferta y el comienzo de ciertos plazos para el ejercicio de los derechos que la ley concede de manera imperativa al consumidor. Su respuesta requiere tener en cuenta, en primer lugar, la calificación de la información que se ofrece en página web como ofertas o como meras invitaciones y, en segundo lugar, si el contrato se entiende celebrado desde el momento en que se envía la aceptación o desde el de su recepción.

Respecto del primer problema, debe tenerse en cuenta que en unos países la publicidad de productos o servicios realizada en páginas web es considerada como oferta, mientras que en otros es considerada como una invitación a negociar⁶⁹. En el primer caso, la respuesta del consumidor a la oferta, bien por *e-mail*, bien haciendo "click", constituirá una aceptación y, por consiguiente, el contrato se habrá perfeccionado. En el segundo caso, la respuesta del consumidor a la invitación para negociar -el click- constituirá una oferta, y, por tanto, se requerirá la respuesta del comerciante para que el contrato se perfeccione. Solo una vez determinado este extremo puede entrarse a determinar el momento de perfeccionamiento del contrato. En el ordenamiento español, de acuerdo con el Art. 40 LOCM, se considerará que existe una verdadera oferta cuando la información de la página web incorpore la expresión cierta e inequívoca de los elementos esenciales del contrato: identificación del oferente, características y precio del producto o servicio, modalidades de ejecución y forma de pago, y plazo de validez de la oferta. Para evitar resultados no deseados se recomienda que el proveedor que sólo quiere realizar invitaciones a negociar establezca expresamente en

69 Vid. Una excelente explicación sobre el sistema anglosajón en C. GRINGAS, *The Laws of the Internet*, London-Edinburgh-Dublin, Butterworth, 1997. Sobre el Derecho alemán, vid. M. LEHMANN, *op cit.*

el sitio web que no quedará vinculado por la comunicación del consumidor sin su posterior aceptación⁷⁰.

Respecto del segundo problema, en contratos entre ausentes existen distintas teorías sobre el momento de perfeccionamiento del contrato: cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación, cuando la recibe o cuando el aceptante envía la aceptación⁷¹. En el ordenamiento español, se ha aprovechado la incorporación de la Directiva 2000/31 para modificar la norma del Código Civil -y las del Código de comercio si bien estas no nos interesan para el presente trabajo- que regula esta cuestión. De acuerdo con la nueva redacción otorgada por la Disp. Adicional 4ª LSSICE al Art. 1262.2 CC, el contrato se entenderá celebrado "desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe". Asimismo, se establece que "en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación". En mi opinión, los sitios web deben considerarse como "dispositivos automáticos" en cuanto están preprogramados por el proveedor de servicios para archivar los pedidos. En consecuencia, si la información otorgada en la página web se considera una "oferta", desde el momento en que el consumidor realiza el click existe consentimiento. La solución, en mi opinión, puede ser generadora de conflictos: ¿qué ocurre si enviada la aceptación, el proveedor no tiene más productos de los solicitados por el consumidor?. En principio, se puede considerar que, aunque el proveedor inmediatamente ponga esta circunstancia en conocimiento del consumidor, existe un incumplimiento contractual. Parece una solución más lógica que incrementa la seguridad jurídica de estas transacciones, considerar que el contrato se perfecciona cuando el "dispositivo automática" -el web site- haya enviado un acuse de recibo. De nuevo, para evitar resultados no deseados, en cuanto el Art. 1262 CC tiene un carácter dispositivo, el proveedor puede recurrir a mensajes en el sitio web que establezcan la necesidad de su posterior aceptación para que el contrato se entienda perfeccionado.

El Art. 29 de la LSSICE regula el lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico. Según reza su párrafo primero, aquellos contratos en los que intervenga un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Se trata de una cuestión que, en la actualidad, carece de una especial trascendencia práctica. Si en principio pudiera pensarse que la determinación del lugar de celebración podría tener cierta relevancia para el Derecho internacional privado, dicha preocupación queda diluida desde el momento en que dicho

70 Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, *Op cit.*, 2002, p. 329 y ss.
71 Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, *Op.cit.* 2002, p. 336 y ss.

elemento del contrato no es utilizado por ninguna norma para determinar la competencia judicial internacional o el Derecho aplicable a los contratos internacionales celebrados por consumidores. En cambio, si puede tener relevancia en el ámbito meramente doméstico para determinar la competencia territorial⁷².

VII. Control del contenido del contrato

Los contratos celebrados por los consumidores en Internet son mayoritariamente contratos de adhesión. Como hemos indicado, la propia naturaleza del comercio electrónico requiere la utilización de los mismos. Son las propias páginas web las que recogen el pedido, sin que medie una persona con la que el particular interactúe. Esto significa que la oferta irá acompañada de un clausulado o unas condiciones generales preestablecidas unilateralmente por el proveedor de servicios.

Para evitar que el profesional se beneficie de esta situación introduciendo en el contrato cláusulas que perjudican los intereses de los consumidores, los ordenamientos jurídicos establecen una serie de normas para controlar el contenido del contrato que resultan aplicable *a priori* o *a posteriori*⁷³.

1. Control *a priori*

En primer lugar, el Art. 10.3 de la Directiva 2000/31 establece la obligación para los proveedores de servicios de poner a disposición de los destinatarios las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario. Dicha disposición ha sido incorporada al ordenamiento español en el Art. 27.4 LSSICE y el Art. 2 del RD 1906/99. Aunque se puede pensar que esta obligación supone una pesada carga para las empresas que quieren ofrecer sus productos o servicios en Internet, en la práctica, su cumplimiento no resulta tan gravoso: basta con la inclusión de esas condiciones generales en una página web site donde cualquier persona que accede al mismo pueda encontrarlas fácilmente.

72 Vid. A. DOMÍNGUEZ LUENGO, "Contratación electrónica y protección del consumidor: régimen jurídico" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXVI, Julio-Agosto 2000, n° 660, p. 2347 y ss.

73 Vid. F. J. ORDUÑA MORENO, "Derecho de la contratación y condiciones generales", en F. J. ORDUÑA MORENO (Dir.), *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 269- 363.

En segundo lugar, se establecen normas referidas a la incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación. Aunque se trata de un problema común de la comercialización en masa de todo tipo de productos o servicios, este tipo de contratación adquiere rasgos particulares en las transacciones celebradas en Internet. Ello se debe a la novedosa forma de manifestación del consentimiento utilizada: el acuerdo *web-wrap*. En ella, el peligro de que la contraparte del proveedor informático desconozca el contenido de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato o los efectos que se derivan de la realización de un simple click en la pantalla, es mucho mayor.

Aunque no existe una normativa comunitaria sobre esta cuestión, las normas establecidas por los Estados para regular esta cuestión -sin ánimo de ser exhaustivos, Arts. 5 y 7 LCGC española⁷⁴, Art. 305 del BGB alemán, Arts. 1341 y 1342 Código civil italiano o Arts. 6:233 del BWholandés- presentan un alto grado de uniformidad⁷⁵. En todas ellas se obliga al profesional a informar de la existencia de las condiciones generales y a comunicarlás al adherente o hacerlas disponibles de cualquier forma que garantice una posibilidad efectiva de su conocimiento con anterioridad a la celebración del contrato -*reasonable and timely notice* -.

No resultarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales: a) que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) que, si bien son puestas a disposición del adherente con anterioridad a la celebración del contrato, resultan ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Las condiciones generales que incurran en uno de estos dos supuestos resultarán nulas de pleno Derecho pero, en la medida en que sea posible, el contrato seguirá existiendo.

Tal y como se ha dicho, la aplicación de estas normas a los contratos celebrados en Internet por los consumidores presenta problemas particulares. Para asegurar la incorporación de las condiciones al contrato se deben cumplir dos requisitos.

En primer lugar, las condiciones deben ser comunicadas o puestas a disposición del adherente *antes de realizar el acto de manifestación de consentimiento*, es decir antes del clic en un icono en el formulario de pedido en la página web. Para cumplir este requisito basta con que el proveedor informático incluya las condiciones generales en la misma página web en la que está el icono de "Aceptar". Ahora bien, si por

74 De acuerdo con el Art. 3, estas normas tienen un carácter internacionalmente imperativo, "cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual".

75 Vid. C. GIROT, *Op cit.*, 2000, pp. 312 y ss.

razones estéticas el proveedor prefiere exponer las condiciones en una página diferente a la que contiene el formulario de pedido, para poder demostrar que el adherente tuvo una "oportunidad real" de conocerlas, debe asegurarse de que el hipervínculo a través del cual se accede a ellas resulta claramente identificable y no deja lugar a dudas de que el contrato se rige por las condiciones que en esa página se contienen. En ninguno de los dos casos resulta necesario que el consumidor haya tenido un conocimiento efectivo de su contenido, tan sólo es necesario garantizarle la oportunidad de conocerlas⁷⁶.

En segundo lugar, el proveedor informático debe cuidar de la redacción de esas cláusulas. Entre otros aspectos, es necesario que las condiciones generales vengán presentadas de una manera clara e inteligible y que su extensión o el tamaño de la letra no desincentive al adherente a llevar a cabo su completa lectura con anterioridad a la ejecución del acto de aceptación.

2. Control a posteriori

A pesar del control a priori del contenido del contrato, resulta muy habitual que el consumidor no lea las condiciones generales antes de la celebración del contrato o, sencillamente, que no las entienda. Para evitar que la parte que predispone las condiciones del contrato se pueda prevalecer de esta circunstancia con la intención introducir cláusulas abusivas se adoptó la Directiva 93/13 que ha sido incorporada al ordenamiento español por la Disposición adicional 2ª de la LCGC que modifica los Arts. 10 y siguientes de la LDCU.

De acuerdo con esta Directiva, se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones negociadas individualmente que, en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato -Art. 3.1-. El Anexo de la Directiva -en el ordenamiento español la Disposición adicional 1ª LDCU- se establece una lista no exhaustiva de este tipo de cláusulas⁷⁸. La condición de abusiva de una de ellas conlleva su nulidad

76 Vid. C. GIROT, *Op. cit.*, 2000, p. 320-323.

77 En el Derecho francés, la Comisión de cláusulas abusivas que no resultan conformes con el Art. 133-2 del *Code de la consommation* por ser inteligibles, aquellas condiciones generales redactadas utilizando un tamaño de letra inferior al 8. Vid. Recommendation num 95-02, de 7 de abril 1995, disponible en <http://www.clauses-abusives.fr/recom>

78 En Holanda se establecen una lista negra de cláusulas nulas de pleno Derecho por su carácter abusivo y una lista gris de cláusulas presumiblemente abusivas que corresponde al profesional probar que no tienen ese carácter (Arts. 6:236 y 6:237 BW). En Francia, la *Commission de Clauses Abusives* emite periódicamente un análisis de cláusulas abusivas en contratos referidos a ciertos sectores.

de pleno derecho y se tendrá por no puesta -Art. 6.1-. Esto no impedirá que el contrato, siempre que sea posible, subsista.

Asimismo, el Art. 5.1 -incorporado al Derecho español en el Art. 10.2 LDCU- reitera la obligación para el proveedor de ser cíclico de redactar estas cláusulas de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

La protección del consumidor en relación a este tipo de cláusulas se ve favorecida por la Directiva 98/27 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores⁷⁹. Este instrumento otorga legitimación procesal a las asociaciones de consumidores para denunciar las cláusulas de los contratos de adhesión que consideren que tienen un carácter abusivo. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia, en la sentencia *Océano Grupo Editorial*⁸⁰, entendió que la nulidad de una cláusula abusiva también podía ser declarada de oficio por un juez, sin necesidad de que el consumidor se persone ante el tribunal.

Del mismo modo, en el ordenamiento español, el Art. 11 de la LCGC establece el Registro de Condiciones Generales⁸¹ con la finalidad de dar publicidad, entre otras, a aquellas condiciones generales que han sido declaradas abusivas por nuestros tribunales⁸².

VIII. Efectos del contrato. Cumplimiento de las obligaciones. Derechos de los consumidores

Al igual que cualquier otra relación contractual, el contrato celebrado por los consumidores en Internet genera una serie de derechos y obligaciones para las partes. Así, el empresario deberá entregar un producto o suministrar un servicio a cambio de una remuneración

79 DOCE L 166, de 11 junio 1998. Existe una propuesta de Directiva consolidada que incorporará todas las modificaciones que se han ido realizando a la misma (Doc. COM(2003) 241 final). Incorporada al ordenamiento español por la Ley 39/2002 de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE num. 259, 29 octubre 2002). Entre otras modificaciones, esta Ley modifica ciertos artículos de la LCGC e incorpora el Art. 10 ter y 10 quater a la LDCU.

80 STJCE de 26 de junio de 2000, C- 240 a 244/98, *Océano Grupo Editorial y otros c. R. Murciano Quintero y otros*, Rec. I-4941.

81 Regulado por el RD 1828/1999 de 3 de diciembre por el que se aprueba el reglamento del registro de condiciones generales de la contratación (BOE num 306 de 23 diciembre 1999).

82 Recientemente, el Juzgado de primera instancia num. 44 de Madrid ordenó la inscripción en el registro de 10 cláusulas utilizadas de manera general en contratos bancarios por considerarlas abusivas. Vid. *Diario El Mundo* de 17 de octubre de 2003.

dineraria por parte del consumidor. El contrato de consumidores celebrado en Internet reviste, sin embargo, unas características peculiares. En primer lugar, por su mera condición de consumidor, el perfeccionamiento del contrato conlleva la asunción, por imperio de la ley, de una serie de derechos destinados a proteger su posición de debilidad en la relación. En segundo lugar, Internet permite que las partes puedan cumplir sus obligaciones de forma electrónica, bien sea la entrega de un bien inmaterial, bien el pago del precio.

1. Derechos de los consumidores

Aparte del cumplimiento de las obligaciones objeto del contrato, en aquellos casos en que la contraparte es un consumidor la Directiva 97/7 y la Directiva 99/44 establecen una serie de derechos imperativos y de carácter irrenunciable a su favor. Se trata de normas de mínimos por lo que resulta posible que las legislaciones de los Estados miembros otorguen un régimen todavía más favorable para el consumidor siempre que las medidas legislativas adoptadas resulten compatibles con el Tratado de la Comunidad Europea -Art. 14 Directiva 97/7 y Art. 8.2 Directiva 99/44-.

1.1. Confirmación por escrito o en otro soporte duradero

Según el Art. 5.1 de la Directiva 97/7, una vez concluido el contrato el consumidor deberá recibir por escrito, o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición, la información mencionada en las letras a) a f) del Art. 4.183, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega. La finalidad del precepto es que el consumidor tenga constancia de sus derechos y obligaciones en la relación contractual. En concreto, se deberá explicar, en adición a toda la información que es necesario aportar antes de la celebración del contrato, las modalidades y condiciones del ejercicio del derecho de resolución, información relativa a los servicios post-venta y a las garantías comerciales existentes y, en caso de contrato de duración prolongada, las condiciones de rescisión del mismo.

En el ordenamiento español, esta disposición ha sido incorporada en el Art. 3.1 del RD 1906/99 que ha derogado al Art. 47 LOCM que exigía que la información fuera recibida por escrito.

Como se ha explicado la utilización del término "cualquier otro soporte duradero" permite al proveedor de servicios proporcionar dicha infor-

mación sin necesidad de enviar documento papel. Ahora bien, la disposición prescribe que el consumidor debe "recibir". No se trata, como ocurre en la obligación de información previa, de "poner a disposición" para que el consumidor pueda consultarla sino de que éste reciba efectivamente dicha información. Por esta razón, y para evitar que posibles fallos en el sistema impidan al consumidor acceder a dicha información en la página web, es conveniente el envío de la misma por correo electrónico o adherida a la bien digital que es objeto del contrato -así, por ejemplo, las condiciones de una licencia de software viene acompañando al programa de ordenador- para que el consumidor pueda archivarla en el disco duro de su ordenador.

A salvo de las infracciones en que, de acuerdo con cada legislación interna, puede incurrir el empresario que omita esta información⁸⁴, la Directiva 97/7 establece que hasta que no se cumple con esta obligación no empieza a contra el plazo que tiene el consumidor para ejercer su derecho de resolución del contrato.

De acuerdo con el Art. 5.2, este derecho no resulta aplicable a aquellos servicios en los que el cumplimiento de la obligación se realiza electrónicamente y de una sola vez. Esto no merma, sin embargo, el derecho de información del consumidor puesto que, gracias a la obligación de puesta a disposición del Art. 10.3 de la Directiva 2000/31, puede tener conocimiento de esos datos con anterioridad a la celebración del contrato.

1.2. Derecho de resolución

El Art. 6 de la Directiva 97/7 establece que, respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborales para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único coste que se le puede imputar es el derivado de la devolución de las mercancías. El empresario ha debido informar al consumidor de este derecho y de las modalidades para ejercerlo. A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

- a partir del día de recepción de los bienes si el proveedor hubiera llevado a cabo la confirmación establecida en el Art. 5;
- respecto de los servicios, a partir del día de celebración del contrato o desde que se recibió la confirmación establecida en el Art. 5;

- si el comerciante no ha cumplido con la obligación de confirmación, el periodo de siete días empezará a contar a partir de los tres meses desde la celebración del contrato.

De acuerdo con el párrafo 2, el comerciante estaría obligado a devolver las sumas adelantadas por el consumidor. Dicha devolución deberá llevarse a cabo lo antes posible, y como muy tarde en el plazo de un mes. Debido a la difundida utilización de tarjetas de crédito para el pago en Internet, el consumidor suele pagar por los productos o servicios con antelación a que los mismos sean suministrados o prestados. Esta circunstancia conlleva un aumento en la desprotección a la que se enfrentan los consumidores cuando adquieren productos o servicios por medios electrónicos. Para remediarlo, como se verá, pueden jugar un papel muy importante las entidades emisoras de tarjetas de crédito.

Corresponde a las legislaciones nacionales determinar cómo se lleva a cabo ese derecho de resolución. En el ordenamiento español, el Art. 44 de la LOCM, establece que el derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, si bien el Art. 47 establece la obligación del proveedor de entregar, junto con la confirmación del contrato, el "documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal". El Art. 4 del RD 1906/99, que deroga dicha disposición para los contratos celebrados por medios electrónicos no establece esta obligación. Por otra parte, resulta llamativo que el Art. 5.1 de ese Real Decreto hable de que corresponde al proveedor la carga de la prueba sobre "la renuncia expresa al derecho de resolución". Dicha disposición no resulta aplicable cuando el adquirente tiene la condición de consumidor pues como se ha dicho, la Directiva 97/7 obliga a los Estados miembros a otorgar a ese derecho un carácter imperativo e irrenunciable.

Salvo pacto en contrario, y de acuerdo con el Art. 6.3, el derecho de resolución no existirá para una serie de relaciones jurídicas. De entre ellas cabe destacar, por su importancia para el comercio electrónico, aquellas que tengan como objeto:

- prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días: contratos de acceso a bases de datos electrónicas o a servicios prestados en línea;
- suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos;
- suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor;
- suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

De entre todas estas exclusiones destaca la de suministro de grabaciones y programas informáticos⁸⁵, dado su gran popularidad en Internet. Deben entenderse incluidos en esta disposición todos aquellos contratos por los que se adquiere una licencia sobre una copia de bienes de naturaleza digital -DVDs, videojuegos, archivos musicales, bases de datos- que es descargada directamente en el ordenador del usuario. Que los consumidores no se beneficien de un derecho de resolución se fundamenta en la naturaleza del objeto del contrato: se trata de bienes que son fácilmente reproducibles por lo que la aplicación del derecho de resolución podría conllevar abusos de derecho por parte del consumidor. No obstante, la solución menoscaba el nivel de protección de éstos a la hora de adquirir este tipo de productos. Así, por ejemplo, si el programa de ordenador descargado no colma las expectativas legítimas del consumidor, éste no podrá devolverlo y rescindir el contrato. En mi opinión, existen fórmulas tecnológicas para evitar la reproducción de los contenidos informáticos que, si fueran introducidas por los proveedores de servicios, evitarían la necesidad de negar al consumidor este importante derecho: establecimiento de periodos de prueba tras los cuales el bien digital deja de funcionar si el consumidor no confirma su aceptación por vía electrónica -es el caso de las llamadas licencias *freeware*-.

El legislador español ha sido especialmente parco a la hora de incorporar esta disposición al ordenamiento interno. De acuerdo con el Art. 4.5 del RD 1906/99 -que deroga al Art. 45 LOCM cuando el contrato se celebra por medios electrónicos-, queda excluido este derecho "en aquellos casos en que por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevarlo a cabo". Debe entenderse que nuestros tribunales adoptarán el Art. 6.3 de la Directiva como criterio rector a la hora de interpretar esta disposición.

2. Cumplimiento de las obligaciones del proveedor. Suministro no solicitado

Vistos los avances de la tecnología de Internet, la ejecución de las obligaciones por el proveedor puede llevarse a cabo no sólo por medios convencionales -envío por correo- sino también por medios electrónicos. Esta última posibilidad ha permitido establecer la categoría de comercio electrónico directo, la cual se caracteriza porque tanto la celebración

⁸⁵ De acuerdo con el Art. 96 de la Ley de Propiedad Intelectual, programa de ordenador es "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado". Incluiría, además del software stricto sensu, video juegos, películas en DVD y, posiblemente, partes de las obras multimedia.

del contrato cuanto la ejecución de la obligación se realizan electrónicamente. Se trata de una categoría que incluirá todos aquellos contratos cuyo objeto sea un servicio en línea -consulta de una base de datos- o la entrega de un bien inmaterial -software, fonogramas, obras audiovisuales... -.

La viabilidad de la ejecución por medios electrónicos debe pactarse en el contrato o bien debe estar admitida por la ley aplicable al contrato. Esta forma de ejecución implica una reinterpretación de las normas referidas al cumplimiento defectuoso o incumplimiento de las obligaciones contractuales. Por un lado, la tecnología actual permite reproducciones idénticas de los bienes inmateriales, lo cual excluiría la posibilidad de cumplimientos parciales; por otro lado, es imposible asegurar la ausencia de errores de funcionamiento de cualquier bien informático -los cuales pueden manifestarse muy tardíamente- que debe conllevar una aplicación flexible del concepto de cumplimiento defectuoso.

De acuerdo con el Art. 7 de la Directiva 97/7, el proveedor tiene la obligación de prestar el servicio o suministrar el producto en un plazo máximo de treinta días a contar desde la solicitud de los productos o servicios por el consumidor. En caso de inejecución de la obligación por no encontrarse disponible el bien o el servicio, el proveedor debe informar al consumidor. Éste puede hacer dos cosas: bien pedir el reembolso del dinero adelantado, bien la sustitución del servicio por uno de precio y calidad equivalente, siempre que dicha posibilidad haya estado prevista en las condiciones del contrato.

Los consumidores deben ser protegidos frente a ciertos métodos agresivos de venta. El Art. 9 de la Directiva 97/7 prohíbe el suministro del producto ofertado por parte del comerciante si no media una petición expresa por parte del consumidor. En el caso de llegar a producirse ese envío, se considerará como un suministro no solicitado. De acuerdo con el Art. 42 LOCM: si el suministro se realizó de manera voluntaria por el proveedor, el consumidor no estará obligado ni al pago del producto ni al pago del precio; si el producto fue enviado por error, el consumidor deberá guardarlo por 30 días y deberá ser indemnizado con un 10% del valor del producto, o, en caso de que transcurra el plazo establecido podrá retener el producto.

3. Garantías post-venta sobre bienes de consumo.

Una de las causas más importante del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en los contratos celebrados por los consumidores aparece en la fase de ejecución de las obligaciones. Ocurre con asiduidad que una vez pagado el producto o el servicio resulta que no

reúne las expectativas que el consumidor se había creado en atención a la publicidad del proveedor o que presenta serios defectos. A parte de la carga que supone para el consumidor tener que acudir al proveedor para que repare esos desperfectos, puede ocurrir que éste haya incluido en el contrato alguna cláusula limitativa o exonerativa de la obligación de garantía por vicios ocultos, con lo que serán los destinatarios los que deban asumir los costes de la reparación.

Con la finalidad de armonizar la regulación en los Estados miembros de esta obligación de garantía en los contratos celebrados por los consumidores y de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección se adoptó la Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incorporada recientemente al ordenamiento español por la Ley 23/2003 de 10 de julio (LGBC).

Como su nombre indica, la Directiva resulta aplicable a los contratos celebrados por consumidores que tienen como objeto "bienes muebles corporales". De acuerdo con la doctrina y la Comisión Europea, deben entenderse incluidos en su ámbito de aplicación los contratos que tienen como objeto programas informáticos o bienes digitales con independencia de la modalidad de cumplimiento de la obligación de entrega⁸⁶. Efectivamente, la necesidad de otorgar un tratamiento similar a todos los consumidores aconseja una interpretación de esa disposición que incluya aquellos contratos en los que el bien digital es enviado por correo postal en una copia tangible o es descargado por el consumidor directamente desde un sitio web a su ordenador⁸⁷.

No se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva, sin embargo, los contratos de servicios.

La Directiva 99/44 establece el *principio de conformidad de los bienes con el contrato*. De acuerdo con su Art. 2 -Art. 4 en la LGBC-, el profesional está obligado a responder ante el consumidor de cualquier falta de conformidad con el contrato que exista en el momento de la

⁸⁶ Vid. L. A. SANZ VALENTIN, "La Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", *Actualidad Civil*, num 35, 1999, pp 1077 y ss; J. AVILES GARCÍA, "Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", *Noticias de la Unión Europea*, 1999, pp. 99 -117.

⁸⁷ Al igual que en la Directiva, la LGBC resulta aplicable a los contratos que tienen como objeto productos informáticos en cuanto su objeto tiene la consideración de "bienes de naturaleza duradera" a los efectos de estas disposiciones, tal y como establece el Anexo II del RD 1507/2000 de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los arts 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes (BOE num 219, 12 septiembre 2000).

entrega del bien. Se incurrirá en dicha responsabilidad: a) si los bienes no se ajustan a la descripción realizada por el vendedor o no poseen las cualidades presentadas en forma de muestra o modelo; b) si no son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo; c) si no son aptos para un uso especial requerido por el consumidor que éste ha puesto en conocimiento del vendedor; d) si no presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, salvo que, en el momento de celebrar el contrato, hayan corregido dichas declaraciones.

El profesional es libre de otorgar garantías adicionales -garantías comerciales-. Para ello, deberá formalizarla por escrito o en cualquier otro soporte duradero e incluir toda una serie de datos establecidos por el Art. 6.2. En atención a la habilitación establecida en el apartado 4 de esa disposición, el Art. 11 de la LGBC exige que esa garantía comercial venga escrita, al menos, en castellano.

Cuando el bien no sea conforme con el contrato, el consumidor podrá exigir la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno y, subsidiariamente, la reducción adecuada del precio o la resolución del contrato de acuerdo con las reglas establecidas en los Arts. 3 a 5. Cuenta, para ello, de un plazo mínimo de dos años para ejecutar la garantía desde la entrega del bien -Art. 5.1-. Tal y como establece el Art. 7.1, la renuncia previa de los derechos que esta Directiva reconoce a los consumidores es nula.

4. Obligación del consumidor: pago del precio por el producto o servicio.

4.1. Problemas de los pagos realizados por Internet.

El pago del producto o servicio, por parte del consumidor, puede efectuarse contra reembolso o por adelantado, en efectivo o mediante un sistema de pago diferente del efectivo: tarjeta de crédito, transferencia electrónica de fondos o mediante dinero electrónico.

El pago en efectivo en el comercio electrónico tiene una serie de problemas. En primer lugar, no es utilizable para cualquier contrato. Los contratos de provisión de servicios que se prolongan en el tiempo no podrían funcionar de una manera efectiva si el pago periódico no se realizaría mediante domiciliación bancaria. En segundo lugar, la posibilidad de ejecución electrónica de las contraprestaciones quedaría

desvirtuada si, de igual manera que el bien o servicio es entregado *ipso facto*, el consumidor no paga mediante un sistema que permitiera realizarlo de manera automática. Por último, la única manera para los proveedores de asegurarse el pago de consumidores de poca confianza es exigiendo el pago con tarjeta y por adelantado.

Estas razones han hecho que el pago por un sistema diferente del efectivo se haya generalizado en el comercio electrónico. Estos instrumentos constituyen un complemento indispensable del comercio electrónico pero, a su vez, están sometidos a los problemas derivados de la falta de seguridad en Internet.

La Directiva 97/7 autoriza implícitamente al proveedor a solicitar al consumidor el pago por adelantado a la entrega de la mercancía o prestación del servicio mediante tarjeta u otro sistema de pago distinto del efectivo⁸⁸. Esta práctica es muy común en Internet: el consumidor rellena el formulario de pedido y antes de llevar a cabo la aceptación -el click en el icono "Aceptar"- se le pide que incluya el número de tarjeta bancaria para ordenar a su banco que realice una transferencia a la cuenta del proveedor. En ocasiones, este es el único medio que los proveedores tienen para asegurarse el pago en contraprestación a sus servicios o bienes. Pero, ¿qué ocurre si, realmente, no hubiera sido el titular de la tarjeta el que dio esa orden de pago?; o, ¿qué ocurre si, una vez realizado el pago, el consumidor ejerce su derecho de resolución? ¿Cómo se articula la devolución del dinero?. Para resolver estos espinosos problemas, la Directiva 97/7 no ofrece una solución satisfactoria. El Art. 8 se limita a obligar a los Estados a que adopten las medidas apropiadas para, por una parte, permitir al consumidor la anulación de una orden de pago en caso de utilización fraudulenta del instrumento de pago, y, por otra, posibilitar el reembolso de las sumas adelantadas.

En España, la LOCM limita, en su Art. 43.2, la posibilidad de pago por adelantado a supuestos en que "se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo". De manera adicional, el Art. 46 establece que cuando el importe de una compra hubiere sido pagado utilizando una de estas tarjetas, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo.

A pesar de estas disposiciones, ningún proveedor de servicios establecido en España ha dejado de exigir el pago por adelantado de los

⁸⁸ El Art. 6.2 establece que cuando el consumidor ejerce su derecho de resolución, el proveedor estará obligado a devolver las sumas adelantadas por el consumidor sin retención de gastos, por lo que está reconociendo la posibilidad de pago por adelantado

productos y servicios que ofrecen en sus web sites. Las razones, en mi opinión, son dos. Por un lado, se trata de dos disposiciones obsoletas que no están pensadas para el comercio electrónico. De hecho, su aplicación puede conllevar a un grave obstáculo para su consolidación. Por otro lado, el RD 1906/99 no establece ninguna norma al respecto para los contratos celebrados por medios electrónicos. En atención a su carácter de *lex specialis* debe entenderse que ha derogado a las disposiciones de la LOCM y que, por lo tanto, el pago por adelantado resulta permitido.

4.2. Sistemas de pago en Internet.

En cuanto el pago en efectivo resulta ineficiente para los contratos celebrados por los consumidores en Internet, y se ha generalizado el pago por adelantado a partir de sistemas distintos del efectivo, es conveniente llevar a cabo una breve aproximación de la regulación de estos sistemas.

Se diferencian dos tipos: los instrumentos de pago de acceso a distancia y el dinero electrónico⁸⁹. La expedición de estos instrumentos conlleva una relación entre, por un lado, los bancos emisores de los instrumentos, y por otro, entre los consumidores y comerciantes con sus respectivos bancos. Estos contratos permiten la utilización de dichos instrumentos como forma de pago de sus productos o servicios. Se trata de tres relaciones subyacentes⁹⁰ a aquella en la cual el consumidor hace uso del instrumento para realizar el pago. Las controversias que puedan surgir en estas relaciones -uso fraudulento de las tarjetas por terceros o fallos en el funcionamiento del sistema que conlleven la anotación de pagos equivocados- deben ser tratadas de manera independiente a la relación principal.

La regulación de estas relaciones es escueta, lo que genera un déficit de protección en el consumidor⁹¹. A nivel comunitario contamos con la Directiva 97/5 relativa a las transferencias transfronterizas⁹², que fue incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 9/1999 de 12 de abril⁹³. Se trata de una normativa pensada para pagos transfronterizos de baja cuantía -menores de 50.000 euros- por consumidores o peque-

89 Son las definiciones utilizadas en la Recomendación 97/489. *Vid. infra*.

90 Entre el consumidor y su banco, entre el empresario y su banco, y entre el banco del consumidor y el del empresario.

91 En general, *vid. J. C. CARBONEL PINTANEL, La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea*, Eurolex, Madrid, 1994.

92 DOCE L 43 de 14 febrero 1997.

93 Ley 9/1999 de 12 de abril sobre el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros (BOE n° 88, 13 abril 1999).

ñas y medianas empresas. Su objetivo es facilitar la libre circulación de capitales mediante la eliminación de trabas derivadas de la acumulación de comisiones por las entidades bancarias intervinientes. Además, a parte de otras obligaciones en materia de plazos, incumplimiento de la transferencia y en materia de plazos⁹⁴, se establecen unas obligaciones de información previa y posterior a la transferencia que debe ser ofrecida al consumidor⁹⁵.

La Directiva 97/5, sin embargo, no regula las obligaciones de las partes de la relación de tarjeta de pago ni tampoco la responsabilidad que se deriva de la negligencia de una de las partes ni la derivada de posibles fallos del sistema de pago. El sector bancario, amparado en el argumento de la necesidad de una regulación flexible que no obstaculizara el desarrollo técnico de los sistemas de pago, impidió que saliera adelante una regulación vinculante sobre el particular, por lo que únicamente contamos con una serie de meras Recomendaciones de la Comisión⁹⁶. Destaca entre estas la Recomendación 97/489⁹⁷ cuya misión es adaptar los anteriores instrumentos a las nuevas circunstancias derivadas del progreso tecnológico y el advenimiento de la Sociedad de la Información. La naturaleza jurídica de esta regulación conlleva que sus disposiciones no tengan carácter imperativo y que, por tanto, los derechos que en ellas se garantizan a los consumidores puedan ser objeto de derogación.

Pasamos a continuación a analizar los dos tipos de instrumentos electrónicos de pago identificados por la Recomendación 97/489: instrumentos de pago de acceso a distancia e instrumentos de dinero electrónico⁹⁸. Ambos son utilizados por el consumidor para realizar sus pagos en Internet, por lo que es importante estudiar el régimen de derechos y obligaciones establecido en la Recomendación, si bien su seguimiento ha sido bastante bajo por parte de las entidades bancarias⁹⁹.

94 Arts. 5-7.

95 Art. 3 y 4.

96 Recomendación 87/598 de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (Relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) (DOCE L 365 24. 12. 1987 p.72). Recomendación 88/590 de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas (DOCE L 317 24.11.1988 p. 55).

97 Recomendación 97/489 de la Comisión de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DOCE L 208/52 de 02/08/1997).

98 Art. 2.

99 En este sentido, J. DICKIE, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 17.

4.2.1. Instrumentos de pago de acceso a distancia.

Esta categoría está constituida por las tradicionales tarjetas de crédito y otros métodos de transferencia de fondos como la banca telefónica¹⁰⁰. En dichos sistemas el pago se realiza mediante una orden que el consumidor da a su banco para que transfiera una cantidad dineraria de su cuenta bancaria a la del comerciante. En el mundo real, dichas órdenes se pueden dar: a) introduciendo la tarjeta de crédito en un terminal en el establecimiento del vendedor; b) mediante una llamada telefónica al banco para que realice la transferencia, o; c) transmitiendo al vendedor el número de tarjeta de crédito para que él mismo trámite la transferencia de fondos.

La aplicación de estos sistemas en el mundo de Internet resulta mucho más fácil. En primer lugar, el consumidor puede realizar las órdenes de pago desde la página web de su banco virtual. En segundo lugar, puede comunicar su número de tarjeta al comerciante mediante un correo electrónico o en el formulario de pedido de la página web. Ahora bien, la inseguridad inherente a las comunicaciones de Internet genera desconfianza en los consumidores hacia estas formas de pago. Son frecuentes los fraudes cometidos gracias a números de tarjetas de créditos interceptados en mensajes enviados a través de las redes electrónicas o bien por la intromisión en los ordenadores de los prestadores de servicios donde se almacenan los pedidos.

Para evitar estos problemas se han creados mecanismos de seguridad de las comunicaciones de Internet, basados en la criptología. Se trata de programas de ordenador que permiten encriptar las órdenes de pago mandadas por los consumidores tanto a los bancos cuanto a los comerciantes. De esta manera la información circula por las redes electrónicas codificada hasta llegar a su destino. Los más conocidos son los sistemas SET (Secure Electronic Transactions) y SSL, utilizados y proporcionados por entidades de certificación de claves de seguridad a sus clientes. Ahora bien, su implantación requiere que los comerciantes en Internet incorporen dichos programas de encriptación en sus sistemas informáticos para que las órdenes de pago puedan llegar a ellos sin peligro de ser vistas por nadie en su camino. Así, en las sitios web de comerciantes que han adquirido estos servicios, cuando el consumidor introduce el número de tarjeta en el formulario de pedido -o en otra página web distinta, frecuentemente llamada "pasarela de pago"-, éste es enviado encriptado a su banco para que realice una transferencia de fondo equivalente al precio del producto o servicios a la cuenta corriente suministrada por el proveedor de servicios.

4.2.2. Instrumentos de dinero electrónico.

El dinero electrónico, también llamado *digital cash* o *e-cash*, constituye el equivalente de las tarjetas prepago, tarjetas monedero o *smart wallets*. Estas últimas consisten en chips incorporados en una tarjeta que o bien son desechables, o bien se cargan con unidades de dinero en los cajeros automáticos para su posterior utilización en pagos de pequeñas cantidades realizados en terminales situadas en establecimientos adheridos al sistema. El equivalente en Internet a estas tarjetas consiste en programas de ordenador que permiten conectarse con un banco para retirar unidades de dinero y almacenarlas en el disco duro del ordenador para su posterior utilización en pagos realizados en Internet. El funcionamiento del sistema requiere tanto al consumidor, como al banco, como a los comerciantes, el tener instalado dicho programa de *e-cash*. Además el sistema debe conceder ciertas garantías de seguridad para resultar eficaz.

Este nuevo sistema de pago electrónico conlleva la aparición de un nuevo actor económico: la entidad de dinero electrónico. Desde una perspectiva comunitaria, se ha adoptado recientemente la Directiva 2000/46 de 18 de septiembre sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades¹⁰¹, que resulta aplicable tanto a aquellas entidades que proporcionen *smart-wallets* como a las que proporcionen *e-cash*. La Directiva establece que resultará aplicable el mismo marco de supervisión prudencial y de estabilidad del sistema financiero que se viene aplicando a las entidades de crédito¹⁰², si bien con algunas excepciones por la mayor concreción de la actividad desarrollada por las entidades de dinero electrónico¹⁰³. Nada se establece en la misma referido a la relación entre éstas con sus clientes, por lo que resultarán aplicable íntegramente las recomendaciones recogidas en la Recomendación 97/489, que pasamos a examinar.

4.3. Obligaciones y responsabilidades derivadas del uso de instrumentos electrónicos de pago.

La utilización de un instrumento electrónico de pago requiere la celebración de un contrato entre un consumidor y una entidad bancaria cuya finalidad será la de permitir al primero la utilización de esos

101 DOCE 275, 27 noviembre 2000.

102 Directiva 2000/12 de 20 marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio (DOCE L 126 de 29 de mayo 2000).

103 Vid. R. FUENTE SÁNCHEZ: "Los servicios financieros bancarios en la Sociedad de la Información", *Revista General del Derecho*, Mayo-Abril de 2001.

instrumentos bien para sus pagos en el comercio tradicional bien para sus pagos en Internet. La Recomendación 97/489 es aplicable a los dos tipos de sistemas identificados en los epígrafes anteriores. En ella se establece una serie de recomendaciones sobre el contenido mínimo que ese contrato debe poseer.

En primer lugar, se establece una obligación de información para la entidad emisora del instrumento de pago de carácter previo y posterior a una transacción. Así, en el momento de la celebración del contrato, se obliga al emisor a otorgar una información mínima sobre las condiciones aplicables a la emisión y utilización del instrumento de pago: instrucciones y límites cuantitativos de uso, descripciones de las obligaciones y responsabilidad del emisor y del titular del instrumento de pago y las medidas que el titular debe adoptar para garantizar la seguridad de instrumentos de pago¹⁰⁴. Con posterioridad a una transacción se debe ofrecer, por escrito, información que permita identificar la transacción, su importe, las comisiones y cargas aplicadas y, en el caso de transacciones en otras divisas, el tipo de cambio utilizado¹⁰⁵.

Llama la atención que, en un instrumento de 1997 destinado a adaptar las Recomendaciones existentes a los nuevos progresos técnicos, se establezca que la información debe constar "por escrito" y que, al contrario que en la Directiva 97/7, no se otorgue a la entidad bancaria la posibilidad de poner a disposición esa información "en cualquier otro soporte duradero". En cualquier caso, la disposición no es generadora de problemas pues, en la práctica, los bancos envían a sus clientes esta información por escrito -con carácter mensual o bisemanal- y, además, les otorgan la posibilidad de consultarla a través de medios electrónica -la banca por Internet-.

En segundo lugar, el emisor debe mantener un registro interno donde queden constancia de las transacciones realizadas por el titular, y debe asumir la responsabilidad sobre la no ejecución o ejecución defectuosa de las transacciones de titular, las transacciones no autorizadas y los errores en la gestión de la cuenta del titular¹⁰⁶. En caso de litigio, la carga de probar que la transacción ha sido contabilizada correctamente y que no se ha visto afectada por un fallo técnico u otra anomalía recae sobre el emisor¹⁰⁷.

El titular del instrumento de pago está obligado a utilizarlo de acuerdo con las condiciones establecidas por el emisor y a tomar las medidas adecuadas para su seguridad y la de su número de identificación

104 Art. 3.

105 Art. 4.

106 Art. 8.

107 Art. 7.

personal que permite su utilización¹⁰⁸. Deberá notificar la pérdida o robo del instrumento o de los medios que permitan su utilización, el registro en su cuenta de cualquier transacción no autorizada o cualquier error u otra anomalía en la gestión de su cuenta por parte del emisor.

Hasta el momento de la notificación, el titular asumirá los daños que resulten de la pérdida o robo hasta un determinado límite no superior a 150 euros, excepto cuando haya actuado con negligencia grave. Desde el momento de la notificación, dejará de ser responsable de los daños salvo que se demuestre que actuó de forma fraudulenta. No obstante, el titular no será responsable si el instrumento se utilizó sin presentación física o identificación por medios electrónicos del instrumento mismo. El uso exclusivo de un código confidencial no será suficiente para entrañar su responsabilidad¹⁰⁹.

No está claro qué debe entenderse en el comercio electrónico como negligencia grave. J. DICKIE se pregunta acertadamente si se estaría en ese supuesto cuando una persona introduce sus datos de tarjeta en una página web que no contiene ninguna indicación de que acepta ese tipo de tarjetas. O ¿qué ocurriría si una persona envía sus datos de tarjeta por correo electrónico o rellena un formulario de una página que no posee un sistema de encriptación de las comunicaciones?¹¹⁰. De acuerdo con este autor, debería otorgarse una interpretación destinada a proteger los intereses de los consumidores.

La práctica desde 1988, año en que se adoptó la primera Recomendación, ha demostrado que las entidades bancarias no han cumplido satisfactoriamente con las recomendaciones expuestas. En concreto, se manifiesta un déficit de información del consumidor en sus relaciones con las entidades emisoras que conlleva un desconocimiento de sus derechos y obligaciones como titulares de esos instrumentos. Si esto lo univoca al aumento en la complejidad que Internet conlleva para el uso de los instrumentos electrónicos de pago, podemos concluir que existe una necesidad de que la Comisión trabaje en la adopción de una regulación vinculante de este tipo de relaciones contractuales como ya amenaza en el Considerando 12 de la Recomendación 97/489.

108 En concreto se especifica que no anotará su número de identificación en el instrumento de pago. (Art. 5 c).

109 Art. 6.

110 J. DICKIE, *Internet and Electronic Commerce...* p. 16.

IX. Consideraciones finales

El estudio del conjunto de normas que regulan los contratos de consumidores celebrados en Internet permite extraer dos valoraciones finales.

En primer lugar, se puede afirmar que la normativa que se ha adoptado para adaptar la legislación existente sobre contratos celebrados por los consumidores al entorno digital está cumpliendo adecuadamente con su finalidad -el nivel de protección que se ofrece a esta categoría de personas en estas transacciones es el mismo que se le ofrece en los contratos celebrados por medios tradicionales- a la vez que no se generan obstáculos para la consolidación de este sector del comercio electrónico.

Así, por ejemplo, la asimilación del concepto "por escrito" a "en cualquier soporte duradero" permite a las empresas hacer uso de medios electrónicos para comercializar sus productos o servicios y, a la vez, garantiza que el consumidor no vea mermado su derecho de información y vaya tomando confianza en el nuevo mercado.

Del mismo modo, la imposición al profesional de una obligación de información previa en el contrato electrónico más estricta que la establecida en la contratación tradicional, está justificada en las mayores facilidades que ofrece las herramientas de Internet para cumplir con ella.

En segundo lugar, debe señalarse que las normas establecidas por los Estados miembros de la Comunidad Europea para llevar a cabo esa adaptación presentan un elevado grado de uniformidad. Gran culpa de ello es debida a la actuación normativa comunitaria a través de directivas pero hay excepciones. Así, por ejemplo, el tratamiento armonizado de la incorporación al contrato de las condiciones generales no se debe a la actuación de las instituciones sino a la existencia de unos principios comunes compartidos por todos los Estados miembros. En fin, esta uniformidad también resulta asegurada por el carácter internacionalmente imperativo que el legislador atribuye a estas normas: con independencia de la autonomía de la voluntad de las partes o del Derecho que resulta aplicable al contrato, cuando el tribunal de un Estado miembro conozca de un litigio referido a un contrato celebrado por consumidores en Internet siempre va a aplicarlas. Esta circunstancia no hace más que reafirmar la posibilidad cada vez más palpable de analizar estos contratos desde el punto del vista del Derecho privado comunitario.

SISTEMAS ADR Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS FINANCIEROS EN LA UNIÓN EUROPEA: FIN-NET*

Javier PÉREZ MILLA**

SUMARIO: I. Desarrollo de sistemas ADR. II. La protección del consumidor a través de mecanismos de cooperación transfronteriza entre autoridades. 2.1. FIN-NET. 2.2. Principios del procedimiento ADR. III. Cuestiones jurídicas de los mecanismos ADR en el ámbito comunitario. 3.1. Validez de las cláusulas de sumisión a mecanismos ADR. 3.2. Suspensión del plazo de prescripción. 3.3. Ejecución de decisiones ADR en otro Estado comunitario. IV. Conclusión.

I. Desarrollo de sistemas ADR

Los sistemas de resolución alternativa de litigios (ADR)¹ "se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia"²: son mecanismos adecuados para afrontar litigios que no son, normalmente, de una gran cuantía económica; su utilización evita que aumente aún más el número de controversias incoadas ante los organismos judiciales; se consideran ventajosos por su menor coste económico y de tiempo³; y soslayan ciertas desigualdades en el acceso

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación EJU2000-1373 sobre "Mecanismos de protección de la parte débil en la contratación internacional".

** Licenciado en Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza con la calificación de Apto *cum laude* por unanimidad. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza. Estancias de investigación en la Comisión de la Unión europea, Academia de Derecho Internacional de La Haya, *Institute of Advanced Legal Studies* de Londres y en el Centro de Estudio Europeo de la Universidad de Limerick (Irlanda). Autor de diversos artículos doctrinales y tres monografías: "Fusión internacional de sociedades anónimas en el espacio jurídico europeo" (1996), "La territorialidad en el ordenamiento plurilegislativo español" (1999) y "Notificación judicial internacional" (2000).

1 Acrónimo utilizado por convención, derivado de *Alternative Dispute Resolution*. Sobre la utilización por la doctrina de otra terminología, *vid.*, Eric CAMOUS, *Régimes non-jurisdictionnels des litiges de la consommation*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 1.

2 *Vid.*, Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Bruselas, 19.04.2002, COM(2002) 196 final p. 9. En el mismo sentido, RAMSAY, I., "Consumer redress and access to justice" en RICKETT, Ch. y TELFER, Th. (ed.), *International Perspectives on Consumers' access to Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 17 y ss.

3 *Vid.*, COM(2002) 196 final, p. 7. Estas ventajas de los sistemas ADR se enuncian en toda aportación doctrinal; junto a ellas, aparecen críticas como que, por causa de la falta de regulación de este tipo de sistemas, "el Ombudsman, desde el punto de vista actual tiene el

TEMAS ACTUALES DE
**DERECHO
COMERCIAL**

OBRA COLECTIVA

Coordinador:
Jorge Luis Collantes Gonzáles