

LEY APLICABLE AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO



Esperanza Gómez Valenzuela



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



LEY APLICABLE AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Esperanza Gómez Valenzuela

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Esperanza Gómez Valenzuela

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-370-8

Depósito legal: C 2051-2021

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
---------------------------	----

INTRODUCCIÓN	15
---------------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO:

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. PRESUPUESTOS TECNOLÓGICOS Y ECONÓMICOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.- Presupuestos tecnológicos: sitios web activos y pasivos. La tienda virtual .	19
A) Diferencia en los procesos contractuales por vía electrónica en sitios web activos y pasivos	19
B) Sitios web activos y contratación electrónica a través de tienda virtual .	22
2.- Presupuestos económicos: beneficios de la contratación electrónica.	25
3.- Principios rectores de la contratación electrónica	26

CAPÍTULO SEGUNDO:

ÁMBITOS JURÍDICOS EN EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. DELIMITACIÓN NORMATIVA

1.- Contratación internacional en general	31
A) Reglamento Roma I	31
a) Ámbito de aplicación.	31
b) Relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de Derecho de la UE: Directiva 2000/31/CEE	33
B) Convenio de Viena sobre compraventa	35
C) Principios UNIDROIT.	38
D) UNCITRAL: Leyes modelo	42
E) Principios europeos de Derecho contractual y Marco Común de Referencia	44

SUMARIO

2.- Contratación electrónica	48
A) Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico	48
a) Delimitación material, espacial y temporal	48
b) Transposición de la Directiva 2000/31/CEE en España	55
3.- Condiciones generales de la contratación	58
A) Directiva 93/13/CE	58
B) Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación.	59
a) Finalidad y carácter del artículo 3 de la Ley 7/1998	59
b) Doble función: transposición de la Directiva 93/13/CE y regulación de condiciones generales de la contratación	61
4.- Contratación de consumo	63
A) Directiva 2011/83/UE sobre contratos celebrados por consumidores.	63
B) Texto refundido de la Ley de defensa de consumidores y usuarios modificada por la ley 3/2014.	64

CAPÍTULO TERCERO:

DINÁMICA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO:

LEY APLICABLE AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

1.- La oferta electrónica	67
A) Consideraciones previas.	67
a) La oferta como fase inicial	67
b) ¿Falta de regulación de la oferta electrónica en el Reglamento Roma I y en la Directiva 2000/31/CEE?.	69
c) Aplicación de la Ley del contrato futuro o hipotético a la oferta electrónica.	74
B) Regulación de la oferta en el Derecho convencional, uniforme y transnacional.	77
a) Elementos de la oferta.	77
b) Revocación y retirada de la oferta.	82
2.- Adhesión-aceptación electrónica	85
A) Técnicas de adhesión	85
a) <i>Shrink-wrap agreements</i>	85
b) <i>Browser-wrap agreements</i>	88
c) <i>Click-wrap agreements</i>	89
B) Ley aplicable a la adhesión (aceptación electrónica)	92
C) Regulación en el Derecho Convencional, uniforme y transnacional	94
a) Convención de Viena.	94
b) Principios Unidroit.	97
c) Principios europeos de Derecho de los contratos y Marco común de referencia	99
d) Ley Modelo de Comercio electrónico	102

SUMARIO

3.- Deberes de información en la contratación electrónica	104
A) Deberes de información en la Directiva 2000/31/CE y en la Ley 34/2002 .	104
a) Requisitos de información previos	104
b) Información posterior: acuse de recibo	106
B) Regulación en el Derecho transaccional y en otros instrumentos	109
C) Especialidades en la contratación electrónica de consumo	112
4.- Condiciones generales de la contratación: control de incorporación.	115
A) Relación entre el Reglamento Roma I, la Ley 7/1998 y la normativa de consumo	115
a) Reglamento Roma I (régimen general) y delimitador espacial de la Ley 7/1998.	115
b) Artículo 6 del Reglamento Roma I y delimitador espacial de la Ley 7/1998.	120
c) ¿Doble reglamentación del contrato electrónico con condiciones generales? Propuestas	123
B) Ámbito de aplicación de la <i>lex contractus</i> y de la Ley 7/1998	128
a) Consideraciones previas	128
b) Cuestiones incluidas en la <i>lex contractus</i> y en la Ley 7/1998	131
C) El control de incorporación en diversos instrumentos de <i>soft law</i>	133
5.- El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos	137
A) El desistimiento como un tema híbrido en la contratación electrónica. .	137
B) Artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE: protección de los consumidores activos y pasivos.	139
C) Relación entre el Reglamento Roma I y la Directiva 2011/83/UE con respecto al derecho de desistimiento.	141
D) El desistimiento como condición general	145
E) El derecho de desistimiento en el Derecho transnacional	147

CAPÍTULO CUARTO:

NORMAS IMPERATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.- Normas imperativas y deberes de información. Indicadores espaciales . . .	151
A) Indicadores espaciales e imperatividad	151
a) ¿Tienen los deberes de información independencia de los indicadores espaciales de sus normas?	151
b) Tipos de imperatividad en la contratación electrónica	156
B) Relación entre el Reglamento Roma I y la normativa sobre contratación electrónica.	163
a) Principio del país de origen en la normativa sobre contratación electrónica y deberes de información.	163
b) Reglamento Roma I (régimen general) e indicadores espaciales de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002	172

c) El artículo 6 del Reglamento Roma I y los indicadores espaciales de la normativa sobre contratación electrónica	178
2.- Artículos 27 y 28 de la Ley 34/2002 como normas imperativas.	180
A) Imperatividad en sentido interno	180
B) Normas imperativas de Derecho europeo. Artículo 3.4 del Reglamento Roma I	184
C) Normas internacionalmente imperativas	192
a) Cuestiones previas	192
b) Test de imperatividad	195
c) Test de compatibilidad con el Derecho europeo	197
d) Límites a la imperatividad internacional	203
3.- Normas imperativas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación electrónica.	207
A) Función del control de incorporación en la Ley 7/1998	207
a) Protección del adherente	207
b) ¿Protección de intereses públicos?	210
B) ¿Imperatividad de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998?	213
a) Imperatividad en sentido interno	213
b) Normas imperativas de Derecho europeo	216
c) Imperatividad en sentido internacional	218
CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFÍA	227

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADR	Alternative disputes resolutions
AEDIP	Anuario español de Derecho internacional privado
AEPD	Agencia española de protección de datos
AGBG	Ley alemana de 1 de abril de 1977 de condiciones generales de la contratación
AJC	American Journal of comparative law
ALCA	Área de libre comercio de las Américas
ACQP	Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
A2B	Administration to business
A2C	Administration to consumer
BEUC	The European Consumer Organization
BOE	Boletín oficial del Estado
B2A	Business to Administrations
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
BMJ	Boletín Ministerio de Justicia
C2C	Consumer to consumer
C2B	Consumer to business
CCI	Cámara de comercio internacional
Cc	Código civil
CDT	Cuadernos de Derecho transnacional
CE	Comunidad Europea
CEAM	Corte Europea de arbitraje y mediación
CEC	Centro europeo de consumo
CEE	Comunidad Económica Europea
CGC	Condiciones generales de la contratación

ABREVIATURAS

CELS	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea
CFR	Common Frame of Reference
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
CNUCE	Convención de Naciones Unidas sobre utilización de comunicaciones electrónicas
CPA	Corte permanente de arbitraje
CV	Convención de Viena
CV-AC	Consejo Consultivo de la Convención de Viena
DA	Disposición adicional
DCE	Directiva de 8 de junio de 2000 sobre Comercio Electrónico
DCI	Diritto del Commercio Internazionale
DES	Data Encrryption Standard
DIPr	Derecho internacional privado
DO	Diario oficial de la Unión Europea
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial
DSS	Decision Suporting System
DNI	Documento nacional de identidad
EDI	Electronic data interchange
EEE	Espacio económico europeo
ESJ	European Scientific Journal
EM	Exposición de motivos
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht
IAI	Instituto de arbitraje internacional
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	Journal of British Intitute of International and Comparative Law
IP	Internet Protocol
JDI	Journal de Droit International
JILT	Journal of information law and tehnology
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LA	Ley 11/2011, de 20 de mayo de modificación de la Ley 60/2003 de arbitraje
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal
TRLDCU	Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica

ABREVIATURAS

LCGC	Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación
LGP	Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad
LGT	Ley 9/2014, de 9 de mayo General de comunicaciones
LMCE	Ley Modelo sobre comercio electrónico
LOCM	Ley 7/1996 de 15 de enero de comercio minorista
LOPD	Ley 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder judicial
LPI	Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual
LSSICE	Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos
LWG	Legal working group
MCR	Marco común de referencia
MD	Mensaje de datos
OHADA	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África
OHADAC	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económico
ODR	Online disputes resolutions
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización mundial de Salud
PC	Personal computer
PU	Principios UNIDROIT
PMCC	Propuesta de modernización del Código Civil
PSC	Prestadores de servicios de certificación
PSSI	Prestador de servicios de la sociedad de la información
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RAE	Real academia española
RC	Registro civil
RCE	Revista de la contratación electrónica
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
CDIP	Revue critique de droit international privé
RD	Real Decreto
RDC	Revista de Derecho Civil
RDM	Revista de Derecho mercantil
RDP	Revista de derecho privado

ABREVIATURAS

RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
REDI	Revista española de Derecho internacional
REDU	Revista de docencia universitaria
RGD	Revista general de Derecho
RIDC	Revue internationale de Droit compare
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche
RZFIP	Rabels Zeitschrift, für ausländisches und internationales Privatrecht
SMTF	Simple mail transfer protocol
SSI	Servicios de la sociedad de la información
SSL	Secure Sockets Layer
ST	Sentencia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCP	Transmisión Control Protocol
TI	Tecnología de la información
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TV	Tienda virtual
UE	Unión Europea
ULR	Uniform Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of international trade Law
WTO	World trade organization
WWW	World Wide Web
YPIL	Yearbook of private International Law
ZvgIRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

En la contratación electrónica que se realiza a través de una tienda virtual, la concurrencia de voluntades negociales y por tanto el perfeccionamiento del contrato no ocurre, en la mayoría de los casos, de forma instantánea, como en la contratación que se realiza entre presentes¹. En los contratos electrónicos, el momento de perfección resulta controvertido debido, entre otras razones, a que las declaraciones de voluntad se intercambian a través de técnicas que no posibilitan una comunicación inmediata entre los contratantes². Este hecho ocurre porque es necesario que el PSSI proporcione determinada información al destinatario de los SSI, con carácter previo a la perfección del contrato y porque en estos contratos es frecuente la utilización de CGC que han de aceptarse para que el contrato se entienda perfeccionado³.

De esta forma, hablar de perfeccionamiento del contrato electrónico significa referirse a los elementos y fases que han de darse para que este tenga lugar. La regulación de estas etapas se encuentra en diversos instrumentos relacionados con los ámbitos jurídicos de la contratación electrónica: contratación internacional general, comercio electrónico, condiciones generales de la contratación y contratación de consumo. En cada uno de estos ámbitos existen instrumentos de Derecho derivado comunitario y también de Derecho convencional y transnacional, así como de Derecho autónomo. Esta dicotomía de fuentes de distinta procedencia relacionadas con las fases del perfeccionamiento del contrato electrónico hace compleja la resolución de las cuestiones sobre ley aplicable al perfeccionamiento del contrato electrónico.

-
- 1 Véase GUIADO MORENO A., *Formación y perfección del contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 173-190.
 - 2 Véase JULIÁ BARCELÓ R., *Comercio Electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 24-45.
 - 3 Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Contratación electrónica internacional en el sector oleícola», G. ESTEBAN (coord.), *Internacionalización del sector oleícola a través de la Tecnología de la Información*, Comares, Granada, 2015, pp. 19-22.

Por tanto, el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional tiene tres fases o estadios: en primer lugar, la oferta que es necesaria porque constituye una de las declaraciones de voluntad (elementos), necesarios para que se dé el perfeccionamiento. Es necesaria la concurrencia de la oferta y de la aceptación para que el contrato esté concluido⁴. La determinación de la ley aplicable a la oferta resulta una cuestión compleja al no existir el contrato. Por este motivo, debe precisarse qué ordenamiento califica el contenido del sitio web para verificar cuándo se está ante una «oferta vinculante» y cuándo ante una publicidad o una *invitatum ad oferendum*⁵.

La segunda fase es la adhesión-aceptación de las CGC. Como se ha mencionado, en los contratos electrónicos es frecuente la utilización de estas estipulaciones que es preciso aceptar para que el contrato se concluya. En tercer lugar, deben indicarse las cuestiones relativas al control de incorporación de las CGC en los contratos electrónicos. Esta fase es importante, ya que es necesario verificar si estas cláusulas han sido accesibles y comprensibles para el adherente, que no ha tenido oportunidad de negociarlas⁶. Para poder realizar este control es preciso conocer su régimen jurídico debido a las particularidades en el ámbito de la contratación electrónica con respecto a la inclusión de estas estipulaciones no negociadas⁷.

Las CGC tienen su propia regulación, por la LCGC, que se aplica, en principio, cuando se cumplan los requisitos espaciales de su art. 3^º. De otro lado, al tratarse de una cuestión vinculada con el contrato, se analiza su posible

4 Véase CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, Bolonia, 2003, pp. 29-45; LARA AGUADO, M. A., «La oferta y la aceptación contractuales», S. SÁNCHEZ LORENZO (Ed.) *Derecho contractual comparado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 681-725, pp. 24-37; MARTÍNEZ GALLEGU, E.M. *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 38-51.

5 Véase DE CUEVILLA MATOZZI, L. «El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español», *AC*, núm. 43, 22-28 de noviembre de 1999, p. 1437.

6 Véase PAGADOR LÓPEZ, J., «Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas», G.A., BOTANA; M. RUÍZ (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Civitas, Madrid, pp. 164-184.

7 Véase VEGA VEGA, A. «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *RCE*, núm. 101, 2009, pp. 3-55.

8 Existen diversos comentarios de gran interés sobre este precepto, véanse, entre otros: M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 3», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 179; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación», S. ESPIAU, (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 51-93.

inclusión en el ámbito de la *lex contractus*. Este hecho deriva en la posible contradicción y/o doble reglamentación entre el régimen jurídico particular de las CGC (LCGC) y el Reglamento Roma I en relación con alguna/s fases del perfeccionamiento del contrato⁹.

Cuando hayan tenido lugar estas etapas, según el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas, el contrato electrónico se habrá perfeccionado. La relación jurídica habrá nacido con independencia de que se trate de un contrato válido o eficaz. En el primer caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero será nulo si no se han dado alguno/s de los requisitos para su validez, esto es, capacidad, consentimiento y objeto lícito¹⁰. Esta situación puede tener lugar, por ejemplo, en el caso de que haya habido una concurrencia entre las voluntades negociales, pero una de las partes no tenga capacidad para contratar¹¹.

En el segundo caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero no será eficaz y por tanto no despliega efectos, es el caso de que el contrato carezca de determinados elementos que impidan su eficacia¹². En el supuesto de la contratación electrónica puede darse esta situación, si no se han cumplido los deberes de información obligatorios para el PSSI. El contrato podría perfeccionarse por la concurrencia de la oferta y de la aceptación, pero como no se han cumplido los requisitos relativos a la información que debe proporcionarse, el contrato no despliega efectos.

En este sentido, se analiza la importancia de los deberes de información en la contratación electrónica como requisitos necesarios en los momentos previo y posterior al perfeccionamiento del contrato¹³. En primer lugar, esta información en el momento previo al perfeccionamiento del contrato, persigue que el cliente pueda otorgar un consentimiento libre y debidamente formado. En segundo extremo, este deber es determinante para evitar los incidentes causados por la falta de información una vez que el contrato se ha perfeccionado. En relación con esta cuestión, algunos autores afirman que

9 Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p. 1078.

10 Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho*, DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2012, pp. 45-63.

11 Véase LAMBERT, J., LAMBERT, J., «Formación de los contratos: comunicación de la oferta y la aceptación. La postura de la Common Law (derecho consuetudinario)», AAVV, *La validez de los contratos internacionales negociados por medios*, Editorial Universitaria, Madrid, 1989, pp. 48 y ss.

12 Véase EMBID IRUJO, J. M., «Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital», *RCE*, núm. 14, 2003, pp. 10-14.

13 Véase ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 35-37.

LEY APLICABLE AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

En la presente obra se aborda la cuestión del perfeccionamiento del contrato electrónico desde la perspectiva del Derecho aplicable. Se analiza la cuestión teniendo en cuenta que en este tipo de contratos existen diferentes fases relacionadas con las declaraciones de voluntad necesarias para que el contrato se entienda concluido. Estas etapas se identifican con la oferta y la aceptación del clausulado del contrato, que en numerosas ocasiones se encuentra recogido en condiciones generales de la contratación. Estas materias, junto con otras vicisitudes como son los deberes de información, que con carácter previo y posterior a la realización del contrato han de facilitarse al usuario, y el derecho de desistimiento, son objeto de análisis en este trabajo. La regulación de estas cuestiones se encuentra dispersa en normas de diferente origen (institucional, convencional, estatal y transnacional) que han de ponerse en relación para poder dar una respuesta jurídica satisfactoria a esta fase del *iter negocial* en la contratación electrónica.



ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA

Es doctora en Derecho por la Universidad de Jaén y profesora de Derecho internacional privado en la Universidad de Almería. Su principal línea de investigación es el Derecho del comercio internacional. Ha realizado diferentes publicaciones, principalmente de artículos científicos en revistas especializadas y en capítulos de libro. Del mismo modo ha participado como ponente en diversos Congresos nacionales e internacionales con trabajos que también se han publicado posteriormente y destaca su participación en la organización de actividades de divulgación científica relacionadas con esta línea de investigación, así como en Proyectos de investigación.

PVP: 20,00 €

ISBN: 978-84-1359-370-8



9 788413 593708