

Contratación Electrónica

CARLOS BARRIUSO RUIZ

*Doctor en Derecho- Abogado Especialista en Derecho Informático
e-mail: carlosbar@icam.es*

1. INTRODUCCION

En la “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA” contemplamos las distintas fases de formación del consentimiento y el flujo informático de decisión, estudiando la parte de voluntad latente que encierran, que se manifiesta con vinculación jurídica cuando se activa el sistema, y por quien lo activa, en función de los distintos grados de electrificación e informatización, pero siempre reservando la decisión como atributo perteneciente en exclusiva a la inteligencia, voluntad y personalidad Humana.

El contrato electrónico más puro se daría proporcionalmente a la mayor cantidad de fases electrificadas e informatizadas incluido el cumplimiento (telecumplimiento), cuando el objeto contractual sea susceptible de transformación en bits, y el pago se haga por medio de anotaciones en cuenta u otros medios digitales.

Así en el mercado de valores, el procesamiento de la información de indicadores económicos, permite hacer previsiones del comportamiento de la bolsa, que ayudan a decisiones cuya expresión puede monitorizarse. La ley 24/88 del mercado de valores fue puntera en la contemplación de redes informáticas en la negociación bursátil por la comisión Nacional.

2. VALIDEZ

Consideramos perfectamente válida la “contratación electrónica”, a la luz de nuestro Código Civil , que existirá jurídicamente desde que una o varias personas consientan sin error, libre y conscientemente, en obligarse entre ellas, a darse alguna cosa o prestarse algún servicio lícito, por medios electrónicos en base al art. 1.254 del Código Civil y en virtud de la autonomía de la voluntad, expresada en el artículo 1.255 del Código Civil.

Las situaciones no previstas se regularán, por vía paccionada como en el caso de EDI con los acuerdos de intercambio, y códigos de conducta.

3. PERFECCIÓN

Un “animus contrahendi” “in ídem placitum consensus” expresado por medios y sobre soportes electrónicos, o realizado con ayuda de programas o elaboradores electrónicos, perfeccionará el contrato electrónico, siempre que concurren las condiciones esenciales para la validez de los mismos determinadas en el art. 1.261 del Código Civil y respeten las limitaciones y restricciones legales.

La oferta instrumentada electrónicamente aunque sea “ad incertam personam”, es válida y el contrato se perfeccionará con la sola aceptación, cuyos “facta concludentia”, serían, siguiendo la teoría civilista de la “recepción” y no la mercantilista de la “emisión”, cuando el ofertante reciba el correo electrónico o el signo electrónico en su buzón o dispositivo electrónico, ya que se da un conocimiento efectivo potencial. art. 1.262 C.C.(correspondencia), Desde entonces, nacería la obligación del ofertante de proceder a la venta y al cumplimiento.

El Convenio de Viena de 11-4-80 al que España se adhirió el 17 de Julio de 1990 en su art. 23 establece también la aceptación de la oferta como perfección del contrato.

La datación del e-mail registrara el momento de la contratación, y con ello se determinara si esta en plazo la oferta.

El comprador podrá instrumentalizar en la red, también electrónicamente una “petición de ofertas”, para aceptar la mas conveniente.

4. FORMA

En cuanto a la forma del contrato electrónico, la consideramos también válida, amparado en la libertad de forma plasmada en el artículo 1.278 del Código Civil, (artículo 51 del Código de Comercio para los contratos mercantiles), fruto del carácter espiritualista heredado del Ordenamiento de Alcalá, pero este concepto quiebra en aquellos contratos en que la ley exige una forma constitutiva o sustancial; en aquellos que siendo potestativa de las partes, la exigen o acuerdan “ad probationem”; en aquellos otros cuya fuerza ejecutiva está condicionada a la forma; o cuando se necesita o se requiere inscripción en registros públicos. En estos casos la intervención del legislador es obligada, para que el documento electrónico pueda acceder a estas categorías.

Así el testamento ológrafo 688 C.C. ; La donación de Inmuebles art. 633. C.C.; Las señaladas en El art. 1.279 y 1.280 del C.C. cuando los contratantes se compelen a ello; El Seguro, (art. 5 L. Contrato de Seguro) ;Letras de Cambio, Cheque ; Sociedades cooperativas , asociaciones, fundaciones; Censo enfiteutico (art. 1628) ;Las del art. 52 Código de Comercio ;Capitulaciones; Las Ventas de Bienes Muebles a plazos .

Con respecto a estas ultimas diremos que el proyecto de Ley sobre Ventas de Bienes Muebles a Plazos, aprobado el 11 de Abril de 1997 por el gobierno, y pendiente de su aprobación por el Parlamento, que sustituirá a la ley de 1965, ha perdido la oportunidad de incluir alguna referencia a la formalización del contrato electrónicamente, con lo cual se les veda la vía electrónica, ya que se exige a estos contratos para que tengan fuerza ejecutiva su constancia en escritura publica o póliza intervenida por un corredor de comercio, lo mismo que a los contratos sobre leasing o arrendamiento financiero. Lo mismo que en las pólizas de crédito que deben estar intervenidas por fedatario publico, o fedatario mercantil para poder entablar la demanda ejecutiva. Y lo mismo que la Hipoteca (1.88o -C.C. que la somete a la Ley hipotecaria) para cuya validez se necesita Inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1875 C.C.).

La ley de Ordenación del comercio minorista 7/1996 , no impone forma determinada para los contratos de compraventa, realizados a distancia fuera de las señaladas por el código civil de comercio o por otras leyes especiales (art. 11).

Pero sus artículos 47, 11.2 , exigen llenar la forma escrita, y aunque no sea con carácter esencial esta prescripción y por tanto civilmente el contrato no quedaría

viciado , la propia ley contempla multa de 500.001 a 2.500.000,- de pesetas (art. 68-2) para los casos de incumplimiento.

Llama la atención que esta forma escrita no se asimile a alguna forma electrónica máxime cuando la venta a distancia se apoya en medios electrónicos esencialmente, como si hace la Directiva 97/7.

La Directiva 97/7 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia publicada el pasado 4 de Junio, que luego comentaremos, tampoco impone una forma específica para la venta a distancia fuera de la indicación de facilitar información escrita sobre el derecho de resolución , y las condiciones de rescisión, dirección geográfica, y los servicios posventa .

5. PRUEBA

Por otro lado jurídicamente es necesario constatar la voluntad declarada por medios electrónicos, reconociendo la validez de los caracteres del documento electrónico con un grado suficiente de eficacia. La criptología proporciona hoy el elemento básico para realizarlo, y en especial la Firma Electrónica, que permite articular las pruebas que determinan la integridad, autoría, y autenticación del documento.

Se hace pues necesario equiparar legalmente la firma electrónica a todos los efectos con la manuscrita , incluso dotarla de algún valor probatorio mas, ya que permite la integridad y autenticación del documento, cosa que no permite la analógica . Nuestro código civil se refiere a la firma, en los artículos - 688 testamento ológrafo; -Art. 1.223 escritura defectuosa , -Art. 1.225 Valor del documento privado suscrito. -Art. 1.226 obligación firmada impone a declarar sobre su autenticidad. Todos los cuales deberían tener su correlativo electrónico.

La firma electrónica responde ante el sistema informático por algo “que se tiene” en exclusiva como es la tarjeta con chip que realiza el algoritmo de encriptación con el software necesario; por algo que “se sabe” en exclusiva como es la clave privada del criptosistema de clave publica RSA. Puede complementarse con características biométricas es decir por algo “que se es” intrínsecamente.

El art. 45 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento administrativo Común incorporó el empleo y aplicación de los medios electrónicos en la actuación administrativa, de cara a los ciudadanos.

Para su regulación , el Real decreto 263/1996 de 16 de Febrero, indica que deberán adoptarse las medidas técnicas que garanticen la identificación y la autenticidad de la voluntad declarada, pero no hace ninguna regulación legal de la Firma electrónica.

El artículo 6 del Acuerdo EDI de la Comisión de las Comunidades Europeas , que determina la necesidad de garantía de origen del documento electrónico , tampoco regula la firma electrónica.

Que tampoco contempla la Directiva 97/7 CE, ni la ley 7/1996 al hablar de contratos a distancia .

La futura ley General de las Telecomunicaciones, parece ser, será quien regulara las Técnicas Criptográficas.

Aunque la política criptológica en algunos países se regula en Leyes de comercio como EE.UU. aunque antes tuviera tratamiento legal de munición, que aun conserva Francia.

En cualquier caso la OCDE, propugna activamente el desarrollo de políticas criptográficas y la no obstrucción a su establecimiento.

Algunos Estados de EE.UU. y Alemania ya han elaborado las primeras leyes sobre firmas electrónicas. Aunque en Alemania este en suspenso por un recurso de competencias legales planteado recientemente.

Y aunque jurisprudencialmente (STS .5-2-1988, ponente Ruiz Vadillo) , en base a que las relaciones de medios probatorios legales no son exhaustivas , se admita la aportación a juicio del documento electrónico, con tal que sea autentico, su obtención haya sido lícita, y se observe el principio de contradicción, se hace necesario dotarle de las condiciones necesarias para su irrefutabilidad.

6. REDES

Las redes con formatos y estándares de comunicación TCP/IP, en especial Internet y en general las nuevas tecnologías :

-como objeto del derecho producirán una regulación específica nueva.

Esta regulación jurídico positiva compromete en parte, y este es nuestro cometido, a la teoría general de los contratos y obligaciones; y a su cumplimiento con dinero electrónico así como a la valoración de la prueba de este nuevo hecho, donde la extensión de la red, determina el posible ámbito territorial de formación de la voluntad contractual.

-como instrumento del Derecho posibilitara la contratación electrónica independientemente de la ubicación de las partes y por tanto el nacimiento de derechos y obligaciones en una nueva dimensión, con una representación no solo textual o alfanumérica sino visual, pictórica, audible, etc. que hace que nos movamos a través de sonidos, imágenes, texturas, colores en definitiva información multimedia, hipertexto y realidad virtual, alejada de las presentaciones tradicionales o analógicas

7. SEGURIDAD

Pero toda esta infraestructura, es un eslabón sensible a errores y a la manipulación en la contratación, por lo que los datos de carácter personal y patrimonial, quedan expuestos. Para evitar esto, se van imponiendo políticas de seguridad, basadas en cortafuegos, autoridades certificadoras, y criptología, sin que exista todavía un estándar.

8. RESPONSABILIDAD

La contratación electrónica, implica, por otra parte una serie de contratos y servicios interpuestos, como alta en Telefónica, alta en Los "proveedores de acceso", alta en "servidores" o host que proporcionen los bienes o servicios en la red, nodos, router, etc, que determinaran las posibles responsabilidades jurídicas de cada uno.

9. ADAPTACIÓN NORMATIVA

El Código Civil por su depurada elaboración, ha resistido los embates del tiempo y las innovaciones tecnológicas, si acaso ahora con las nuevas tecnologías, en algún extremo concreto, necesite la intervención del legislador.

Nos referimos fundamentalmente a la:

- La firma electrónica y su equiparación con la manuscrita
- A la consideración de original y copia (todo son clónicos)

-A la forma desmaterializada ; que nos lleva a la conclusión de que el soporte de la contratación electrónica tendrá que ser digital.

-A la forma constitutiva y ad probationem

-Al “Acta publica” electrónica , y los protocolos notariales en soporte electrónico .

-A la regulación de la valoración de la prueba de medios electrónicos informáticos o telemáticos.

-A las terceras partes confiables ; autoridades certificadoras. En la idea de una red de confianza basada en una estructura jerárquica de certificación.

-A la esencialidad del mensaje donde las condiciones generales deben quedar perfectamente definidas sin romper el equilibrio entre las partes.

-El poder liberatorio del dinero electrónico .

10. LUGAR Y LEGISLACION APLICABLE

El lugar del contrato será donde se hizo la oferta a tenor del 1.262 del Código Civil, y siguiendo normas de Derecho Internacional Privado , la “lex rei sitae” del artículo 10 del Código Civil en sus cuatro primeros números .

Importante por cuanto con estas nuevas tecnologías , es perfectamente viable que se contrate desde el avión , buque , ferrocarril o automóvil quedando sometidos entonces a la ley del lugar de abanderamiento , matrícula o registro y siendo por carretera en el lugar donde se hallen.

Del mismo modo la norma de derecho internacional privado “locus regit actum” recogida en el art. 11, contempla en la nueva redacción excepciones como el sometimiento a la ley que rige el contenido, a la ley personal del disponente en actos unilaterales y a la ley común de los otorgantes ,o al lugar donde radiquen los inmuebles.

No obstante, lo habitual, en la contratación electrónica, será el sometimiento expreso a una legislación y jurisdicción determinada. (art. 10-5 del código civil) (art. 57 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el art. 63 de la L.E.C. se dan reglas para los otros casos.

En el plano internacional fuera de nuestro Código Civil, el convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 , en defecto de pacto rige la relación o “vínculos mas estrechos”, para la determinación de la legislación aplicable;

El Convenio de Bruselas art. 5 determina como tribunal competente el del lugar en que debiere ser cumplida la obligación, etc.

11. EFECTO TRANSNACIONAL, ALDEA GLOBAL

Pero la eficacia normativa , en un plano global determinado por Internet, es muy discutible . Constituyendo el efecto “aldea global”, o efectos transnacionales, que provocan la aparición de paraísos informáticos, que demandan urgentemente una solución legal.

La directiva 97/7/CEE , sobre protección de los usuarios en materia de contratos a distancia en su art., 12.2 indica que “Los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente directiva por la elección de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vinculo estrecho con el territorio de uno o mas estados miembros” . Introduce una protección contra la exclusión voluntaria a la ley aplicable al contrato , e INSTA el desarrollo(C21), de procedimientos fiables EXTRAJUDICIALES eficaz para la tramitación de RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS, en línea con el “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior” publicado por la comisión el 14 de Febrero de 1996.

Se deja para estudio posterior la viabilidad de la cuestión de las RECLAMACIONES en la venta a distancia se de. (ART. 17), sin indicar ningún procedimiento .

Independiente de la cuestión de la nulidad del contrato que conllevaría esta conducta por contraria al orden publico según el art. 6.2 del Código Civil o por realizarse en fraude de ley Art. 6.3. o 12.4 C.C. El hecho es que, el efecto seria difícilmente perseguible, por no decir imposible en un contrato celebrado y cumplido en país distinto por voluntad de las partes.

Como por ejemplo:

-La venta de la publicación electrónica de la biografía de Mitterrand por su medico desde un servidor de Internet fuera de Francia para eludir la prohibición de publicación, que fue un éxito.

-La compra en Internet de fármacos prohibidos, como la hormona melantonina o sematropina de crecimiento o de cualquier clase sin receta. Publicado el 15-5-1997 por el diario "Cinco Días" y recogido por el diario "El País" 16-5-1977.

-O como en España ,El 26 de Mayo de 1997 , que Sanidad ha incautado dos productos milagro (Friatroy contra el SIDA y el cáncer y Life Plus reguladora de la glucosa y colesterol) que se producían en un laboratorio en Ibiza y vendían desde Miami (EE.UU.) a través de Internet . Los anuncios de venta en Internet, contravenían la normativa sobre sanidad y publicidad de medicamentos Española, así como la ley 25/1990 de 20 de Diciembre del Medicamento que impediría la venta a distancia (venta indirecta) . Así mismo la directiva 92/28/CEE del Consejo de 1 de Marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DO n°. L113, de 30-4-1992) que prevé prohibiciones en materia de medicamentos. etc.

-O el caso, publicado en el país el 9 de Junio de 1997 de la secta religiosa con sede en Suiza denominada "Rael" que oferta a través de Internet para cualquier país del mundo , la venta del servicio de clonación para parejas estériles humanas. Donde La clonación la realizaría la empresa Valiant Venture Ltd. con sede en las Bahamas EE.UU.

Muchos países no disponen de leyes propias sobre aspectos ligados a la biomedicina . Así el pasado 11 de Marzo de 1997 la asamblea del Consejo de Europa instó al comité de Ministros para que el futuro protocolo sobre la protección del embrión humano prohíba la clonación humana y el 4 de Abril de 1997 en Oviedo una quincena de países firmo el Convenio Internacional sobre Derechos humanos y Biomedicina , destinado a proteger a las personas contra posibles abusos en las distintas aplicaciones biológicas y medicas , al cual podrán sumarse el resto de los cuarenta países del Consejo de Europa y otros ; el reciente Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo (Julio 97) sobre productos obtenidos a partir de seres vivos , excluye la posibilidad de clonación reproductiva de seres vivos. Pero CON QUE SOLO HAYA UN PAIS que no asuma la regulación internacional, permitirá una actividad o contratación ilegal a través de Internet con efectos en los demás países.

Como soluciones, se piensa en un derecho Global, pero no es fácil. Así se ha demostrado en el caso de la protección de los derechos de autor, donde no solo las industrias sino los diferentes gobiernos están divididos, como patentizo la conferencia de Ginebra. Así mientras Estados Unidos primer exportador de propiedad intelectual apoya la protección de derechos de autor, los países en vías de desarrollo, accesibles a través de Internet, no tienen el menor interés en defender copyrights extranjeros.

Otra solución puede venir de dentro de la propia técnica surgiendo así otro modo de regular, que la industria impondrá, ante las dificultades de encontrar una solución legal.

Así se está ensayando con distintos fines la introducción de “Chip,s” en las obras multimedia; o para controlar la información como : el Chip V ; o los de cifrado como el EES. KES.Capstone ; o el chip Clipper; o el “software” especializado como los PICS (Plataforma para la Selección de Contenido) que permite a cada usuario crear su propia lista de contenidos con accesos codificados. Pero en estos casos se necesita cooperación y en el caso de acciones ilícitas se trabaja desde el anonimato, perjudicando seriamente la parte de negocio legal de la red.

A nosotros nos preocupan soluciones de este tipo, fuera de un control legal. Pero como decimos, existe escepticismo en las soluciones legales, dentro de Internet con la afirmación de que no se pueden poner “puertas al campo”

Así la “Ley de reforma de las comunicaciones” (ley de decencia, para prohibir pornografía) que el presidente Bill Clinton firmó con un bolígrafo electrónico sobre una pantalla de cristal líquido el 8 de Febrero de 1996, en un diálogo interactivo con el ordenador de la Biblioteca del Congreso, hoy está recurrida por la Asociación de Derechos Civiles de América, por el atentado que supone a la “libertad de expresión” como así mismo ha sido objeto de una enmienda la prohibición de dar información sobre el aborto, por cuanto este está legalizado y reconocido. Provocando reacciones solidarias.

Hasta ahora Internet parecía despertar sentimientos de cooperación, nosotros nos preguntábamos si ¿sería el espíritu caballeroso que anima a los pioneros?, o si ¿verdaderamente se estaría creando un espacio común altruista a respetar por todos? .

En este sentido, Pérez Luño (1996) “ ve que las redes de telecomunicaciones pueden producir un movimiento solidario basado en la respuesta a

las utilizaciones indebidas en la red, y así mismo la solución a problemas de uso de la red puede producir reglas consuetudinarias alejadas de la dimensión coactiva de las normas estatales y mas próximas a su acatamiento por convicción,” (Colom y Van Bolhuis 1995).

No obstante creemos que la solución está en establecer con prontitud normas positivas de regulación de la contratación electrónica , desde una óptica comunitaria y global, pero con respeto a la diversidad de culturas e intereses nacionales .

La economía ya ha alcanzado un nivel de globalización muy importante. La comunidad científica también. Esperemos que pronto lo consiga la regulación jurídica y así evitaremos que la red albergue esos “paraísos informáticos” en donde se pueda burlar las regulaciones legales a través del “servidor” instalado en un ámbito no sujeto a esa legislación restrictiva y poder sancionar estas acciones transfronterizas.

12. COMENTARIO DIRECTIVA 97/7

La reciente Directiva 97/7 de 20 de Mayo 1997 RELATIVA A LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA (DOCE L 144/19 de 4 de 6- 1997) constituye la primera regulación que afronta la venta a distancia con carácter específico y donde se menciona expresamente el correo electrónico y por tanto una forma de contratación electrónica, aunque sin contemplar las herramientas de última generación, ni las cuestiones fundamentales de la contratación electrónica. Mas preocupada por las técnicas telefónicas y bajo catalogo.

-La Directiva, DEFINE los contratos negociados a distancia (c9) en el (art. 2): como los que se celebran utilizando técnicas de comunicación a distancia sin presencia física simultánea, entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios en el marco de un sistema de ventas o prestación de servicios organizado por el proveedor .

-Destaca la indicación de “sin presencia física simultánea”, también recogida en nuestra ley 7/96, art. 38 , ya que alguna reciente sentencia considera que la conversación por teléfono se asimila a presencia, concepto que algunos autores de origen informático, quieren también ampliar , a nuestro entender erróneamente, a la simultaneidad y contemplación que determina la video-conferencia.

La presencia o ausencia entendemos se debe referir siempre a la parte corporal orgánica, que es lo que caracteriza estos contratos.

La Directiva (art. 3) EXCLUYE de esta consideración los contratos sobre:

- servicios financieros;
- distribuidores automáticos
- con operadores de telecomunicaciones para utilizar teléfonos públicos
- los referentes a Bienes Inmuebles excepto el arriendo;
- subastas.

y Excluye parcialmente de la aplicación de los artcs. 4, 5, 6, apt1-7 sobre información y derecho de resolución) , los -productos alimenticios ;-bienes de consumo corriente y los de alojamiento, transporte y esparcimiento.

-Nos parece correcta la no exclusión de estos últimos productos del resto del ámbito de la directiva , pues su formalización sigue siendo mediante técnicas a distancia, lo que nuestra ley erróneamente no recoge, pero que en cambio amplía la exclusión a los productos a medida.

-Lógicamente esta excluido también el comercio al mayor, (business to business) y otras modalidades de comercio , ya que lo que se pretende con la directiva es la protección de los consumidores finales, sobre todo contra envío de mercancía o prestación de servicios no encargados y contra métodos agresivos de venta.

COMO CUESTIONES A DESTACAR ESTÁN :

- El DERECHO DE RESOLUCIÓN, en un plazo mínimo de siete días a contar desde la recepción, sin penalidad ((c14), (art. 6) y art. 44).

Sin perjuicio de los derechos ya existentes, frente a productos y servicios deteriorados, o que no correspondan a la descripción de la oferta.

-La falta de contacto real con el producto o servicio a la hora de contratar, fundamenta este derecho de rescisión.

-La ley 26/1984 de 19 de Julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Art. 10.1.c , al contemplar la venta por correo , considera como cláusula no abusiva el derecho de resolución, lo que entendemos extrapolable al contrato a distancia.

Tiene EXCEPCIONES este derecho como (ART. 6-3 d): el acuerdo, las fluctuaciones de coeficientes, los encargos, o los que puedan ser copiados -como los programas-, o pierdan la actualidad, o las lotería y apuestas.

-Estas excepciones serán efectivas “salvo pacto en contrario” .

Otro capítulo Muy Importante en la “Venta a Distancia” es la INFORMACION .

-Aunque estas técnicas a distancia pueden favorecer la exhaustividad en la INFORMACION frente a los métodos analógicos, lo cierto es que la ausencia corporal de la persona y del bien exige garantizar un mínimo de información, por la falta de la información añadida que proporciona la inmediatez física.

Hay obligación de informar al consumidor del derecho de resolución: (art. 5 -1 de la directiva) y (art. 47-c) ; de la directiva y de los Códigos de Conducta existentes, art. 16.

Además, con carácter previo, se informará (art. 4) , mediante cualquier medio, en forma clara y sujeta a la buena fe y respeto a los menores (incapaces) de la:

- a) Identidad del proveedor (domicilio si hay pago adelantado).
- b) Características esenciales del bien o servicio.
- c) Precio.
- d) Gastos de entrega.
- e) Modalidades de pago, entrega o ejecución.
- f) Derecho de resolución.
- g) Coste de utilización de la técnica de comunicación.
- h) Plazo de validez de la oferta y i) duración mínima.

- La obligación de indicación del coste de la técnica de comunicación, es acertada , en contra de nuestra Ley de Ordenación del comercio minorista que dispensa de ello cuando “es evidente”, y que tampoco indica la duración mínima del contrato cuando sea necesario.

Por último hay obligación de (art. 5) confirmar, por escrito, la información referente a la identidad; al derecho de resolución; a la dirección geográfica; al servicio posventa y a las garantías comerciales.

-Nos parece correcto que se permita su cumplimiento no solo por escrito sino con técnicas digitales, al expresar ...”mediante cualquier soporte duradero” como puede ser un CD ROM. Lo que no contempla nuestra L.O.C.M. que la exige por escrito solamente.

-La exigencia de expresar la dirección del establecimiento debería completarse con la del domicilio social , la del e-mail y la del “Web site” , pues puede darse el caso en Internet, que no se tenga establecimiento, como los vendedores “on line” .. Nuestra ley (en el art. 47) , no así la Directiva (art. 4 y 5) , determina que se de también la dirección del domicilio social del proveedor.

-Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en este tipo de contratos , se exige la información sobre el servicio pos venta y garantías comerciales . En cambio nuestra ley no lo hace , fuera de la consideración general de seis meses y la necesidad de establecer un servicio técnico, expresada en el art. 12.

-Toda exigencia de la mayor cantidad de información , es deseable , por la “esencialidad” de los mensajes, en la contratación electrónica ,que provoca, que las condiciones generales, no llegue a conocerse, o sea impuesta por el proveedor.

En este sentido La ley de consumidores 26/1984 en su artículo 10 determina que las cláusulas de carácter general, deben ser claras .

Para la publicidad y marcado habrá que tener en cuenta también el Decreto 2.807/72 de 15-9-72 y la Ley de Consumidores 26/1984, artículos : 10 ; 11; 13 ; 15 y 22

-Estamos de acuerdo en acrecentar la buena fe en estas transacciones y proteger a los menores, incapaces.

-El incumplimiento de estos requisitos de información y documentación serán sancionados por vía del art. 64-h, 65-1.ª y art. 68 de nuestra ley .

-La potencia de las técnicas multimedia (realidad virtual) exige una prevención específica frente a la posibilidad de que puede inducir a contratar por la confianza en ella depositada mediante publicidad que puede considerarse engañosa. A lo que habrá que tener presente la Directiva 84/450 CEE sobre publicidad engañosa y concordantes.

En este sentido aunque en un caso de documentación escrita (analógica) la reciente sentencia del TS sala 1 de 8 de Noviembre de 1996 ha condenado a la entrega de lo anunciado en folletos de propaganda. Lo que puede predicarse para la información en Internet, quedando para ejecución de sentencia la determinación de la prestación sustitutoria de no poderse llevar a efecto la prestación específica.

Para los Ficheros con fines de publicidad usados en esta contratación también se tendrá en cuenta el (Art. 29),de la LORTAD 5/1992 que restringe la fuente del dato a los accesibles al publico o facilitados por el interesado.

-En cuanto a la INTIMIDAD

-La directiva reconoce la defensa de la intimidad y La protección a la vida privada según los artcs. 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 11-50. señalando que los que no deseen ser contactados puedan ser protegidos de forma eficaz .

-Hoy las empresas están renovando las formas en que se dirigen al mercado, con un nivel de eficacia y procesamiento de la información impensable hace muy poco.

El procesado de esta información y los perfiles consecuentes deben atenerse a la normativa existente, permitiendo el derecho de control efectivo, por el consumidor de la información que le concierne y de la que quiera recibir.

En el sentido del -Art. 18.4 C.E. -Art. 1 y Titulo III de la LORTAD ; y el R.D. 1.332 /20 en su desarrollo. Con la salvedades del art. 7 - y las matizaciones del art. 15 de La Directiva 95/46/CE de 24-10-95 de tratamiento de datos personales , que permite la decisión que se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato a instancia de la parte .

El Art. 39.3 de nuestra Ley OCM 7/1996, aunque considera el nombre apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al publico en los términos de la LORTAD 5/1992 , hay que considerar el Padrón como fichero de titularidad publica art. 3.b. Regulado por la ley 4/1996 de 10 de Enero, y debe considerarse confidencial .

El censo electoral participa de esta confidencialidad , así el art. 41 -2 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de Junio , del Régimen Electoral General determina que queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral , lo que ha provocado que este 39.3 de Nuestra Ley OCM esté recurrido en el T. Supremo por el expresado conflicto con la ley electoral respecto al carácter que se da a esta información.

Del art. 10 de la Directiva se deduce la prohibición de publicidad por fax , por correo electrónico o telefonía automática, no pedida, al imponer la necesidad de autorización previa .

El PLAZO máximo DE EJECUCIÓN del contrato se establece en treinta días, (art. 7) (art. 43). Si se agota el producto, se devolverán las cantidades si no se ha especificado un cumplimiento sustitutorio.

-La difícil comprobación por el usuario de la disponibilidad o no del producto , deja en manos del comerciante el cumplimiento con un producto u otro alternativo si así se ha previsto, pues el art. 11-3,a no prevé en este caso la inversión de la carga de la prueba.

Piénsese que el alcance de la oferta en Internet por su carácter global puede tener una respuesta altísima que tiene que ser previsto en la oferta .

Fomenta la vía paccionada de CODIGOS DE CONDUCTA, (C18)para la protección de los consumidores en el sentido de la Recomendación 92/295/CEE relativa a códigos de conducta

LEGITIMA (art. 11) a Organismos públicos y Organizaciones de Consumidores o profesionales con interés legítimo a velar por la aplicación de la Directiva.

INSTA el desarrollo(C21), de procedimientos fiables EXTRAJUDICIALES eficaz para la tramitación de RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS, en línea con el "Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior" publicado por la comisión el 14 de Febrero de 1996.

Tiene presente la problemática de los EFECTOS TRANSNACIONALES art. 12-2 y paraísos informáticos, considerando (c22) que existe el riesgo de que la protección d la presente directiva , puede desaparecer .."...designando como ley aplicable al contrato el Derecho de un país tercero, cuando presente vínculos con uno o mas Estados miembros;" que por tanto es conveniente establecer disposiciones encaminadas a evitar dicho riesgo.

Contempla las PROHIBICIONES DE COMERCIALIZACION de determinados productos y servicios, especialmente en materia de medicamentos.

A tener en cuenta la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de Marzo de 1992, relativa a la publicidad de medicamentos para uso humano.

Permite la anulación de un PAGO cuando se haya efectuado mediante la utilización fraudulenta de la tarjeta.(art. 8)

--Pero desconoce el resto de los distintos tipos de pago con dinero electrónico.

-Es acertado proteger la utilización del n°. de tarjeta del cliente, sin el consentimiento del usuario.

En cualquier caso, la reclamación se hará sobre los oportunos justificantes de compra, no sobre el estado de la cuenta bancaria del titular.

Penalmente , el art. 239 de Ley Organica 10/1995 del Código equipara las tarjetas magnéticas o perforadas a llaves falsas.

-La sustracción de la tarjeta y uso fraudulento por un tercero, civilmente podría tipificar una culpa concurrente y exigir por mitad la responsabilidad, por un lado del titular de la tarjeta al no comunicar su robo o pérdida y por otro del establecimiento que la carga sin comprobar la firma.

Para ello se tendrá en cuenta que la reclamación se hará sobre los oportunos justificantes de compra, sin que otro tipo de anotaciones en cuenta sin el correspondiente reflejo documental tenga virtualidad al efecto de la reclamación.

Penalmente , el art. 239 de Ley Organica 10/1995 del Código equipara las tarjetas magnéticas o perforadas a llaves falsas.

No hay obligación de devolver El SUMINISTRO NO SOLICITADO (art. 9), la aceptación tácita no se permite.

-Contemplado en nuestra ley en el art. 41 Ley 7/1996.

-En este caso se preserva al usuario de la coacción que puede significarle el enviarle un producto sin que se haya pedido . Constituiría una donación a efectos

jurídico-civiles , aunque en algunos casos no se perfeccione si hay devolución y no aceptación .

En caso de error evidente del envío, se guardara, un mes, a disposición del vendedor. Teniendo que ser indemnizado en un 10 por ciento del valor de venta, o hacerlo suyo en caso contrario.

Reconoce en el considerando 22 la dificultad de dominar la técnica necesaria para este tipo de contratación a distancia, recomendando que la CARGA DE LA PRUEBA de la información previa pueda recaer sobre el proveedor.

IMPORTANTE es que el 113-b permite adoptar medidas para que el proveedor y operador de la comunicación , cuando puedan hacerlo , cesen las practicas contrarias a la Directiva.

Son (art. 12) IRRENUNCIABLES estos derechos .

Se da tres años como máximo, para la APLICACION (art. 15).

La cuestión de las RECLAMACIONES en la venta a distancia se dejan a estudio de su viabilidad . (ART. 17), sin indicar ningún procedimiento .

Ni la DIRECTIVA ni la ley contempla garantías del cumplimiento mediante FIANZA O un resarcimiento económico. Entendemos que considera suficiente el derecho de desistimiento para los casos en que no se corresponda el producto con las expectativas despertadas, pero en caso de incumplimiento de la obligación el perjuicio para el proveedor recaerá en la pérdida de su fama o confianza.

No contempla el caso de que el proveedor pueda ser directamente el fabricante, lo que en estas ventas telemáticas, es muy factible. Nuestra ley sí contempla la venta directa.

La Directiva tampoco indica la necesidad de estar autorizados e inscritos para estas ventas, lo que se indica en nuestra ley de competencia de la Comunidad Autónoma, y cuando el ámbito sea Nacional del Ministerio de Comercio y Turismo. Pero hasta tanto se habilite un registro, habrá que estar a la norma del procedimiento administrativo común Ley 30/1992 de 26-11 y al Real Decreto 1778/1994 .

13. EPILOGO

Las leyes autonómicas y nuestra ley 7/1996 de 15 de Enero de ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA cuando se transponga la Directiva deberán reformarse y adaptarse , y entonces podría contemplarse mas específicamente la contratación electrónica .

Como así se hizo en la Orden de 22 de Marzo de 1996 aplicando lo ya contemplado en la ley del IVA 37/92 , y RD 80/96 que la modifica, con la factura electrónica, y su registro electrónico, importante decreto por cuanto legaliza el EDI.

Sin que quepa EXAGERARSE LA SEGURIDAD JURIDICA, en estas ventas que por lo general serán ínfimas, debe mantenerse la buena fe y la confianza en el sistema.

Señalamos, para terminar, la desigualdad social y dependencia creciente en la contratación electrónica, a tener o no acceso a estas nuevas tecnologías y a su correcto funcionamiento.

La avería telefónica el 10 de Octubre de 1966, en la red UNO al implantarse un nuevo software dejando sin servicio en España a bancos y cajas e interrumpiendo el mercado interbancario; O el caso del incendio de la sede Central del Credit Lyonnais en Francia dejando sin sistemas informáticos e inoperante a la institución financiera, nos da buena prueba de ello.

Se impone la sensibilización del jurista ante los progresos técnicos, en orden a regular esta nueva situación.

Y aunque sin compartir la total obsolescencia de la cultura alfabética que predica Bill Gates, sí debemos darnos cuenta de que algunas soluciones válidas para una cultura analógica no son extrapolables a una cultura digital.

