

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ARROYO APARICIO, Alicia: *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, 414 pp.

En los Considerandos de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se califica como indispensable el hecho de que los consumidores puedan dirigirse a una empresa fuera de su país para el buen funcionamiento del mercado interior y se destaca el papel que desempeña en este ámbito el desarrollo de las nuevas tecnologías como vía que permitirá a los consumidores conocer las distintas ofertas que se realicen en la Comunidad. Los contratos a distancia constituyen por ello hoy día una de las principales modalidades de comercialización de productos y servicios. En nuestro ordenamiento, las ventas a distancia estaban reguladas desde 1996 en la Ley de 15 de enero de ordenación del comercio minorista. La publicación en 1997 de la Directiva citada hacía necesaria la revisión de este régimen, que hasta la publicación de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSICE) en el año 2002 podía considerarse además como el régimen aplicable a la contratación electrónica. Hasta ahora se han publicado en España algunos estudios sobre la materia, aunque nuestro panorama doctrinal adolecía de un estudio completo de los problemas jurídicos que plantean este tipo de contratos, que no se limitan sólo a los aspectos regulados en la normativa de comercio interior.

La monografía de Alicia Arroyo, profesora Titular de Escuela Universitaria de la UNED, que toma como base el trabajo realizado en su tesis doctoral, ofrece una completa actualización de la literatura jurídica nacional en esta materia. La novedad más importante de esta obra reside en su elaboración de acuerdo con la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias. La tesis fue dirigida por el Profesor don Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED, quien elabora también el Prólogo de esta obra, destacando la importancia de la materia y su indudable oportunidad.

La obra se divide en ocho capítulos en los que se abordan los problemas que suscita el tema objeto de estudio, que se enmarca en el ámbito de la protección de los consumidores. El *sistema de fuentes* y el *ámbito de apli-*

cación son objeto de investigación en los cuatro primeros capítulos. El primero se centra en el análisis de la Directiva 97/7/CE y en el examen de las normas de transposición de otros Estados miembros. Las conclusiones a las que llega la autora aportan importantes referencias para realizar a continuación un exhaustivo análisis de la problemática que plantea en nuestro ordenamiento esta regulación, que se extiende no sólo a los preceptos específicos que regulan las ventas a distancia en la LOCM, sino también a las disposiciones generales de esta norma que inciden en los contratos a distancia. La importancia del ámbito de aplicación (al que se dedican los capítulos II, III y IV) queda fuera de duda, ya que de su adecuada delimitación (tanto en sus aspectos subjetivos como objetivos) dependerá que las normas puedan resultar o no aplicables a determinados sujetos o a determinados actos. Los capítulos restantes tienen por objeto tratar las especialidades que se exigen en cuanto a la *formación del contrato* (capítulo V) y a su *ejecución* (capítulo VII), así como aspectos específicos que surgen en aquellos contratos celebrados con consumidores, como el *suministro de bienes y servicios no solicitados* (capítulo VI) y el *derecho de desistimiento* (capítulo VIII).

Parte la autora de un presupuesto previo, importantísimo en el análisis de cualquier materia jurídica que tenga que ver con la adaptación de las normas europeas: la eficacia interpretativa de la Directiva 97/7/CE respecto a los artículos 38-48 LOCM y su DA 1.^ª Aunque el resultado de la adaptación ha sido a nivel normativo la reforma LOCM, parece que hubiera sido más oportuno elaborar una nueva ley, al objeto de obtener una regulación más abreviada de la materia, así como una adecuada delimitación del ámbito de aplicación. Tras la exposición del contenido básico de la Directiva y de su tramitación, se ponen de manifiesto otras cuestiones relevantes desde la óptica del Derecho comunitario que no conviene olvidar: 1.º que la transposición debe llevarse a cabo por todas las administraciones públicas, y 2.º que el incumplimiento del plazo de transposición genera la responsabilidad del Estado, que en nuestro caso ha sido reconocida por el TJCE en su sentencia de 28 de noviembre de 2002. Para poder tratar con una amplia perspectiva la regulación española en esta materia, resulta muy útil el acercamiento a las legislaciones europeas que ya habían transpuesto la Directiva (Bélgica, Italia, Austria, Alemania, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal y Francia).

El análisis de la regulación de los contratos a distancia en el Derecho español obliga a examinar previamente el marco normativo en el que esta materia se inserta: la LOCM. Así, es necesario tomar en consideración las disposiciones constitucionales que afectan a la materia comercial (en especial, las que se refieren a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior) y las que determinan el ámbito de aplicación LOCM (art. 1) que se basa en la utilización de criterios subjetivos, a diferencia del artículo 2 del CCO. La venta a distancia, en este marco concreto que disciplina el comercio minorista, debe calificarse como una venta especial, aunque esta categoría no aparece definida en la Ley. Las disposiciones que regulan las ventas a distancia en la LOCM tienen un indudable carácter imperativo (art. 48), que se concreta en la irrenunciabilidad de derechos por parte del consumidor. A este respecto, la Directiva prevé (art. 12.2) el posible fraude a la imperatividad de estas normas si se elige el Derecho de un país tercero. El régimen supletorio aplicable a los contratos a distancia es el establecido en el Código civil, sin perjuicio de

la aplicación del artículo 85 del CCO. Por otra parte, es necesaria la integración de las normas que regulan los contratos a distancia con el resto del ordenamiento (Código de comercio, Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, Ley general de publicidad, Ley de condiciones generales de la contratación y Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico).

En el capítulo II, que se dedica a analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación sobre contratos a distancia, se pone de relieve que la delimitación que establece la Directiva (referida al campo estrictamente del consumo) contrasta con la que figura en la normativa española. Esto plantea importantes problemas en cuya solución desempeña un valioso papel el efecto interpretativo de la Directiva. Un instrumento que aporta gran utilidad a la autora para llevar a cabo este análisis, es tratar las distintas nociones de consumidor que se manejan en las normas de Derecho comunitario. Sin olvidar que la delimitación de esta noción resulta siempre problemática, concluye que es diferente según la finalidad concreta de la norma que se estudia. Y ello se deduce no sólo del atento estudio de las distintas disposiciones sino también del riguroso análisis de la jurisprudencia del TJCE en los diferentes asuntos en los que se ha pronunciado (que tiende a ofrecer un concepto estricto de consumidor). El análisis de este aspecto en el régimen interno obliga a partir de la noción de consumidor que ofrece la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU). Esta norma utiliza una expresión clave con la que se identifica al consumidor («destinatario final»), entendido en relación con el mercado. Entiende la autora que aportaría uniformidad y claridad que las normas respetaran la noción contenida en la LGDCU (efectuando la oportuna remisión) o delimitando la noción en los propios textos. Un ejemplo de lo primero lo constituye la propia normativa sobre contratos a distancia, ya que el artículo 48.1 LOCM se remite en este aspecto a la LGDCU. Como contraparte, en los contratos a distancia, el consumidor se encuentra frente a un «profesional». La imprecisión LOCM dificulta su delimitación (en concreto, la posible inclusión de los profesionales liberales), aunque la Directiva, que ofrece un concepto amplio, califica como proveedor a toda aquella persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional.

La cuestión del ámbito objetivo de aplicación exige un importante esfuerzo de análisis. De una parte, porque han de diferenciarse claramente aquellos contratos a distancia que quedarían incluidos en la regulación legal (capítulo III) y aquellos que quedarían excluidos (capítulo IV). Respecto a los primeros, se ponen de nuevo de manifiesto las importantes diferencias entre la regulación nacional (LOCM) y la Directiva comunitaria. Realizando una interpretación conjunta de ambas normas, el estudio de la profesora Alicia Arroyo llega a importantes conclusiones, entre las que cabe destacar las dos siguientes: 1.^a que aunque la base de las ventas a distancia es el contrato de compraventa según la LOCM, esta noción se puede entender a otros contratos, pudiendo así quedar incluidos el contrato de compraventa, el arrendamiento de servicios, ciertos contratos de suministro, el arrendamiento de inmuebles y el arrendamiento de obra, y 2.^a que pueden ser objeto de un contrato a distancia bienes muebles o inmuebles y los servicios. Para una completa delimitación del ámbito objetivo de aplicación, es necesario fijar las diferencias entre los contratos a distancia y los contratos que se celebran

fuera de establecimientos mercantiles (Ley 26/1991, de 21 de noviembre). A pesar de la existencia de ciertas notas comunes, la finalidad de ambas normas es distinta, pues responde a diferentes situaciones (la situación de distancia, en el caso de estos contratos, y la situación de «sorpresa» en el caso de contratos fuera de establecimiento). Esta distinta finalidad de la normativa influye en una diferente caracterización de las figuras contractuales. Como supuesto que puede plantear un posible conflicto en cuanto a la aplicación de una u otra norma, estudia la autora el de los contratos que se celebran sobre catálogo, utilizando para ello distintos supuestos de hecho que la obligan a catalogar esta técnica como un «supuesto mixto» que podría quedar sometido a la regulación contenida en la Ley 26/1991.

El artículo 38 LOCM tipifica expresamente algunas exclusiones del régimen legal de los contratos a distancia. La profesora Arroyo ofrece una clasificación aclaratoria de este régimen, distinguiendo entre exclusiones totales (al quedar excluidas completamente del ámbito de aplicación) y exclusiones parciales (al quedar excluidas de la aplicación sólo algunas disposiciones concretas). Utilizando este esquema, desgrana el significado de cada una de éstas, advirtiendo previamente que su número difiere del establecido en la Directiva. Entre las exclusiones totales, dedica una especial atención a los contratos relativos a bienes inmuebles. En primer lugar, se aprecia que en la LOCM se han excluido los contratos relativos a la construcción de inmuebles, pero se dispone que los de arrendamiento sí están incluidos (DA 1.^a). Se puede calificar como una exclusión por razón del objeto, aunque con un alcance distinto al de la Directiva 97/7. Entre las exclusiones parciales, merecen ser destacadas aquellas que se refieren al ejercicio de actividades relacionadas con el sector turístico: a los contratos de suministro de alojamiento, transporte, comidas y actividades de recreo.

Especial importancia tiene el análisis de las peculiaridades que se presentan respecto a la formación del contrato. La autora incorpora a su estudio las más recientes novedades legislativas en este aspecto, como son las modificaciones que la LSSICE ha introducido en nuestros Códigos civil y de comercio (arts. 1262 y 54, respectivamente). Aunque la forma en que el legislador ha abordado la reforma adolece de ciertos defectos, la profesora Arroyo realiza una acertada interpretación de estos textos. Entiende que en realidad se mantiene el criterio del Código civil (*teoría del conocimiento*) aunque parece acercarse a la *teoría de la recepción* en el caso de que se considere que hay consentimiento cuando el oferente no pueda ignorar la aceptación remitida por el aceptante sin faltar a la buena fe. Para determinar la perfección de los contratos electrónicos, se sigue también un criterio único en los dos códigos. Al contrato a distancia (ante el silencio LOCM) le son también aplicables estas reglas.

En el estudio de la oferta contractual de un contrato a distancia deben integrarse las exigencias de información previa que se recogen en el artículo 40 LOCM. El contenido de la misma (que puede variar en función del medio de promoción que se utilice –vía electrónica o vía telefónica–) viene exigido por el apartado 1 de esta disposición (pudiéndose distinguir entre aquella información necesaria para que la oferta pueda ser considerada como suficiente y aquellos otros datos que no son esenciales). Un supuesto específico lo constituye la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales. Su importancia en materia de contratos a distancia deriva de que la información previa puede suministrarse a los consumidores a través de

condiciones generales. Así pues, el Real Decreto 1906/99 de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, podría resultar también aplicable, a pesar de las confusiones que genera, a los contratos a distancia.

La regulación de los contratos a distancia contiene también ciertas especialidades en lo que respecta a su ejecución. En primer lugar, se impone al empresario que desarrolla esta actividad a distancia el deber de entregar al consumidor cierta información (por escrito o en soporte duradero) a la ejecución del contrato. Este aspecto obliga a diferenciar esta obligación de la de entregar al consumidor, con carácter previo a la celebración del contrato, la información a que se refieren los artículos 39 y 40 LOCM. Como referente, se puede tomar la definición de «soporte duradero» que ofrece la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, sobre comercialización a distancia de los servicios financieros, en la que cabe incluir disquetes, CD-ROM, DVD y disco duro. El incumplimiento de este deber de información generará una sanción de carácter administrativo (al ser calificada como infracción grave) y otra de carácter civil (ampliación del plazo de desistimiento).

La principal obligación que debe cumplir el empresario para conseguir un adecuado cumplimiento del contrato a distancia es la de entrega del producto o prestación del servicio. El artículo 43 LOCM fija para ello un plazo máximo de treinta días a partir de aquel en que el consumidor haya comunicado el pedido, que puede no ser aplicable si las partes han pactado otro distinto. El hecho de que en la LOCM no se hayan previsto las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, exige analizar el juego del derecho de desistimiento por parte del consumidor. Al tratar la obligación de entrega desde la óptica del objeto de la misma, la autora pone de manifiesto algunos problemas importantes: 1.º que no se ha tratado en la regulación de las ventas a distancia la cuestión del derecho de desistimiento en los supuestos de suministros periódicos, y 2.º que la LOCM, siguiendo lo establecido en la Directiva, contempla algunos aspectos (indisponibilidad del bien o del servicio y sustitución del objeto del contrato) sin haber valorado realmente cuáles son las consecuencias de haber procedido a su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. De otra parte, la principal obligación que asiste al consumidor, es la de pagar el precio. Las especialidades que se presentan en el cumplimiento de la obligación por la regulación contenida en la LOCM, afectan a diferentes aspectos. En primer lugar, a la cuantía (que incluye además del precio en sentido estricto, impuestos y gastos); en segundo lugar, a las circunstancias del pago (que parece admitir los pagos anticipados) y en tercer lugar al medio de pago utilizado (que se refiere exclusivamente al pago mediante tarjeta).

El capítulo VII, relativo a las especialidades que afectan a la ejecución del contrato, se completa con el estudio de un aspecto al que no se refiere la LOCM de forma expresa: la transferencia del riesgo. Para su análisis, la profesora Arroyo se basa en el texto de otras normas comunitarias y nacionales (como la Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles), concluyendo que el consumidor debe responder del deterioro fortuito que tenga lugar durante el plazo del ejercicio del derecho de desistimiento.

Una de las especialidades más importantes que contempla el régimen jurídico de los contratos a distancia es la prohibición de suministrar bienes o servicios no solicitados. Esta materia se trata por la autora en esta monografía de forma autónoma (cap. VI). Para su análisis parte de su califica-

ción como una práctica abusiva basándose la protección frente a ella en la presión psicológica que se ejerce sobre el destinatario y en cuestiones de competencia. Tras el estudio de esta prohibición en el Derecho comparado y en el Derecho comunitario (art. 9 Dir. 97/7/CE), se aborda su tratamiento en el nuevo régimen contenido en la LOCM (arts. 4 y 42). El incumplimiento de esta prohibición, además de generar sanciones administrativas y de orden civil, tiene un importante efecto jurídico: que al calificarse el envío no solicitado como un regalo o donación, el consumidor no está obligado ni a devolver el bien ni a pagar el precio, lo que implica que tampoco el remitente podrá reclamarlos. Efectos jurídicos diferentes produce el «envío por error».

Para finalizar su estudio, la profesora Arroyo ofrece un análisis detallado del derecho de desistimiento en el capítulo VIII. No se trata de un derecho específico de esta modalidad contractual, como lo demuestran algunas directivas comunitarias y sus correspondientes normas nacionales de incorporación. Como concluye la autora, en las prácticas comerciales o contractuales actuales con consumidores se observa el recurso al «reconocimiento al consumidor de un derecho que le permita desvincularse libre y unilateralmente del compromiso contraído». En el ámbito de las ventas a distancia, este derecho está reconocido en el artículo 44 LOCM. La problemática que plantea el reconocimiento de este derecho en la LOCM gira en torno al significado del desistimiento en relación con la perfección del contrato. Como pone de relieve la autora, la mayor parte de la doctrina entiende que en este supuesto concreto de los contratos a distancia el derecho de desistimiento lo es de un contrato perfeccionado. Después del estudio del Derecho comparado, concluye que en la LOCM el derecho de desistimiento no implica la formación progresiva o sucesiva del contrato. Una adecuada delimitación del derecho de desistimiento (como facultad unilateral y ejercitable *ad nutum*) implica su distinción de otras figuras (rescisión por lesión, resolución por incumplimiento y revocación). Tras este estudio, la autora puede concluir que el derecho de resolución del artículo 44.5 LOCM debe ser calificado realmente como un derecho de desistimiento, puesto que se puede ejercitar libremente. Por ello, afirma que lo que supone realmente es una ampliación del plazo para desistir, considerando cualquier otra interpretación como contraria a la finalidad de la Ley. El capítulo VIII se completa con un detallado estudio del régimen jurídico del derecho de desistimiento (plazo de ejercicio, forma, excepciones y efectos). Respecto a estos últimos, cabe destacar que el principal es el de la restitución recíproca de las prestaciones (cuestión que plantea problemas de adecuación para ciertos servicios).

Como se puede comprobar, la profesora Alicia Arroyo realiza un estudio muy serio, claro y completo sobre esta importante práctica comercial. Desde el punto de vista jurídico, esa importancia se acrecienta por el esfuerzo realizado para ofrecer un análisis ya adaptado a la reforma de diciembre de 2002, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 97/7. Sin duda, esta obra tendrá una importante repercusión, pues aporta a cualquier estudioso o profesional las claves para resolver los conflictos que se puedan plantear.