



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE  
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**CURSO ACADÉMICO 2022-2023**

**CONTRATACIÓN MERCANTIL Y DE CONSUMO  
A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS**

**COMMERCIAL AND CONSUMER CONTRACTING  
BY ELECTRONIC MEANS**

**ELENA SAN MIGUEL GARCÍA**

**DIRECTOR/A:**

**JORGE LUIS TOMILLO URBINA**



## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>5</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA</b> .....	<b>10</b>
1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA .....	10
2. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO Y COMERCIO ELECTRÓNICO. EL CONTRATO DE BIENES Y SERVICIOS INFORMÁTICOS .....	14
<b>CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO</b> .....	<b>16</b>
1. NORMATIVA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	16
2. LA LSSICE. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ....	18
<b>CAPÍTULO III. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA</b> .....	<b>21</b>
1. PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS EMPRESARIALES ELECTRÓNICOS .....	21
2. PRINCIPIO DE DERECHO PREEXISTENTE INALTERADO.....	22
3. PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL .....	23
4. PRINCIPIO DE BUENA FE .....	24
5. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA .....	24
<b>CAPÍTULO IV. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO</b> .....	<b>25</b>
1. EN FUNCIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES.....	26
1.1. Relaciones fuera del derecho mercantil y consumo. Relaciones de comercio electrónico en las que intervienen Administraciones Públicas .....	26
1.2. Contratos electrónicos mercantiles.....	27
1.3. Contratos electrónicos de consumo.....	27
2. SEGÚN LA FORMA EN LA QUE SE PRESTAN LOS SERVICIOS O SE ENTREGAN LOS BIENES .....	28
3. SEGÚN LA FORMA DE EMISIÓN DE LAS DECLARACIONES.....	28

<b>CAPÍTULO V. ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO .....</b>	<b>30</b>
1. ELEMENTO SUBJETIVO.....	30
1.1. El prestador de servicios .....	30
1.2. El destinatario del servicio.....	31
1.3. El particular.....	32
2. ELEMENTOS ESENCIALES: CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA	
33	
 <b>CAPÍTULO VI. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. ....</b>	<b>35</b>
1. FASE PRECONTRACTUAL. LA RESPONSABILIDAD PREVIA AL	
CONTRATO.....	35
1.1. Deber de información. ....	35
1.2. Responsabilidad previa entre empresarios.....	38
2. FASE DE PERFECCIÓN: ACUERDO DE VOLUNTADES .....	39
2.1. La oferta contractual.....	39
2.1.1. Concepto .....	39
2.1.2. La forma de emitir la oferta electrónica .....	40
2.1.3. Las ofertas a consumidores .....	41
2.1.3. a) Regulación general .....	41
2.1.3. b) Regulación específica .....	42
2.1.4. Ofertas cruzadas y contraoferta .....	43
2.2. La aceptación .....	44
2.2.1. Concepto .....	44
2.2.2. Forma .....	46
2.3. Momento de perfección del contrato electrónico.....	47
2.4. Lugar de perfección.....	49
3. FASE DE CONSUMACIÓN. EJECUCIÓN DEL CONTRATO. ....	50
3.1. Deber de información posterior a la celebración del contrato. ....	50
3.2. Identidad de la prestación. ....	51
3.3. Tiempo de cumplimiento.....	52
3.4. Lugar de cumplimiento.....	53

**CAPÍTULO VII. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA ..... 54**

1. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN..... 55

1.2. Breves consideraciones..... 55

1.2. Normativa aplicable. .... 56

    1.2.1. Adherente consumidor o usuario. .... 56

    1.2.2. Adherente empresario ..... 58

1.3. Ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ..... 59

1.4. Control de las condiciones generales ..... 60

    1.4.1. Cuestiones aplicables a ambos sujetos: profesionales y consumidores ..... 60

    1.4.2. Protección y control de las cláusulas con adherente consumidor . 63

    1.4.3. Protección y control de las cláusulas con adherente empresario 67

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS ..... 71

2.1. Consideraciones previas ..... 71

    2.1.1. Normativa comunitaria..... 71

    2.1.2. Ámbito subjetivo de protección de las cláusulas abusivas..... 71

2.2. Concepto y requisitos de cláusula abusiva. .... 72

2.3. Control normativo de las cláusulas abusivas ..... 74

    2.3.1. Control de abusividad para consumidores ..... 75

    2.3.2. Control de cláusulas abusivas entre empresarios ..... 76

2.4. Lista de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas. .... 78

3. BREVE REFERENCIA A LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO ELECTRÓNICO ..... 81

    3.2. Inclusión de las cláusulas declaradas nulas ..... 82

**CONCLUSIONES..... 84**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 92**

## RESUMEN

El presente proyecto tiene por objeto el estudio pormenorizado de la figura de la contratación electrónica mercantil y de consumo. Precisamente, la implantación de las nuevas tecnologías como sistema de contratación hace necesario el análisis de los principales aspectos que caracterizan esta modalidad, de su naturaleza y régimen jurídico, así como los principios que le resultan de aplicación. De igual forma, será propósito de este trabajo, cada una de las fases que conforman el contrato electrónico, incluido el estudio de determinadas cuestiones de especial relevancia, tales como la responsabilidad previa y el incumplimiento en la ejecución. El último bloque versará sobre las condiciones generales y las cláusulas abusivas predispuestas en este tipo contractual, que, desafortunadamente, están notoriamente presentes en la sociedad actual.

The aim of this project is to study in detail commercial and consumer electronic contract. Due to the growth of new technologies as a contracting system, we must analyze the main aspects that characterize this contract, its nature and legal regime, as well as the principles that are applicable to it. In addition, another purpose of this work will be to study phase of the contracting, including other interesting questions: prior liability and non-performance in execution. The last part will be about the general conditions and the abusive clauses of this contractual modality, which, unfortunately, nowadays are very common.

## ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico, ha propiciado que el formato digital adquiriera gran importancia en la sociedad actual. En las últimas décadas, los sistemas informáticos, medios de telecomunicaciones y documentos electrónicos han crecido considerablemente, trayendo consigo novedades que continúan avanzando en condiciones vertiginosas.

Como consecuencia de lo anterior, han nacido las relaciones jurídicas electrónicas, las cuales originan numerosos beneficios para los operadores del mercado y determinados retos de seguridad jurídica para el tráfico actual. A fin de otorgar validez y eficacia a estas nuevas relaciones, las autoridades europeas y nacionales, se han visto en la necesidad de instaurar la figura del “contrato electrónico” en el marco legal.

Es de destacar, la estrecha similitud que guarda este tipo con el contrato a distancia, en tanto que, ambos son celebrados sin la presencia simultánea de la persona física. Sin embargo, a decir verdad, cada uno de ellos presenta características propias que requieren una regulación separada. En el contrato electrónico, el acuerdo de voluntades es manifestado por medio de sistemas electrónicos de comunicación e información, lo que permite a cada interviniente encontrarse en espacios geográficos diferentes. Deviene necesario, por tanto, que las declaraciones de voluntad sean manifestadas a través de elementos que tengan la condición referida -electrónicos-, al margen de la posterior constancia documental. En contraposición, el contrato a distancia, se celebra exclusivamente a través de técnicas de comunicación que ostentan consideración de “a distancia” -correo postal, teléfono, fax, etc-, pero que no necesariamente por ello, deben ser electrónicas.

Por otra parte, corresponde señalar que esta modalidad de contratación, no se trata, realmente, de una nueva fuente de obligaciones, sino de otra forma distinta de emisión de la voluntad, que deriva de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones

electrónicas. De manera que, nos encontramos en presencia de una opción alternativa a la contratación, que denominamos “clásica” o “tradicional”, que es capaz de producir los mismos efectos jurídicos que su precedente, pero que, en modo alguno, supone, en cuanto a su contenido, un contrato distinto a los ya existentes. Cuestión que abordaremos detalladamente a lo largo de las siguientes páginas.

En último lugar, sucintamente mencionar que, la contratación electrónica como servicio de la nueva Sociedad de la Información, se encuentra sujeta a su propia normativa, cuyo propósito no es otro que adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias de las nuevas tecnologías y modelos de negocio. Así las cosas, la disposición se centra en la regulación *ad hoc* de todos aquellos aspectos que afecten al medio por el que se transmiten las voluntades, no entrando en el detalle de la materia relativa al Derecho de Obligaciones, tal y como expondremos en el cuerpo de este documento. Comprende, además, indistintamente, contratos mercantiles -ambas partes intervinientes son profesionales-, y de consumo -empresarios y consumidores-, siempre que la celebración de cada uno, tenga lugar en el seno del comercio electrónico. En todos los asuntos que la normativa específica no abarque, cabrá la remisión a la disposición pertinente que regule la materia en el régimen general -principalmente, el Código Civil, Código de Comercio y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-.

No obstante, y aunque parece que los contratos telemáticos se encuentra sujetos a un amplio régimen jurídico, realmente, son numerosas las carencias que aún se presentan, exigiendo, por tanto, una regulación más precisa. Situación que tendremos oportunidad de analizar con detenimiento en el supuesto de las condiciones generales y cláusulas abusivas.

En último lugar, mencionar, que, para una adecuada comprensión del lector sobre los puntos de interés en la materia, el proyecto seguirá el siguiente esquema: Primeramente, comenzaremos estudiando el concepto que ocupa el objeto de este documento y su naturaleza jurídica, aprovechando la ocasión para diferenciar el contrato electrónico de otras nociones aparentemente similares; a continuación, se hará un recorrido por el régimen jurídico aplicable a la contratación electrónica, tanto normativa

general como específica; de igual forma analizaremos, los principios extraídos del comercio electrónico que rigen la actividad de los contratos telemáticos; seguidamente, ocupará gran parte de este trabajo, las diferentes fases de formación de esta figura electrónica, desde la etapa previa al acuerdo de voluntades hasta el estado de ejecución del contrato; el último de los capítulos se dedicará al estudio de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en la contratación electrónica, para lo que, entre otros asuntos, se hará mención a los diferentes mecanismos de protección de profesionales y consumidores que contraten telemáticamente con dichas disposiciones.

# CAPÍTULO I. CONCEPTUALIZACION DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

## 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El contrato es una de las fuentes más usuales en el origen de las obligaciones. Pues, la mayoría de las responsabilidades ocasionadas a las personas físicas y jurídicas han sido previamente establecidas por ellas mismas mediante el otorgamiento de su propio consentimiento en este documento.

A pesar de resultar una figura tradicional y sumamente conocida, el legislador no ofrece una definición genérica de esta causa obligacional, sino que proporciona algunas disposiciones en la normativa para delimitarlo. Así, por ejemplo, el Código Civil Español<sup>1</sup> en su artículo 1254 establece “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de unas u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Igualmente, este código dispone en el artículo 1091 que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

De manera que, con arreglo a lo anterior, el contrato puede definirse como un acuerdo en el que dos o más sujetos se comprometen recíprocamente al cumplimiento de unas determinadas condiciones pactadas. Este documento producirá efectos entre las partes contratantes, y los terceros, en principio, quedarán excluidos de dichos efectos.

El contrato exige, conforme expone DÍEZ-PICAZO, la existencia del consentimiento de los contratantes. Como consecuencia, de dicho acuerdo de voluntades, se produce lo que se denomina la perfección contractual, la cual origina los efectos en las obligaciones. A partir de entonces, el contrato tendrá fuerza de ley, pudiendo ambas partes, reclamar su cumplimiento<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<sup>2</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 155.

En lo que al contrato electrónico respecta, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico<sup>3</sup> -en adelante, LSSICE- lo define como aquel “en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”<sup>4</sup>. Se trata, pues, de un concepto en sentido amplio, en tanto que abarca además de la contratación de bienes y servicios, también otros actos jurídicos, siempre y cuando ambos supuestos sean celebrados a través de medios electrónicos.

Resulta de destacar, que el término exige la concurrencia de dos requisitos. Por una parte, que la oferta y la aceptación necesariamente sean manifestadas por sistemas electrónicos que tengan capacidad de almacenar y tratar datos. Y de otro lado, que dichos sistemas o equipos estén conectados a una red de telecomunicaciones.

Igualmente, deviene esencial subrayar que el contrato electrónico es un servicio de la Sociedad de la Información, en virtud de que encuentra encaje en la definición sobre servicio de información ofrecida por la citada ley “Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”<sup>5</sup>.

Además de las anteriores definiciones, algunos autores proporcionan otras puntualizaciones sobre este concepto. Tal como que, debe entenderse por contrato electrónico el “contrato celebrado sin la presencia física del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por medios electrónicos o telemáticos”<sup>6</sup>. Sin embargo, esta noción atiende exclusivamente a la compraventa, y rechaza otras acciones que verdaderamente sí tienen cabida en la contratación electrónica, por lo que, entendemos, esta definición acaece en parte insuficiente.

---

<sup>3</sup> BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

<sup>4</sup> Anexo de definiciones, apartado h) de BOE 166, de 12 de julio de 2002.

<sup>5</sup> Anexo de definiciones, apartado a) de BOE 166, de 12 de julio de 2002.

<sup>6</sup> M.P. PERALES VISCALSILLAS, “Formación del contrato”, en *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, 2001, pág. 408 y ss.

El concepto también ha sido delimitado como el “acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras, generado a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas”<sup>7</sup>. Y en esta misma línea el autor DAVARA, entiende por contratación electrónica como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”<sup>8</sup>.

En virtud de todo lo anterior, es posible señalar como notas que caracterizan al contrato celebrado por medios electrónicos, las siguientes:

- Es un acuerdo de voluntades, en el que cada parte otorga su consentimiento para obligarse al cumplimiento de una prestación concreta.
- Además, es un servicio que se celebra a título oneroso. Así lo establece la LSSCE al señalar que la Sociedad de la Información comprende todo servicio que se preste a título oneroso. De tal manera que este acuerdo de voluntades (contrato electrónico) necesariamente tiene que ser oneroso, al tratarse de un servicio en la Sociedad de la Información<sup>9</sup>.
- Se trata de un contrato celebrado a distancia. Se produce la ausencia de la persona física, pues normalmente es un servicio que se presta sin que los contratantes estén presentes de forma simultánea.

---

<sup>7</sup> M.A. MORENO NAVARRETE, *Derecho del Comercio electrónico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 32.

<sup>8</sup> M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2015, pág 166.

<sup>9</sup> Sin embargo, en el caso de los contratos mercantiles, no es precisa una retribución determinada en el contrato para que sea calificado como oneroso, sino que también se incluye como contratación onerosa, la prestación de servicios no remunerada. Lo único que se exige en este último caso es que el servicio constituya una actividad económica de una de las partes contratantes, con la que esta persiga un ánimo de lucro, incluido el lucro global. M. LÓPEZ-MONIS, *Derecho de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi Thomson Reuters, 2003, pp. 25-64, .

- Exige la utilización de un medio electrónico para que se formalice la perfección. Esto es, el concurso de la oferta y la aceptación deben realizarse de forma electrónica. Tal así que el contrato electrónico más puro, se produciría tras numerosas fases electrónicas, incluido, de ser posible, el cumplimiento del objeto contractual<sup>10</sup>.
- A tenor de la anterior puntualización, el principio de libertad de forma queda desvirtuado en cierto sentido. Pues, el contrato electrónico se encuentra supeditado a un formalismo concreto en el medio que se utiliza para su materialización, impidiendo que las partes puedan elegir otra forma que no sea electrónica. Sin embargo, dicha exigencia de formalismo no es tanto para acreditar la validez del contrato, sino para probar su existencia. Es decir, el medio electrónico es necesario para verificar la realidad del contrato electrónico, pues en caso contrario, resultaría prácticamente imposible diferenciarlo del acuerdo tradicional, así como probar la certeza del negocio jurídico<sup>11</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato electrónico, es oportuno señalar que esta no difiere de la que corresponde a los contratos tradicionales. Pues, verdaderamente, no estamos en presencia de una nueva modalidad de contrato, sino que se trata de un acuerdo distinguido por la forma en la que se manifiestan las voluntades, y genera singulares modificaciones sobre los efectos, que en ningún caso suponen una nueva figura jurídica. De manera que, el contrato electrónico, en realidad, es una categoría del contrato tradicional, que encuentra su distinción en la forma a través de la que se celebra<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> C. BARRIUSO RUIZ, “Contratación Electrónica”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, N° 19-22, 1998, pág 123. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248208> (consultado el 13/11/2022)

<sup>11</sup> M.A. MORENO NAVARRETE, *DERECHO-e. Derecho del Comercio electrónico*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 42-43.

<sup>12</sup> J.A. VEGA VEGA, “Teoría del Contrato Electrónico” en *Derecho Mercantil Electrónico*, Reus Editorial, Madrid, 2015, págs. 90 y 91.

Debe entenderse así puesto que, de considerar al contrato electrónico como una institución diferente, resultaría necesario regular cada tipo de contrato adaptado a esta categoría<sup>13</sup>. Lo cual, sería incongruente, en tanto que en la contratación electrónica se mantiene prácticamente inalterado el Derecho de obligaciones aplicable a los contratos privados.

En definitiva, el contrato electrónico supone una modalidad de contratación posible y alternativa a la convencional, que en lo común o sustantivo deben ser regulada por las normas civiles o mercantiles. No obstante, entraña unas características propias sobre los requisitos, ejecución y efectos, por lo que en esta materia deviene necesaria una normativa concreta, la cual se encuentra en vigor y detallaremos en el capítulo pertinente.

## **2. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO Y COMERCIO ELECTRÓNICO. EL CONTRATO DE BIENES Y SERVICIOS INFORMÁTICOS**

Para comprender adecuadamente el concepto referido, resulta imprescindible realizar una sucinta distinción entre el mismo y la noción de comercio electrónico.

Este último concepto es bastante más extenso. Debiendo entenderse como tal, al conjunto de actividades que implican finalidades de carácter mercantil, y que son desarrolladas a través de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones, sin que exista un contacto presencial entre las partes.

El término, además, engloba toda clase de actos comerciales que se produzcan de forma directa, y también las actuaciones conexas, preparatorias o indirectas, siempre que presenten una vinculación con aquellos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Por ejemplo: contrato electrónico de compraventa, contrato electrónico de distribución, contrato electrónico de préstamos, contrato electrónico de agencia, contrato electrónico de permuta, contrato electrónico de franquicia...

<sup>14</sup> A. MARTÍNEZ NADAL, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*, Editorial Civitas, España, 2001, pág. 25.

De modo que, cualquier forma de transacción o transmisión económica, así como el intercambio de información o publicidad cuando se realice a través de redes telemáticas debe calificarse como actuación efectuada dentro del comercio electrónico.

Parte minoritaria de la doctrina, viene manifestando que esta noción debe quedar recudida a la negociación que se produzca exclusivamente entre empresarios o profesionales. Sin embargo, ciertamente cabe entender que el comercio electrónico existe cualesquiera que sean los sujetos participantes. Es decir, quedan incluidas también las operaciones entre empresarios y consumidores, así como aquellas entre empresas y la Administración, y no únicamente las que se desarrollan entre operadores en el mercado.<sup>15</sup>

En definitiva, la figura del comercio tradicional se convierte en comercio telemático ante la presencia de un instrumento electrónico a través del cual se producen las principales fases de la negociación o actividad económica.

En contraposición al concepto de comercio electrónico, la contratación electrónica hace referencia, tal y como se ha detallado en el apartado anterior, a los contratos celebrados por medios electrónicos, siendo un concepto más reducido. Estos contratos se encuentran sujetos en lo común al Derecho Civil y Derecho Mercantil en función de las partes contratantes.

Así pues, la contratación electrónica mercantil o de consumo, forma parte del comercio electrónico, pues verdaderamente es un sistema, entre otros, para efectuar acciones de negocios en los que no media la presencialidad. Puede decirse, por tanto, que se trata de una categoría incluida en el concepto extenso de comercio electrónico, mediante la cual pueden realizarse todas aquellas actividades que se entienden en esta última noción<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> J.A. VEGA VEGA, “Teoría del Contrato Electrónico” en *Derecho Mercantil Electrónico*, págs. 189-190, *Loc. cit.*

<sup>16</sup> RECALDE CASTELLS A. “Comercio y contratación electrónica”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho informático*, Nº 30-31. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=258609> (consultado 04/12/2022)

Por otra parte, también suscita dificultades diferenciar entre el concepto de contratación por medios electrónicos y la contratación de bienes y servicios informáticos. Este último hace referencia a la contratación que tiene por objeto bienes o servicios caracterizados como informáticos<sup>17</sup>, por lo que resulta indiferente si para formalizar el contrato se da uso a un medio telemático o a uno tradicional. Pues, mientras que lo que caracteriza a la primera cuestión principalmente es la forma o modalidad, la segunda encuentra su diferencia en el objeto que se contrata.

## **CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO**

### **1. NORMATIVA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

La normativa común resulta aplicable a la contratación electrónica en aquellas cuestiones que no abarca la norma específica. Pues, debido al constante avance de la tecnología y los medios electrónicos, así como al carácter relativamente novedoso y reciente de estos elementos, son muchos los aspectos que aún quedan por regular. Ello hace que, en determinadas ocasiones, sea necesario acudir al ordenamiento jurídico del que ya disponemos. A continuación, procederemos a citar cada una de estas normas aplicables a la modalidad apuntada.

Primeramente, en el ámbito del derecho privado se presenta el Código Civil -en adelante CC-, que establece las condiciones básicas en materia de contratación. De este emanan, las exigencias mínimas de consentimiento, objeto, causa y libertad de forma, todas ellas aplicables a los contratos electrónicos.

También se encuentra dentro de la legislación privada nacional, el Código de Comercio<sup>18</sup> -en adelante CCom-, el cual fija las normas preceptivas de la contratación

---

<sup>17</sup> Como servicios: Hardware o Software, desarrollo y posicionamiento web, gestión de sistemas, aplicaciones, etc. Como bienes: portátiles y ordenadores, impresoras, etc.

<sup>18</sup> BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

mercantil entre operadores en el mercado. El contrato electrónico en lo que al ámbito material y no formal respecta, resulta un contrato tradicional de compraventa, de agencia, de franquicia, o del negocio jurídico que corresponda. Por lo que, el Código de Comercio estará presente en algunas de esas cuestiones estrictamente materiales y comunes que surjan en la contratación electrónica.

Por otra parte, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>19</sup>, resulta de aplicación a los contratos electrónicos de consumo. Esta norma contiene un extenso marco normativo protector de los consumidores de bienes y servicios que regula las obligaciones de información y garantía, la redacción de cláusulas contractuales, y el régimen de responsabilidades, entre otros aspectos. De modo que, resulta de aplicación plena en la contratación electrónica con consumidores y usuarios.

De igual forma, en materia de consumo, se presenta la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>20</sup>, la cual regula el régimen general del comercio minorista, incluida la venta a distancia. Esta última resulta de aplicación ocasional en el comercio electrónico entre empresarios y consumidores.

La Ley 7/1998, de 14 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación<sup>21</sup>, que establece el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas en los contratos, también resulta aplicable en los contratos celebrados con consumidores en los que medie esta modalidad de cláusula. Entraremos en el estudio pormenorizado de este tema en el capítulo oportuno.

Por otra parte, como materias complementarias a la contratación electrónica deben señalarse dos normas que abarcan puntos, que de una forma u otra se encuentran estrechamente vinculados a dicha contratación.

---

<sup>19</sup> BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>20</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>21</sup> BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

La primera a citar es el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica<sup>22</sup>. Este Real Decreto regula la validez de esta firma, las condiciones para su efectividad jurídica, la regulación de las entidades que ofrecen el servicio, y los servicios de verificación y certificación de la misma.

En segundo lugar, debe mencionarse, la Ley 21/2011 de 26 de julio, de dinero electrónico<sup>23</sup> que traspuso la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico<sup>24</sup>.

Finalmente, en el ámbito comunitario, se han elaborado numerosas Directivas, teniendo la mayor parte de ellas el objetivo de ofrecer más protección a los consumidores y usuarios en las ventas a distancia. Resultan de destacar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores<sup>25</sup> y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior<sup>26</sup>. La primera de ellas establece la norma general sobre la materia referida, de tal manera que, da respuestas a las lagunas que puedan surgir en el ordenamiento de alguno de los Estados Miembros. La segunda Directiva, regula cuestiones concretas sobre los servicios prestados a distancia, a petición particular de un destinatario de los mismos, y por vía electrónica.

## **2. LA LSSICE. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, es la norma por excelencia que resulta de mayor aplicación a los contratos que se celebren a través de sistemas electrónicos.

---

<sup>22</sup> BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 1999.

<sup>23</sup> BOE núm. 179, de 27 de julio 2011.

<sup>24</sup> DOUE núm. 267/7, de 10 de octubre de 2009.

<sup>25</sup> DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>26</sup> DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

La razón de su promulgación reside en la necesidad del momento de adaptar el ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria en la materia de comercio electrónico<sup>27</sup>. Además, esta ley ha sido modificada en posteriores ocasiones por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica -actualmente disposición derogada-; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones<sup>28</sup>, y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información<sup>29</sup>, que a su vez ha sufrido otras modificaciones.

La LSSICE, otorga una amplia garantía de derechos a los destinatarios de los bienes y servicios, y por consiguiente somete a los prestadores de los mismos, a un estricto régimen de obligaciones y sanciones.

En un primer momento, únicamente abarcaba aquellos aspectos que no se encontraban recogidos en la legislación existente. Actualmente, sin embargo, regula la mayoría de cuestiones que implican la materia, sin perjuicio de los aspectos ajenos que necesariamente tienen que establecerse en la normativa pertinente, como la protección de la salud, la tributación aplicable o la tutela de los datos personales.

Además, esta ley, modificó en profundidad los artículos 1262 CC y 54 CCom, tratando de conseguir más uniformidad en las disposiciones de ambos preceptos, lo que supuso un gran avance.

En cuanto al ámbito de aplicación de la LSSICE, cabe mencionar que la norma se aplicará a los prestadores de servicios establecidos en España así como a los servicios prestados por ellos. Igualmente, resultará de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> La Unión Europea venía exigiendo desde hacía décadas una regulación más concreta a cada uno de los Estados Miembros.

<sup>28</sup> *BOE* núm. 251, de 19 de octubre de 2007.

<sup>29</sup> *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<sup>30</sup> Artículo 2 de la LSSICE.

En lo relativo a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado Miembro u otro país del Espacio Económico Europeo (EEE), también les será de aplicación, sin perjuicio de la libre prestación de servicios y sus restricciones citadas en los artículos 7 y 8, cuando el destinatario de los servicios se encuentre en España y estos afecten a determinadas materias<sup>31</sup>.

Además, conforme al artículo 4 de la ley, el prestador de servicios establecido en un estado no perteneciente a la Unión Europea ni al EEE, estará sujeto a esta ley, cuando así lo establezcan los convenios y acuerdos internacionales aplicables, y el servicio se dirija a territorio español.

Para finalizar, debe señalarse que, en todo caso, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, los servicios que sean prestados por Notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, y abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones. Debiendo regirse, cada uno de ellos por su propia normativa<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Artículo 3 de la LSSICE.

<sup>32</sup> Artículo 5 de la LSSICE.

## **CAPÍTULO III. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

### **1. PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS EMPRESARIALES ELECTRÓNICOS**

Este principio se origina bajo la idea de que los actos jurídicos electrónicos tienen equivalencia funcional con los actos jurídicos escritos o autógrafos, y adquiere condición de carta de naturaleza en virtud de la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico<sup>33</sup>

Así pues, la equivalencia funcional de los actos electrónicos establece que cuando se produce una declaración de voluntad a través de medios electrónicos, los efectos que ello produce son los mismos que los que generaría una manifestación verbal o escrita. Lo que verdaderamente supone que, los efectos jurídicos son independientes del soporte en el que se realicen dichas manifestaciones.

Sin embargo, cabe recordar que esta declaración de voluntad de forma electrónica, desde luego no sana los vicios que puedan concurrir en la misma, tal y como sucede en el papel, pero esta cuestión es objeto de otro estudio.

Por otra parte, el principio, encuentra excepciones principalmente en lo que respecta al documento solemne, público notarial. Es decir, la equivalencia referida únicamente afecta al documento privado, quedando fuera de su alcance, en principio el documento público, y todo lo que así establezca la legislación nacional<sup>34</sup>. De forma que,

---

<sup>33</sup> NACIONES UNIDAS. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico (1996) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998.

<sup>34</sup> V. VEGA CLEMENTE, “Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico”. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5856430> (consultado el 25/11/2022)

para poder tener acogerse a la equivalencia funcional, estos documentos exceptuados quedarán sujetos, a lo que establezca la normativa correspondiente.

Para finalizar, debe señalarse que la LSSICE consagra este principio en el artículo 23, que determina que los contratos electrónicos producen todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, siempre que concurra el consentimiento y los demás requisitos exigidos. Además, conforme al apartado tercero del mismo precepto, se entiende que el requisito de la formalidad en la escritura queda cumplido, si el contrato se fija en soporte electrónico.

Por tanto, en virtud de este principio, el contrato electrónico es susceptible de producir los mismos efectos jurídicos que el contrato tradicional en soporte físico.

## **2. PRINCIPIO DE DERECHO PREEXISTENTE INALTERADO**

Este principio ya ha sido mencionado en apartados anteriores, y supone que la normativa específica no implica una modificación sustancial del Derecho de Obligaciones y Contratos, así como tampoco de otras materias de Derecho General.

El medio electrónico es un nuevo soporte de transmisión de voluntades, pero no comporta un nuevo modelo contractual, pues los elementos esenciales del negocio jurídico se mantienen inalterados y cambia únicamente el sistema a través del cual se manifiestan. De calificarlo como nuevo tipo contractual, implicaría la necesidad de instaurar otro orden jurídico, así como una normativa determinada para cada contrato electrónico.

En definitiva, la norma que regule determinados aspectos del comercio y la contratación electrónica, en ningún caso puede perturbar la legislación anterior. De ser imprescindible, sólo sería posible adaptar el ordenamiento ya existente a las lagunas que puedan surgir con ocasión de las nuevas tecnologías<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> V. VEGA CLEMENTE, "Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico". *Loc. Cit.*

### 3. PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

El contrato electrónico al igual que el contrato convencional, se rige por el principio de libertad individual para asumir obligaciones, lo que también se denomina “autonomía de la voluntad”.

La libertad contractual, puede definirse como la posibilidad para las partes contratantes de establecer las disposiciones que consideren convenientes en el contrato, con el único límite de que tales pactos no sean contrarios a la Ley, al orden Público ni a la moral. Así pues, la autonomía privada origina para las personas la potestad de elaborar reglas jurídicas privadas, a la vez que las autoriza para realizar actuaciones que creen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas<sup>36</sup>.

Además, este principio tiene una estrecha vinculación con el principio anterior, pues la libertad contractual en el ámbito electrónico se extrae del Derecho de Obligaciones del que ya disponemos, por lo que resulta necesario mantener esa inalteración del derecho preexistente que veníamos señalando.

Por su parte, la Ley Modelo del Comercio Electrónico también reconoce este principio en el precepto 4.1. De ello, es posible deducir que la libertad negocial no se verá afectada en ningún caso, con total independencia de que el soporte que se use para perfeccionar el contrato sea electrónico o físico.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad, en ningún caso impide, desde luego, que cuando así lo requieran determinados asuntos, deba imponerse la ley de forma imperativa. Debiendo limitarse, en consecuencia, la libertad en el pacto.

---

<sup>36</sup> J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho Civil. Parte General I; Volumen Tercero*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 126.

#### **4. PRINCIPIO DE BUENA FE**

La buena fe es un principio básico en la interpretación y ejecución de los contratos electrónicos que se recoge en la Disposición Cuarta de la LSSICE. Encuentra su fundamento en que las tecnologías son un medio rotundamente novedoso y de gran dificultad técnica en ocasiones. Este principio se extrae del derecho preexistente, razón por la cual resulta de suma importancia mantener este último inalterado, tal y como que veníamos señalando en el epígrafe anterior.

El Código Civil en su artículo 7.1<sup>37</sup>, el Código de Comercio en numerosos preceptos, y más normativa, regulan la buena fe, resultando un principio universal para la contratación, consagrado incluso por la jurisprudencia. En el caso de la contratación que se celebra mediante soporte electrónico, precisamente por el desconocimiento que suponen en determinados aspectos los sectores tecnológicos, este principio debe respetarse aún más.

Por su parte, incluso la Ley Modelo, cita en su artículo 3.1 “en la interpretación de la presente ley, habrá de tenerse en cuenta (...) la necesidad de promover (...) la observancia de la buena fe”.

Para finalizar debe mencionarse que la LSSICE, cita una serie de obligaciones para las partes que implican la buena fe contractual, tales como el deber mutuo de información, la exigencia de claridad y exactitud en la transmisión de información, y la obligación de no divulgar datos.

#### **5. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA**

La neutralidad tecnológica exige que ninguna norma beneficie a una tecnología en concreto, sino que todas sean tratadas de idéntica forma. También supone que la ley incorpore todas las tecnologías que existan en el momento, así como las posibles en un

---

<sup>37</sup> Apartado primero, del art. 7 del Código Civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”

futuro. De esta forma, se consigue evitar constantes modificaciones y reformas legislativas frente a los continuos avances tecnológicos.

En lo que a la contratación electrónica respecta, este principio se extrae de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la cual establece que no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de aplicación de la misma, y que esta, además, debe recoger toda innovación tecnológica que pueda surgir<sup>38</sup>.

Sin embargo, ciertamente, el principio ya figuraba en el ordenamiento jurídico español con anterioridad de forma disfrazada. Por ejemplo, los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio mencionan, entre otras, las frases de “por cualquier procedimiento idóneo”<sup>39</sup> y “cualquiera que sea el procedimiento utilizado”<sup>40</sup>.

## **CAPÍTULO IV. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

Los contratos electrónicos pueden diferenciarse entre sí en función de una serie de criterios, que en ningún caso son excluyentes entre ellos. Es decir, un mismo contrato puede enmarcarse de forma simultánea en varios tipos.

Por otra parte, aunque existen numerosos criterios, únicamente citaremos aquellos que a nuestro parecer poseen mayor importancia.

---

<sup>38</sup> Guía para la incorporación del derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Disponible en:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/guide-enactment-model-law-public-procurement-s.pdf>

<sup>39</sup> Artículo 27.2 del Código de Comercio.

<sup>40</sup> Artículo 29.1 del Código de Comercio.

## **1. EN FUNCIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES**

Al igual que sucede en la contratación tradicional, en una relación jurídica electrónica pueden participar una gran variedad de sujetos, así como personas jurídicas: empresas, empresarios, Administraciones Públicas, particulares, consumidores, y trabajadores.

### **1.1. Relaciones fuera del derecho mercantil y consumo. Relaciones de comercio electrónico en las que intervienen Administraciones Públicas**

Las relaciones entre particulares entre sí se denominan P2P (*Peer to Peer*), y pueden ser con ánimo de lucro o a título gratuito. Estas relaciones no interesan al derecho mercantil y de consumo, pues se encuadran en el Derecho Civil. Ciertamente, pueden tener carácter comercial, pero han sido contempladas por la normativa europea y nacional sobre comercio electrónico en menor medida que las operaciones mercantiles o de consumo. Citaremos más adelante este tipo, denominado contratación entre consumidores.

De igual forma, entre las relaciones que no contempla el ámbito mercantil y de consumo, se presentan las B2E (*Business to Employed*), es decir, empresa y trabajador. Aunque no resultan muy usuales, son posibles, y se encuentran estrictamente reguladas por el derecho laboral.

Naturalmente, las Administraciones también pueden hacer uso de la contratación electrónica. Las transacciones entre organismos e instituciones públicas, se denominan A2A (*Administration to Administration*), y en absoluto implican al régimen jurídico del comercio electrónico, debiendo regirse por la normativa disponible en el sector administrativo.

Sin embargo, las transacciones electrónicas entre empresas y Administraciones Públicas denominadas B2A (*Business to Administration*), sí que implican una modalidad de comercio electrónico. En concreto, esta categoría incluye todas las relaciones económicas que se producen entre entidades privadas y públicas.

Igualmente, la Administración también puede vender sus productos o servicios a un consumidor final. Es un tipo de comercio electrónico que se denominan A2C (*Administration to Consumer*)<sup>41</sup>.

En último lugar, debe señalarse que además, de las citadas, existen otras relaciones jurídicas efectuadas a través medios electrónicos, tales como las que surgen con inversores como participantes. De hecho, dado el constante desarrollo tecnológico, es posible que existan relaciones que aún están por conocerse.

### **1.2. Contratos electrónicos mercantiles**

La categoría mercantil electrónica nace cuando todas las partes contratantes tienen la condición de empresas o profesionales.

Este tipo de comercio electrónico se encuentra entre los más habituales, y abarca tanto las operaciones al por mayor, como aquellas que se desarrollan al por menor, o entre pequeños comercios. Se tratan pues, de contratos típicamente mercantiles, que encuentran su diferencia en la forma a través de la que se celebran<sup>42</sup>.

### **1.3. Contratos electrónicos de consumo**

La contratación electrónica de consumo requiere que al menos una de las partes sea consumidor final. Esta categoría recibe el nombre de contratos B2C (*Business to Consumer*), y la negociación tiene lugar entre empresa y consumidor.

Como resulta evidente, se regula por la normativa de consumo, así como también por el régimen jurídico de comercio electrónico<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> J.A. VEGA VEGA, “Teoría del Contrato Electrónico” en *Derecho Mercantil Electrónico*, págs. 104-106, *Loc. cit.*

<sup>42</sup> R. JULIÁ BARCELÓ, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 27 y ss.

<sup>43</sup> J. PLAZA PENADÉS, “Los contratos informáticos y electrónicos” en J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Derecho Civil II*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 563.

Por otra parte, cuando en el contrato electrónico ambas partes intervinientes son consumidores, se denomina modelo de negocio C2C (*Consumer to Consumer*). Sucede que, cada sujeto actúa como destinatario final en una página que sirve únicamente como intermediaria en el intercambio de bienes y servicios entre aquellos. Esta plataforma suele recibir una comisión a cambio.

## **2. SEGÚN LA FORMA EN LA QUE SE PRESTAN LOS SERVICIOS O SE ENTREGAN LOS BIENES**

Conforme a este criterio, el comercio electrónico que implica contratación electrónica, puede clasificarse en comercio directo o indirecto.

El primero tiene presencia cuando todas las fases de la contratación, incluida la prestación, tienen lugar a través de la red, lo que anteriormente denominábamos contratación electrónica “más pura o propia”. La oferta, la aceptación, el pago del precio, y el servicio suceden de forma completamente telemática.

En contraposición, el comercio indirecto consiste en la negociación por medios electrónicos, pero el cumplimiento de la prestación o la entrega de los bienes, se produce de forma presencial<sup>44</sup>. Es decir, los servicios se desarrollan posteriormente a la contratación electrónica, de manera física por el oferente, o se entregan mercancías corporales, que incluso para su traslado al usuario final, requieren servicios de transporte.

## **3. SEGÚN LA FORMA DE EMISIÓN DE LAS DECLARACIONES**

En función de los medios a través de los cuales se emiten las voluntades, es posible diferenciar entre contratación electrónica pura y mixta.

---

<sup>44</sup>J.A. VALBUENA GUTIÉRREZ, “Aspectos sobre la seguridad en la contratación electrónica”, en L. ANGUITA VILLANUEVA, M. CUENCA CASAS y J. ORTEGA DOMÉNECH (coords.), *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 763

Así pues, son contratos electrónicos puros, los que se producen como consecuencia de declaraciones de voluntad manifestadas íntegramente por medios electrónicos. Por ejemplo, la oferta y la aceptación se generan a través del intercambio de correos electrónicos, o páginas webs.

Esta categoría se diferencia de los contratos directos, en que los contratos puros no requieren que la prestación o entrega se produzca necesariamente de forma electrónica. Sino que este tipo sólo exige que las declaraciones de voluntad se transmitan por sistemas telemáticos, con independencia de cómo se desarrolle posteriormente el objeto contractual. De manera que un contrato electrónico puro, puede ser, directo o indirecto.

Por otra parte, se califican como contratos electrónicos mixtos, aquellos en los que las fases de oferta y aceptación se combinan con sistemas electrónicos y tradicionales<sup>45</sup>. A modo de ejemplo, puede citarse la descarga del contrato remitido de forma electrónica, y el envío de la aceptación con la firma del aceptante por correo postal.

Tras la última modificación de la LSSICE, que exige la concurrencia de oferta y aceptación por equipos de redes telemática -esta cuestión será citada en el capítulo siguiente- los contratos mixtos, no tendrían cabida como contrato electrónico reconocido por la ley. Así, podrán ser reconocidos como tal en el lenguaje coloquial, pero ciertamente, no les resultará de aplicación la ley referida.

---

<sup>45</sup>J. PLAZA PENADÉS, “Aspectos sobre la seguridad en la contratación electrónica”, en J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Derecho Civil II*, Págs. 763 y ss, *Loc. Cit.*

# CAPÍTULO V. ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

## 1. ELEMENTO SUBJETIVO

Una de las formas de clasificación de la contratación por medios telemáticos se basa en los sujetos intervinientes, tal y como estudiábamos en un epígrafe anterior. Estos pueden ser: empresarios o profesionales, personas jurídicas, consumidores o particulares.

Los sujetos intervinientes son un elemento necesario en toda relación contractual, pueden definirse como las personas físicas o jurídicas que participan en la negociación de un contrato. Las partes de la relación negocial en la Sociedad de la Información, conforme a la legislación de la que disponemos, son el prestador del servicio y el destinatario del mismo<sup>46</sup>. Sin embargo, ocasionalmente puede haber lugar a otra alternativa en la que los intervinientes son exclusivamente particulares.

### 1.1. El prestador de servicios

El prestador de servicios, se define en el Apartado C) del Anexo de la LSSICE como “la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. De esta forma, cabe entender que la ley únicamente se refiere a los sujetos que contratan a través de redes informáticas en el ejercicio de una actividad económica a distancia, y a aquellos cuya actividad consiste en facilitar a otros el acceso y la operatividad en las redes informáticas. Estos últimos, serían los que prestan los denominados servicios de intermediación<sup>47</sup>.

Además, el Anexo A) de la ley, establece que el servicio de la sociedad de la información ha de constituir una actividad económica para prestador de tal servicio. De

---

<sup>46</sup> Conforme a Directiva Comunitaria 2000/31/CE, sobre el Comercio Electrónico y a la LSSICE

<sup>47</sup> Anexo b) LSSICE, servicio de intermediación: “todo servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”.

manera que, lo habitual es este sujeto sea un empresario o profesional en ambas variantes de intermediario y de quien contrata, pues normalmente resulta complejo que el particular que no posee condición de operador en el mercado, pueda prestar dichos servicios a título oneroso.

Por otra parte, el ámbito de actuación de los prestadores es variado y amplio, puesto que comprende aún más de la simple contratación de bienes y servicios. Tal como, el suministro de información por sistemas informáticos, los servicios o aplicaciones facilitados por otros, las operaciones de intermediación sobre la provisión de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de comunicación, y cualquier otro servicio prestado por solicitud personal de un usuario.

Los servicios anteriores, pueden ser prestados por operadores de telecomunicaciones, proveedores de acceso a internet, portales, motores de búsqueda, así como cualquier otro sujeto que disponga de un lugar en la red mediante el cual le sea posible realizar las actuaciones listadas.

En líneas generales, se excluyen de este ámbito, los sujetos citados en el artículo 5 de la LSSICE: notarios, registradores de la Propiedad y mercantiles, abogados y procuradores, todos ellos en el ejercicio de sus funciones.

## **1.2. El destinatario del servicio**

Conforme a la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, sobre el Comercio Electrónico y a la LSSICE, el destinatario del servicio sería la “persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible”.

En este mismo sentido, la Ley que ocupa el objeto de este trabajo, define al destinatario, en el apartado d) del Anexo, como aquella persona física o jurídica que utiliza un servicio de la Sociedad de la Información, independientemente de que en ello radiquen o no motivos profesionales. En este concepto legal, se incluye, por tanto, a quien

contrata un servicio por medios telemáticos como a la persona a la que se emiten comunicaciones o información a través de internet<sup>48</sup>.

Esta última definición da lugar a cierta equivocidad en tanto que no cita al consumidor en particular, ni a un concepto análogo al mismo, como sucede en otros preceptos de la ley<sup>49</sup>. Incluso, para delimitar de forma más precisa la noción de consumidor, la ley remite en el apartado e) del Anexo, a la definición ofrecida por la LGDCU.

De manera que, al no establecer al consumidor o usuario, como receptor exclusivo, el destinatario que apunta la norma, puede ostentar la posición de consumidor o no. Pudiendo ser también destinatario, aquel que actúe con carácter profesional, siempre que se encuadre en la definición legal. Así lo expone, entre otros autores, Camacho Clavijo, que entiende que el concepto de destinatario se identifica con el usurario del servicio, es decir, toda persona que demanda servicios de la sociedad de la información<sup>50</sup>.

### **1.3. El particular**

En la contratación electrónica mercantil o de consumo, intervienen siempre los anteriores sujetos, y en función de la condición que posea el destinatario del servicio, el contrato será B2B, o B2C.

---

<sup>48</sup> A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, págs. 165 y ss.

<sup>49</sup> Por ejemplo, el artículo 21.2 de la LSSICE, se refiere al cliente: “Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”.

<sup>50</sup> S. CAMACHO CLAVIJO, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Editorial REUS S.A., Madrid, 2005. Págs. 93-96.

No obstante, existe otra disyuntiva en la que ambas partes son estrictamente particulares que celebran el contrato por medio de dispositivos conectados a internet, lo cual es conocido como *Consumer to Consumer (C2C)*.

En este supuesto, cuando los sujetos llevan a cabo una prestación de los servicios de la sociedad de la información, les será de aplicación íntegra la LSSICE<sup>51</sup>, al margen de su naturaleza como particulares.

## **2. ELEMENTOS ESENCIALES: CONSENTIMIENTO, OBJETO Y CAUSA**

Al igual que sucede en un contrato tradicional, para que un contrato electrónico sea válido, se exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: consentimiento, objeto y causa.

El primero de los requisitos supone la manifestación de la voluntad de las partes en contratar, la cual puede ser emitida de diversas formas. En el caso de la contratación electrónica, el consentimiento se exterioriza a través de la oferta y la aceptación, como detallaremos en el capítulo siguiente.

Realmente, no se trata de una nueva modalidad que pueda denominarse “consentimiento electrónico”, sino que consiste en “una forma de consentir” diferente a la convencional, pues se transmite por sistemas telemáticos. De modo que, la esencia del consentimiento no varía y los requisitos exigidos para su validez por las normas civiles y mercantiles, se mantienen inalterados<sup>52</sup>. Siendo el medio, lo que, en efecto, diferencia a

---

<sup>51</sup> Vid. J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Tratado de Contratos. Tomo II*, Madrid, 2013, pp. 1924 y 1925.

<sup>52</sup> Capacidad para emitir el consentimiento (art. 1263 CC); que sea válido porque no concurre ningún vicio del consentimiento (arts. 1266 a 1270 CC), entre otros.

este consentimiento del anterior. Es decir, por “mensaje de datos”, “por vía electrónica”, etc.

En virtud de esto último, ninguna de las partes puede restringir la validez, eficacia u obligatoriedad del acuerdo, sobre la base de que el consentimiento fue emitido por medios electrónicos. Así lo establece el artículo 23.2 de la LSSICE:

*Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.*

Por otra parte, el objeto es el componente por el que las partes manifiestan el consentimiento, lo que también se denomina “cosa” que se contrata. Al no existir una normativa específica relativa a la determinación y validez del objeto en el contrato electrónico, es necesario remitirse a las exigencias que instauran las normas de derecho privado<sup>53</sup>. Estas últimas establecen que el objeto debe ser determinado y cierto, encontrarse dentro del comercio, aunque sea futuro, y en ningún caso puede ser imposible o contrario a las leyes y las buenas costumbres.

Además, existen determinados negocios jurídicos que, mientras no se disponga otra cosa, no podrán ser objeto de contratos electrónicos ni de la normativa aplicable a estos últimos, porque su fuerza ejecutiva se encuentra sometida a una forma concreta<sup>54</sup>. Luego, cada uno de ellos se constituirá conforme a lo que indiquen las leyes pertinentes, como haremos saber en el apartado “oferta” del título ulterior.

En el ámbito mercantil, en ningún caso pueden constituirse como objeto de contratos electrónicos, los siguientes: el contrato de préstamo, seguro de caución y

---

<sup>53</sup> P. PÉREZ-D’OCON, “Los elementos de la contratación electrónica en España: Principios generales y casos prácticos”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR, A. GUERRERO PÉREZ, M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 528 y 529.

<sup>54</sup> En principio, quedan excluidos en todo caso de la aplicación de la normativa relativa al comercio electrónico, todos aquellos contratos cuya válida formación deba realizarse mediante documento público con la intervención de fedatario o funcionario público.

cualquier negocio jurídico de garantía civil o mercantil, si el prestatario actúa fuera de su actividad profesional o comercial.

En último lugar, la causa hace referencia a la finalidad de las partes que motiva la celebración del contrato, esto es, aquello que los intervinientes quieren conseguir. El contrato electrónico, al igual que el tradicional, debe tener una causa de su existencia, pues sin esta, aquel no producirá efecto. Debe ser verdadera y lícita -es decir, no oponerse a las leyes ni a la moral pública-, y no deviene necesario que conste expresamente en el documento, sino que su realidad se presupone, salvo prueba en contrario<sup>55</sup>.

## **CAPÍTULO VI. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO**

Conforme a lo señalado por la doctrina, en la formación del contrato tradicional, vienen distinguiéndose tres fases diferenciadas: fase preliminar o precontractual, fase de perfección mediante el concurso de voluntades, y la fase de consumación o cumplimiento de lo pactado. Estas fases suceden de igual forma en la creación de contratos electrónicos con importantes peculiaridades que detallaremos a continuación.

### **1. FASE PRECONTRACTUAL. LA RESPONSABILIDAD PREVIA AL CONTRATO**

#### **1.1. Deber de información**

La normativa vigente relativa al comercio electrónico establece la obligación para los prestadores de servicios de facilitar información “clara, comprensible e inequívoca”, con anterioridad suficiente a la perfección del contrato electrónico. Dicha obligación se

---

<sup>55</sup> A. PLATERO ALCÓN, “La protección de los consumidores en la contratación electrónica” *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 171-173. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5211058> (consultado 26/01/2023)

extrae de varios preceptos de la LSSICE, los cuales requieren que el prestador de servicios informe al destinatario de manera fácil, gratuita, comprensible y evidente sobre los términos de la contratación, mediante el uso de técnicas adecuadas al medio de comunicación empleado.

Subsidiariamente, la LGDCU, en varios preceptos reitera lo anterior, que la información precontractual dirigida al consumidor ha de ofrecerse de forma clara y accesible, al menos en castellano y de manera completamente gratuita<sup>56</sup>. Entre la información que debe facilitarse al consumidor, según esta última norma, destacamos: las características principales de los bienes o servicios; identidad del empresario; precio total; procedimientos de pago, entrega y ejecución; la existencia de garantía legal; la duración del contrato, y la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato. Finalmente, subraya la norma en el artículo 98.9 que, en la contratación de consumo, le corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones referidas.

Por su parte, la información general que, conforme a LSSICE, se encuentra obligado a facilitar el prestador de servicios se encuentra recogida en el artículo 10 de la Ley<sup>57</sup>, y es afín a la citada en la LGDCU. Asimismo, la norma señala que no es exigencia indispensable que esta información se indique en las ofertas expresamente, sino que, resultará suficiente con que se proporcione el medio para acceder a la misma.

El artículo 27 LSSICE, dispone que además del cumplimiento de los requisitos de información general, el prestador que realice una actividad de contratación electrónica,

---

<sup>56</sup> Vid. Artículos 60, 97.1, 98.1 de la LGDCU.

<sup>57</sup> Información general necesaria que debe proporcionar el prestador: Su nombre o denominación social; su domicilio, o la dirección de un establecimiento en España; su correo electrónico y cualquier dato que permita establecer comunicación con él; los datos de inscripción en el Registro Mercantil; los datos sobre autorización previa de su actividad; en el caso de profesionales, se encuentra obligado a señalar los datos relativos a estos, como el Colegio al que pertenece, y el título con el que cuente; su número de identificación fiscal, información sobre el precio del producto o servicio, indicando, si incluye los impuestos pertinentes, así como los gastos de envío si corresponden; los códigos de conducta a los que se encuentra adherido, y la forma de tener acceso para consultarlos.

tendrá obligación de facilitar al destinatario antes de la contratación, la siguiente información especial:

- Todos los trámites a seguir para la celebración del contrato.
- Si el prestador archivará el documento electrónico en el que se formalice el contrato, y en ese caso, si el mismo será accesible.
- Los medios técnicos que le proporcionará para identificar y corregir errores en la introducción de los datos.
- El idioma o idiomas en los que podrá formalizarse el contrato.

La anterior obligación se entenderá cumplida, si el prestador la expone en su página o sitio web, no siendo necesario, en ese caso, que detalle dicha información en el contrato.

No obstante, la LSSICE excluye esta obligación de información especial para el prestador en el apartado segundo del mencionado precepto, en dos supuestos: cuando ambos contratantes así lo negocien, siempre que ninguno de ellos tenga la condición de consumidor; o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correos electrónicos o cualquier comunicación electrónica análoga. Esto último siempre que, dichos medios no sean empleados con el objetivo de eludir tal obligación.

Finalmente, el artículo 12 bis de la LSSICE, fija, además de todas las anteriores, unas obligaciones más concretas, para los proveedores de servicios de intermediación con domicilio en España que realicen actividades de prestación de servicios de acceso a internet. Estas obligaciones pueden denominarse de “información sobre seguridad en internet”, y abarcan varias cuestiones: el informar a los destinatarios sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de seguridad de la información y sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de sus servicios; comunicar las herramientas disponibles para el filtrado y la restricción del acceso a determinados

contenidos y servicios, nocivos para la juventud y la infancia; y facilitar la suficiente información acerca de las responsabilidades en las que es posible incurrir por el uso de internet con fines ilícitos.

## **1.2. Responsabilidad previa entre empresarios**

Cabe plantearse si la negociación preliminar a la conclusión de un contrato puede suscitar alguna responsabilidad conforme a las reglas de la buena fe.

Pues, precisamente, en los supuestos contractuales entre empresarios y profesionales, son usuales ciertos actos instados por una o ambas partes a fin de conocer con exactitud el objeto negocial, conocidos como “tratos preliminares”. Se trataría, por tanto, de un análisis previo entre ambas, con sus consiguientes acuerdos, sobre las condiciones y características de la contraprestación que se consumará en el caso de formalizarse el contrato.

Así pues, durante la fase de dichos tratos preliminares, por ejemplo, la actuación de uno de las intervinientes puede persuadir a la otra a realizar determinados desembolsos sobre el posible contrato. En principio, los gastos corren a cuenta de quien los haya desplegado.

Sin embargo, esto último encuentra una excepción cuando la conducta de la otra parte incurre en mala fe. Pues, reiterada jurisprudencia y doctrina ha venido entendido que el perjudicado puede exigir daños y perjuicios sobre la base de la responsabilidad originada de la culpa *in contrahendo*.

En este sentido, dada la falta de tipicidad en un precepto concreto, se ha llegado a buscar cobertura legal de la culpa *in contrahendo* en el artículo 1902 del Código Civil, relativo a la responsabilidad extracontractual. De esta forma, sería posible obligar al responsable a resarcir a la otra parte, los daños y perjuicios ocasionados por mala fe como

consecuencia de los “tratos preliminares” a la perfección contractual<sup>58</sup>. El principal problema que plantea esta solución, es el reducido plazo de prescripción para ejercer acciones legales, que posee la disposición citada<sup>59</sup>.

Por otro lado, parte minoritaria de autores, considera que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por actos precontractuales entre empresarios, deriva de la aplicación del principio de buena fe fijado en el artículo 77 CC, y no tanto por la *culpa in contrahendo*<sup>60</sup>.

En cualquier caso, para que tenga cabida responsabilidad alguna por los “tratos previos”, es esencial, probar la intención notoria y manifiesta de no negociar por una de las partes, lo cual es sumamente complejo, máxime, en la contratación entre ausentes.

## **2. FASE DE PERFECCIÓN: ACUERDO DE VOLUNTADES**

### **2.1.La oferta contractual**

#### *2.1.1. Concepto*

La oferta puede definirse como la “declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras personas determinadas, proponiendo la celebración de un contrato igualmente determinado”<sup>61</sup>. Sucintamente, es posible concretar este concepto en la proposición orientada a la formación de un negocio jurídico concreto.

Es imprescindible que la oferta cumpla todas las características necesarias de una declaración de voluntad para que sea válidamente emitida, así como que también

---

<sup>58</sup> J. A. VEGA VEGA, “Biología del contrato electrónico”, pp. 187-189, *Loc. Cit.*

<sup>59</sup> Artículo 1968.2 CC: La acción derivada de la responsabilidad civil extracontractual, prescribe al año desde que los supo en agraviado.

<sup>60</sup> Vid. M. ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1971, pp. 916-920

<sup>61</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Págs. 281 y ss, *Loc. Cit.*

manifieste una intención clara de obligar al oferente. De tal forma que, no resulte necesario volver a emitir esta declaración posteriormente.

En último lugar, la LSSICE señala que la oferta quedará revocada o caducada cuando cese el tiempo fijado por el oferente o el tiempo en el que los servicios se encuentren accesibles para los destinatarios, y cuando exista justa causa<sup>62</sup>. Los dos primeros supuestos, pueden denominarse plazo de vigencia, pues la oferta queda sometida a este periodo, que una vez transcurrido, produce la extinción de dicha voluntad.

### *2.1.2. La forma de emitir la oferta electrónica*

El contrato electrónico, como ya anunciábamos previamente, queda sujeto al principio de libertad de forma plasmado en los artículos 1.278 del Código Civil y 51 del Código de Comercio. Con excepción de aquellos contratos cuya fuerza ejecutiva se encuentra condicionada a la forma, los que la ley exige necesariamente una forma constitutiva para su validez, aquellos en los que así lo pactan las partes, y los contratos que precisan inscripción en un Registro Público<sup>63</sup>.

La oferta para la posterior formalización de un contrato electrónico, de acuerdo a dicho principio puede ser manifestada por cualquier medio, con el único límite de que, en el caso de los contratos intervenidos por la LSSICE, este sistema sea electrónico.

---

<sup>62</sup> Art. 27.3 de la LSSICE: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

<sup>63</sup> C. BARRIUSO RUIZ, “Contratación Electrónica”, Pág. 125, *Loc. Cit.*

### *2.1.3. Las ofertas a consumidores*

#### 2.1.3. a) Regulación general

Ocasionalmente, ciertas ofertas indeterminadas y públicas, pueden tener validez, siempre que cumplan los requisitos establecidos en LGDCU.

Así pues, el artículo 61.1 de la mencionada ley establece “La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”.

Por su parte, el apartado siguiente del mismo artículo, clarifica sobre lo anterior que “El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”.

Y el tercer punto del mismo precepto finaliza reconociendo que las condiciones más beneficiosas del contrato siempre prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad, con el objetivo de ofrecer seguridad y protección a los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

En el caso de las ofertas telemáticas, el artículo 94 de la citada ley, viene a fijar que a las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, les será aplicable lo dispuesto en dicha norma, así como lo que establezca la normativa específica, es decir, la LSSICE. De esta forma, queda consolidado que las ofertas emitidas por medios electrónicos o tecnológicos, deberán ajustarse, entre otras disposiciones, al artículo desarrollado (artículo 61).

### 2.1.3. b) Regulación específica

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, regula la oferta electrónica en sus artículos 19 a 22.

En primer lugar, señala que también será de aplicación a la materia, la normativa vigente de material comercial y publicidad<sup>64</sup>, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>65</sup>, así como toda la normativa complementaria a la misma<sup>66</sup>.

En el artículo 20 determina, a tenor de lo establecido por la LGDCU, que toda comunicación realizada por vía electrónica, debe ser claramente identificable, así como también debe serlo, la persona o personas a las que se dirige. En el caso de las ofertas promocionales, será necesario asegurar, además del cumplimiento de los requisitos anteriores y aquellos establecidos por la legislación aplicable, que queden indudablemente identificables las mismas, y que las condiciones de acceso o participación sean expresadas de forma inequívoca. Prohíbe, en todo caso, las comunicaciones en las que no sea posible identificar al remitente, ya sea porque se disimule o porque se oculte su identidad.

En lo que respecta al envío de comunicaciones promocionales o publicitarias por correo electrónico, la ley exige, la previa autorización o solicitud del destinatario de las mismas. Si el prestador, hubiese obtenido los datos de forma lícita como consecuencia de

---

<sup>64</sup> Entre otras, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

<sup>65</sup> *BOE* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

<sup>66</sup> Entre otros, citar: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), *DOUE* núm. 119, de 4 de mayo de 2016. Y Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, *BOE* núm. 155, de 29 de junio 2022.

una relación comercial anterior, podrá emplear el envío de dichas comunicaciones para ofrecer similares servicios o productos a los inicialmente contratados.

De todas maneras, conforme al artículo 21, el prestador se encuentra obligado a facilitar al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos, cuando este último así lo desee, y siempre a través de un procedimiento simple.

En último lugar, el artículo 22 de la LSSICE, se refiere a los derechos de los destinatarios de servicios. En la misma línea que el párrafo precedente, este artículo determina el derecho de los usuarios de revocar su consentimiento para recibir comunicaciones, y la obligación del oferente de establecer procedimientos sencillos y gratuitos para ejercer tal derecho. En el supuesto de comunicaciones a través de correo electrónico, en las mismas deberá incluirse una dirección de correo electrónico y otra dirección electrónica, donde el usuario podrá ejercitar el derecho citado.

El artículo, finaliza señalando que, los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, únicamente cuando estos últimos hayan dado su consentimiento tras conocer la información concreta y completa sobre su utilización.

#### *2.1.4. Ofertas cruzadas y contraoferta*

Las ofertas cruzadas tienen lugar cuando tras la formulación de diferentes ofertas por cada parte, ambas terminan concordando el objeto contractual y las condiciones.

Suscita numerosos problemas el determinar si el contrato es perfeccionado tras la emisión y recepción de ambas ofertas, o si faltarían en el caso en cuestión, el presupuesto que exige los artículos 1262 CC y el último párrafo del 54 del CCom, sobre la necesidad de que la aceptación sea manifestada para la existencia del consentimiento.

Además, en este supuesto cada interviniente expresa las dos voluntades de oferta y aceptación, por lo que realmente es difícil considerar la perfección contractual cuando existen intereses notoriamente contrapuestos. En todo caso, habrá que estar a la ocasión concreta y hacer un estudio detallado para determinar si dichos intereses contrapuestos pueden ser compatibles. Una vez entonces, será esencial determinar qué proposición actuará como oferta y cuál como aceptación, a fin de fijar con ello, el lugar y momento de celebración del contrato, con su consiguiente perfección<sup>67</sup>.

En lo que a la contraoferta respecta, esta vendría a ser aquella oferta que mejora o, modifica la oferta previamente emitida por el proponente inicial a través de una negociación. La contraoferta, debe ser mejor y destacada, o, siquiera, cambiar alguna condición sustancial, tal como el precio del bien. Si la otra parte acepta esa contraoferta, no hay dificultad alguna para establecer la perfección contractual. Pues es inequívoco que parte actúa como ofertante y quién como aceptante<sup>68</sup>, por lo que, es perfectamente identificable el lugar y el momento de celebración. Siendo aplicable, por tanto, lo que resulta para una oferta telemática común, ya analizado en el apartado previo.

## **2.2. La aceptación**

### *2.2.1. Concepto*

La aceptación la emite el destinatario de la oferta, una vez ha tenido conocimiento de esta última. En todo caso, la oferta será aceptada en los mismos términos en los que ha sido formulada por el oferente, de tal manera que, el receptor asume la obligación que se propone en la oferta<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> J.A. VEGA VEGA, “Biología del contrato electrónico”, en *Derecho Mercantil Electrónico*, pág. 192, *Loc. Cit.*

<sup>68</sup> Tras la contraoferta, quien en un principio actuaba como ofertante, se convierte en aceptante, y viceversa.

<sup>69</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, págs. 190 y 191, *Loc. Cit.*

Tras la emisión de la aceptación se concluye y perfecciona el contrato, siendo preciso para que produzca los efectos contenidos en el cuerpo del mismo que, el proponente conozca que ha tenido lugar la aceptación. A partir de entonces, se producirá la última fase de la contratación, la ejecución del contrato.

En esta línea se pronuncia el artículo 28 la LSSICE, que entiende que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan pueden tener constancia de ello. Por lo que, además de la simple emisión, sería necesaria para la ejecución, una manifestación de recepción de la aceptación, que acredite ese conocimiento sobre la misma.

En este sentido, si el oferente confirma la recepción de la aceptación por acuse de recibo, se presume que el destinatario tiene constancia desde que el acuse de recibo haya 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<sup>70</sup>. En esta misma línea, la Directiva sobre Comercio Electrónico<sup>71</sup>, también entiende recibido el pedido y el acuse de recibo, cuando las partes a las que se dirige tienen acceso a ambos.

No será necesaria dicha confirmación cuando así se acuerde por las partes, y ninguna de ellas sea consumidor. Así como tampoco, cuando el contrato haya sido celebrado únicamente por correo electrónico o a través de cualquier otro medio de comunicación electrónica análogo, siempre que los mismos no sean empleados con el objetivo de evitar dicha obligación.

Los contratos tradicionales, la aceptación y el conocimiento suelen estar ligados, por lo que, en la mayoría de los supuestos, la perfección contractual, con la consiguiente consolidación, son prácticamente inmediatas. No sucede igual en la contratación electrónica, pues los intervinientes manifiestan sus declaraciones a distancia, de manera

---

<sup>70</sup> Artículo 28.2. LSSICE.

<sup>71</sup> *DOCE* núm. 178, de 17 de julio del 2000.

que, el tiempo que respecta al conocimiento de cada parte sobre la manifestación de la otra, puede prolongarse.

Finalmente, corresponde mencionar que, el plazo de la aceptación es dependiente de la revocación o caducidad de la oferta, que mencionábamos en el epígrafe anterior. Pues, la aceptación será válida y habrá de manifestarse mientras la oferta no se encuentre caducada o revocada.

### 2.2.2. *Forma*

En lo que a la forma de la aceptación respecta, en principio, aquella podrá emitirse por cualquier medio que sea electrónico, a excepción de que el oferente estipule uno concreto.

En este sentido, es interesante mencionar, que anteriormente, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 1991, entendía que era suficiente con que la aceptación se realizase por medios electrónicos, al margen de la oferta. Literalmente, definía al contrato electrónico de la siguiente forma:

*Todo contrato en el que, al menos la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.*

Conforme a este artículo, si la oferta se emitía en una página web, pero el contrato se concluía de manera presencial, este negocio jurídico se encuadraba en la forma tradicional de contratación. No sucedía lo mismo si la aceptación se facilitaba por correo electrónico, aunque la oferta se hubiese publicado de forma física. Pues en este último caso, al emitirse la aceptación a través un medio electrónico, podía entenderse que existía un contrato electrónico.

No obstante, tras su publicación, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 2002, vino a implantar una exigencia más estricta para determinar la realidad del contrato electrónico. En el Anexo g) establece literalmente que la oferta y la aceptación necesariamente se realicen por medios electrónicos:

*“Contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico” todo contrato en el que la oferta y aceptación se transmiten por medio de equipos electrónico de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.*

De forma que, a partir de entonces, para que a un contrato electrónico le resulte aplicable la LSSICE, y tenga consideración de Servicio de la Sociedad de la Información, resulta indispensable que ambas declaraciones de voluntad se emitan por medios electrónicos.

### **2.3. Momento de perfección del contrato electrónico**

El contrato electrónico es distinguido por la ausencia de la persona física, pues los intervinientes no están presentes durante su conclusión. Ello, no siempre implica, desde luego, que las declaraciones de voluntad sucedan en largos periodos de tiempo, como acontece en la contratación a distancia o “por correspondencia”. Pues en este caso, las manifestaciones pueden transmitirse, en la medida de lo posible, de forma simultánea, o en tiempos relativamente breves.

Como se ha mencionado con anterioridad, la simple aceptación no siempre determina el momento de la formalización del contrato, sino que puede resultar exigible el cumplimiento de otras circunstancias. En este marco se encuentran diferentes teorías sobre el momento de celebración contractual: declaración, expedición, recepción y conocimiento.

Así pues, las nuevas redacciones del artículo 1262 CC (párrafo primero) y 54 del Código de Comercio (párrafo segundo), siguen las teorías del conocimiento y la recepción para la contratación a distancia:

*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.*

Conforme a dichos preceptos, el contrato a distancia se entenderá perfeccionado cuando el oferente tenga conocimiento de la aceptación. O, desde el momento en el que recibe la aceptación, cuando la misma, no pudiera ignorarse sin incurrir en mala fe.

Sin embargo, la LSSICE, introduce además de la anterior modificación, otra en los últimos párrafos de los artículos anteriores, para fijar que:

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.*

A tenor de este párrafo, en el particular caso de los contratos electrónicos, bastaría la emisión de la aceptación para determinar el momento de celebración del contrato. No siendo necesaria, la constancia por parte del oferente<sup>72</sup>.

En definitiva, al establecerlo así la normativa específica (LSSICE), resulta aplicable la teoría de la emisión y quedan excluidas las teorías de la recepción y el conocimiento. En consecuencia, la perfección contractual se produce desde el momento de la emisión de la aceptación.

---

<sup>72</sup> C. R. IGLESIAS MARTIN “Peculiaridades de la contratación electrónica”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nº 16, Febrero, 2022, Págs. 1326-1329. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/82948/56.-Carmen-Iglesias-Martin-1314-1333.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 09/12/2022)

Finalmente mencionar que, aunque no sea requisito para la perfección, es relevante que el ofertante pueda tener constancia de la aceptación a efectos de consumación del contrato y con independencia de que emita posteriormente el acuse de recibo. Pues, sólo desde ese conocimiento puede entenderse realmente recibida la aceptación, y por consiguiente, tener comienzo la siguiente fase contractual.

#### **2.4. Lugar de perfección**

La determinación del lugar de celebración del contrato es de suma importancia, puesto que fija la competencia jurisdiccional, así como la normativa que resultará de aplicación.

La Ley nacional de Servicios de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, determina que el lugar de la formación del contrato dependerá de la condición que ostente cada contratante. De manera que, si una de las partes es consumidor final, el lugar será el domicilio o residencia habitual de este mismo -apartado primero del artículo 29.1 LSSICE-. Además, la norma no admite otra posibilidad que no sea la residencia del usuario, con la finalidad de asegurar la protección de aquel.

Si, por el contrario, ambas partes son empresarias, el contrato se presumirá celebrado en el lugar en el que se encuentre establecido el prestador de servicios, salvo pacto en contrario. Por lo que, en principio, las partes tienen plena autonomía para establecer el lugar, y en su defecto, será el fijado por la norma -apartado segundo del artículo 29 LSSICE-.

La segunda solución ofrecida encuentra fundamento en la similar posición negocial que ostentan los intervinientes, lo que, no genera necesidad de establecer beneficios a uno de ellos, como sucede en la situación primero citada.

### **3. FASE DE CONSUMACIÓN. EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

#### **3.1. Deber de información posterior a la celebración del contrato**

Con el objetivo de dar fe al contrato formalizado, la LSSICE establece la obligación para el oferente de confirmar la recepción de la aceptación de su oferta. Esta obligación es indiferente del momento de perfección del contrato electrónico, que como se ha mencionado previamente, sucede desde la emisión de la aceptación.

Por ello, el prestador deberá enviar acuse de recibo por correo electrónico, u otra comunicación electrónica análoga a la dirección que el destinatario señale. También podrá emitir la confirmación por cualquier medio similar al utilizado en el procedimiento de contratación, pero en este último caso, deberá garantizar al destinatario la opción de archivar dicha confirmación<sup>73</sup>.

Esta obligación no tiene cabida cuando la contratación electrónica se lleve a cabo mediante el intercambio de correos electrónicos u otro sistema de comunicación equivalente, pues cada parte tiene la oportunidad de preservar los documentos en un soporte duradero. Tampoco surge esta obligación, cuando así lo hayan acordado las partes, siempre que ninguna de ellas tenga condición de consumidor<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Artículo 28.1 LSSICE

<sup>74</sup> Artículo 28.3 LSSICE

En último lugar, debemos mencionar que el artículo 38 de la LSSICE tipifica las infracciones en materia de incumplimiento de las obligaciones de información precontractual y postcontractual. De manera que, la falta de información por parte del prestatario de un servicio de la sociedad de la información, puede acarrear a este último, consecuencias considerables<sup>75</sup>.

### **3.2. Identidad de la prestación**

El cumplimiento de las contraprestaciones acordadas en un contrato electrónico se encuentra sujeto a los principios de identidad e integridad, que instaaura la contratación clásica.

En el caso de contratación con consumidores, la LGDCU determina una serie de normas que resultan aplicables a los contratos electrónicos, para los supuestos de imposibilidad de cumplimiento relativa a la identidad de objeto contractual.

La primera de ellas alude al caso de no hallar disponible o posible el bien o servicio estipulado. En este supuesto, la Ley posibilita al empresario suministrar un bien o servicio con propiedades similares, y con la misma o superior calidad. En absoluto, podrá elevar el precio por ello, y deberá informar previamente al consumidor de tal circunstancia. De producirse finalmente el cambio, el consumidor tendrá derecho a desistir y resolver el contrato en las mismas condiciones que si se tratara del bien o servicio primero solicitado<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Artículo 38.4. Son infracciones leves:

- e) No facilitar la información a que se refiere el artículo 27.1, cuando las partes no hayan pactado su exclusión o el destinatario sea un consumidor.
- f) El incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de una petición en los términos establecidos en el artículo 28, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor, salvo que constituya infracción grave.

<sup>76</sup> Artículo 111 LGDCU.

La segunda premisa, se refiere a la no ejecución del contrato por el empresario, por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado. Así, el consumidor deberá ser informado de tal extremo, y tendrá derecho a recuperar las cantidades abonadas a causa del contrato. En el caso de demoras injustificadas en el reembolso del monto percibido, el cliente podrá solicitar el doble de la cuantía adeudada con independencia de la indemnización por daños y perjuicios que podría corresponderle<sup>77</sup>.

### **3.3. Tiempo de cumplimiento**

La LSSICE no establece el régimen jurídico del tiempo de ejecución del contrato electrónico, pues como se ha mencionado con anterioridad, esta ley regula únicamente las peculiaridades relativas al medio de comunicación. En todo lo restante, deviene obligatorio remitirse a la normativa que regula el régimen común aplicable a los contratos a distancia.

Así pues, la norma de consumidores y usuarios, fija que, salvo otro acuerdo, el empresario se encuentra obligado a la ejecución del pedido sin retraso injustificado, en el plazo máximo de 30 días naturales desde la celebración del contrato<sup>78</sup>.

En el caso de contratos electrónicos entre empresarios, será de aplicación lo dispuesto en el Código de Comercio. En lo relativo a la compraventa, salvo estipulación de las partes sobre el plazo de entrega de las mercancías, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato<sup>79</sup>. También habrá de estar, en su caso, a lo dispuesto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre la morosidad en las operaciones mercantiles<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Artículo 110 LGDCU.

<sup>78</sup> Artículo 109 LGDCU.

<sup>79</sup> Vid. los artículos 329, 330, 331, 337, y el resto de preceptos correlativos.

<sup>80</sup> BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2004.

### **3.4. Lugar de cumplimiento**

Actualmente, no existe ninguna norma concerniente al lugar de cumplimiento de un contrato electrónico, de manera que, será necesario acudir a lo pactado por las partes, o a lo consignado en la información por el predisponente.

En defecto de lo anterior, habrá que acudir al régimen general previsto en determinados preceptos del Código Civil, como los artículos 1170 y 1500<sup>81</sup>, entre otros. Y en todo caso, debemos tener presente que en el ámbito internacional podrían modificarse determinadas cuestiones en función de la normativa que resulte de aplicación.

Finalmente, consideramos interesante referirnos al artículo 66 de la LGDCU. Este artículo determina que, en la contratación con consumidores, la otra parte no podrá hacer obligatoria la personación del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, debiendo dejar constancia, de cualquier acto realizado con dicho carácter. Evidentemente, el fin de este artículo es evitar que el consumidor realice desplazamientos innecesarios instados por el empresario.

---

<sup>81</sup> Art. 1500 CC: “El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida”.

## **CAPÍTULO VII. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

La regulación del mercado ha de armonizar con todos los participantes. De tal forma que, la misma debe tener en cuenta, además de los intereses de los agentes económicos en las relaciones negociales, los derechos de los consumidores y usuarios, configurada como parte más débil en la contratación.

Con base en esta idea, se ha tratado de fijar una tutela adecuada a los consumidores que participan en actos de comercio con otros operadores de mercado. La finalidad reside en garantizar la seguridad de la contratación, y por consiguiente, aumentar la demanda.

No se oculta, por tanto, que ciertamente los consumidores ostentan mayores garantías en el seno de la contratación que los empresarios. Cuestión que, sin duda, resulta lógica teniendo en cuenta que no existe igualdad en la contratación de consumo, y, frecuentemente, los consumidores se encuentran con cláusulas predispuestas y abusivas.

Por su parte, y aunque no es la finalidad principal de la normativa, los empresarios que contratan con otros profesionales, también pueden verse perjudicados por condiciones previamente integradas en el contrato por una de los contratantes. Cláusulas, que, dado también su carácter de abusivas, producen un menoscabo en sus intereses. Si bien es cierto que sucede con menos habitualidad que la anterior premisa, no es menos evidente que requiere un amparo legal y jurisprudencial para la interviniente afectada, materia que al igual que la anterior, se abordará en el presente título.

En virtud de lo anterior, la práctica de normas imperativas que limiten la autonomía de la voluntad, e interpreten favorablemente a los intereses de la parte contractual más débil, encuentra aún más justificación en la contratación electrónica.

## 1. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

### 1.2. Breves consideraciones

Las cláusulas no negociadas individualmente o predispuestas por los agentes de mercado, que se incorporan de forma genérica a contratos, son prácticas realmente usuales en la contratación electrónica. La finalidad de su incorporación en los mismos es conseguir adherentes.

Aunque los supuestos de adherentes consumidores son los más conocidos, también tienen lugar contratos entre adherentes profesionales. En ambos casos, es posible, por tanto, que existan cláusulas no negociadas individualmente.

La protección más amplia al adherente la encontramos en la LSSICE. Pues esta norma engloba tanto a personas físicas como jurídicas, con independencia de su ámbito de actuación, empresarial o personal. Por su parte, el Derecho Europeo, se centra en la protección del consumidor, a quien considera sujeto vulnerable en el comercio.

Ciertamente, en la contratación electrónica, cabe la negociación individual entre cada uno de los intervinientes, pudiendo establecer entre ellos, los acuerdos y condiciones que estimen apropiados. Sin embargo, como se ha mencionado, resultan más habituales las prácticas en las que las cláusulas están predispuestas (por ejemplo, *point and click*<sup>82</sup>). En este último caso, en razón de que el contrato electrónico no supone una nueva modalidad contractual, cuestión que se ha estudiado previamente, resultará aplicable la normativa sobre condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas.

---

<sup>82</sup> Contratos en los que la aceptación se emite con la simple pulsación (o *click*) en la casilla de términos y condiciones.

## **1.2. Normativa aplicable**

### *1.2.1. Adherente consumidor o usuario*

La normativa comunitaria protege al consumidor y usuario en numerosos aspectos del comercio y la contratación electrónica. Entre las distintas normas, destaca la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores<sup>83</sup>. No obstante, en el ámbito europeo no se ha sido publicada hasta el momento, una norma específica que regule las condiciones generales de la contratación electrónica con consumidores.

En relación con la legislación nacional, las condiciones generales de la contratación vienen regulándose desde 1984. Pues la LGDCU, ya contenía referencias a las cláusulas predispuestas por un profesional en los contratos con consumidores.

Más de una década después, en 1998, se promulgó la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, la primera norma jurídica que regulaba de forma específica y exclusiva las condiciones generales. Esta ley, además de establecer una regulación más detallada en la materia, modificó la redacción del artículo 10 LGDCU, e introdujo para aquel entonces, el artículo 10 bis y una disposición adicional primera.

Posteriormente, el Título II del Libro II, del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), se dedicó de forma exclusiva a la regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

A fin de regular las cláusulas predispuestas en la contratación a distancia, o sin presencia simultánea de los contratantes, por vía telefónica, electrónica o telemática, se publicó el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la

---

<sup>83</sup> *DOUE* núm. 304, de 22 de noviembre de 2011

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<sup>84</sup>.

El objetivo de dicha norma, como dice el propio título, era regular de forma más precisa determinadas cuestiones relativas a la contratación a distancia, telefónica y electrónica con condiciones generales. Su ámbito subjetivo de aplicación, al igual que la norma genérica (LCGC), incluía a profesionales y particulares.

Sin embargo, en marzo de 2014, dicha disposición resultó derogada por la Ley 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre<sup>85</sup>.

Por su parte, la LSSICE, ofrece una amplia protección al destinatario de un servicio de la Sociedad de la Información, con independencia de su condición profesional o no, a través de numerosas obligaciones precontractuales de información. Ciertamente, de esa forma es posible evitar el desconocimiento del adherente sobre las cláusulas predispuestas.

No obstante, dicha protección no deviene suficiente, pues la LSSICE, no regula detalladamente las condiciones generales incluidas en contratos electrónicos de consumo. Por lo que, no habiendo normativa específica al respecto -CGC en contratos de consumo-, resultarán de aplicación la LCGC y los preceptos pertinentes de la LGDCU en la materia que nos ocupa.

---

<sup>84</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1999.

<sup>85</sup> BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

### *1.2.2. Adherente empresario*

A diferencia de lo que sucede en la contratación de consumo, los empresarios en los contratos que celebran con otros operadores del mercado no se encuentran con una amplia protección. Pues, la ley ha venido entendiendo desde hace décadas que, en los negocios jurídicos entre profesionales, ninguna de las partes ostenta una posición más vulnerable.

Así sucede en la contratación con condiciones generales entre empresarios en ámbito europeo. No es posible encontrar una norma comunitaria que dedique sus preceptos a regular esta materia.

Sin embargo, la legislación nacional se ha preocupado por incluir al empresario en la persona del adherente de cláusulas no negociadas individualmente. La LCGC, como se detallará en el apartado siguiente, fija que cualquier persona jurídica o física puede actuar como adherente de un contrato, con independencia de la actividad económica.

De esta forma, queda claro que la citada ley regulará con preferencia sobre el resto de normas, los negocios jurídicos entre profesionales en lo que medien cláusulas predispuestas. En defecto de la LCGC, podrá establecerse protección al empresario adherente por cauces no previstos en exclusividad para condiciones generales.

Por ende, a través de las normas de Derecho de la Competencia, será posible fijar mecanismos de protección a los empresarios más débiles. En ámbito nacional, están presentes la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>86</sup> y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007

<sup>87</sup> BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Igualmente, y cuando tenga cabida, podrá acudir a la protección ofrecida por las reglas generales de la contratación y del derecho de obligaciones, instauradas por el Código Civil y el Código de Comercio<sup>88</sup>.

### **1.3. Ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación**

En lo que concierne al ámbito objetivo, la LCGC fija que son condiciones generales, las cláusulas predispuestas “cuya incorporación al contrato sea exclusivamente impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>89</sup>.

De dicho concepto, se extraen dos requisitos: las cláusulas tienen que ser predispuestas por una de las partes con anterioridad a la celebración del contrato, y la finalidad de dicha predisposición, es que sean incorporadas a numerosos contratos. Las cláusulas son impuestas para que sean aceptadas sin modificación alguna por el adherente, de manera que no existe negociación.

En cuanto al ámbito subjetivo, la LCGC, se aplicará a los contratos celebrados entre un profesional y cualquier persona física o jurídica. El primero tendrá la condición de predisponente, y necesariamente deberá ser persona física o jurídica que actúa en el ejercicio de una actividad profesional o empresarial pública o privada<sup>90</sup>.

El segundo, tal y como ya se ha mencionado en el apartado de normativa aplicable, podrá ser consumidor o empresario, incluso profesional sin necesidad de que actúe en el

---

<sup>88</sup> N. MATO PACÍN, “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2017, pp. 55-75. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-81](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-81)

<sup>89</sup> Artículo 1.1 LCGC

<sup>90</sup> Artículo 2.2 LCGC.

marco de su actividad, y recibirá el nombre de adherente. Digamos que, se concluye que, la LCGC dispone un ámbito subjetivo más extenso en la persona del adherente que en la del predisponente.

Por otra parte, la ley excluye de su aplicación una serie de contratos, que deberán ser regulados por la normativa oportuna: contratos de trabajo, administrativos -entre Administraciones Públicas respectivamente-, los sucesorios de familia, y los referentes a la constitución de sociedades. Excluye también, las condiciones que indiquen las disposiciones de los Convenios Internacionales en los que sea parte España<sup>91</sup>.

En el caso de condiciones generales en contratos entre Administraciones Públicas y consumidores, serán de aplicación las normas sobre la materia previstas en los artículos 80 y ss de la LGDCU, además de las correspondientes en la LCGC<sup>92</sup>.

#### **1.4. Control de las condiciones generales**

##### *1.4.1. Cuestiones aplicables a ambos sujetos: profesionales y consumidores*

El artículo 27.4 de la LSSICE, establece “con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse al contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”.

En este sentido, también se pronuncia, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>93</sup>. Así, en su artículo 22, fija como obligación del prestador el ofrecer al destinatario del servicio de forma clara e

---

<sup>91</sup> Artículo 4 LCGC.

<sup>92</sup> *Vid.* Artículo 59.3 LGDCU.

<sup>93</sup> *BOE*, núm 283, de 24 de noviembre de 2009.

inequívoca las condiciones y cláusulas generales, con anterioridad a la celebración del contrato, o en su caso, a la prestación del servicio.

El artículo 5 abarca los requisitos de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente. Así pues, en su apartado primero, establece que serán incorporadas al contrato una vez el adherente acepte la incorporación y todos los contratantes firmen el documento. En ningún caso, se entenderá que ha existido aceptación, cuando aquel no haya sido informado detalladamente sobre las mismas, y no se le haya facilitado un ejemplar con su contenido.

Por otra parte, el apartado 3 del mismo precepto, hace referencia a los contratos que no requieren formalización escrita. En este caso, será suficiente con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible, las incorpore a la documentación del contrato, o que de cualquier forma garantice al adherente una posibilidad real de conocer el contenido de las mismas.

En todo caso, tal y como afirma el apartado 5 del precepto que venimos desarrollando, la redacción de dichas condiciones debe adaptarse a los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones no transparentes incorporadas en perjuicio del consumidor, tendrán la consideración de nulas de pleno derecho.

Además, todas aquellas cláusulas que contravengan lo establecido en la ley, estarán supeditadas a la no incorporación y nulidad que recogen los artículos 7-9 LCGC. De tal manera que, en ningún caso serán incorporadas al contrato electrónico, aquellas cláusulas que:

- El adherente no ha tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato,

- No hayan sido firmadas por el adherente, cuando era exigible con arreglo a lo determinado en el artículo 5, y,
- Las ilegibles, oscuras, ambiguas e incomprensibles, salvo que estas últimas hubiesen sido expresamente aceptadas y se ajustasen a la normativa pertinente.

Por su parte, las condiciones que contradigan la propia ley y otras normas imperativas, se declararán nulas. En tal caso, si el contrato pudiese subsistir sin las cláusulas declaradas no incorporadas, o, nulas, estas no determinarán la ineficacia total del mismo, cuestión que, en todo caso, deberá decidir la sentencia<sup>94</sup>. Entraremos en profundidad en esta materia en el apartado correspondiente posterior<sup>95</sup>.

Finalmente, creemos oportuno mencionar que, si bien es cierto que todos los anteriores preceptos y el resto que conforman la LCGC resultan perfectamente aplicables en la práctica de la contratación electrónica, no es menos evidente, que en ocasiones esta ley puede resultar insuficiente. Aunque los contratos electrónicos, como se ha venido señalando durante el presente proyecto, no conforman un nuevo tipo de contrato, presentan ciertas singularidades que requieren una regulación concreta. A modo de ejemplo, suscita dudas qué puede resultar un lugar visible en un negocio online, o mediante qué formas telemáticas se puede garantizar que el adherente tenga la posibilidad de conocer las condiciones generales.

La ley se refiere de forma genérica a dichas cuestiones, que en el marco tradicional no resultaban difíciles de identificar. Sin embargo, en los contratos que tienen lugar con ocasión de las nuevas tecnologías y sus constantes avances, reconocer las exigencias que impone la ley, suele resultar complejo, precisamente por el desconocimiento que tenemos en muchos ámbitos sobre el sector tecnológico.

---

<sup>94</sup> Artículo 10 LCGC

<sup>95</sup> Véase apartado “la nulidad parcial del contrato electrónico”.

#### *1.4.2. Protección y control de las cláusulas con adherente consumidor*

Para conocer el concepto de cláusula no negociada individualmente en contratos con consumidores, hemos de acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>96</sup>, la cual establece en su artículo 3.2, que esta es aquella que “haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”.

Partiendo de dicho concepto, la LGDCU, regula las condiciones no negociadas individualmente en sus preceptos 80 y 81, Capítulo II, que recibe ese mismo nombre.

Así, el artículo 80, exige el cumplimiento de numerosos requisitos en el texto de la cláusula, a fin de garantizar una protección adecuada al consumidor y usuario:

- Concreción, claridad, y sencillez en la redacción;
- Accesibilidad y legibilidad, que permitan el conocimiento previo del consumidor a la celebración del contrato sobre el contenido y la existencia de las cláusulas, en los estrictos términos que marca la norma<sup>97</sup>;
- Documentación que haga constar la existencia de la operación y de las condiciones predispuestas;
- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye las cláusulas abusivas;
- En caso de duda sobre alguna cláusula, la interpretación de la misma siempre será favorable a los intereses del consumidor.

---

<sup>96</sup> *DOCE*, núm. 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>97</sup> Artículo 80.1. b): “(..). En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”.

Además, en cuanto al alcance del segundo requisito, relativo a la accesibilidad y legalidad, creemos interesante mencionar, que anteriormente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, reconocía el supuesto de contratación electrónica o telefónica en el artículo 5.4. En este último contenía una regla particular, que posteriormente fue incorporada al artículo 80.1. b) II de la TRLGDCU, según la cual, para la incorporación de las condiciones generales en contratos telemáticos o telefónicos, se requería que:

- Constase la aceptación por el consumidor de cada una de las condiciones generales, y que,
- Se enviase inmediatamente al adherente justificación escrita -o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera- del contrato efectuado, donde constaran todos sus términos.

Poco después y con motivo de la entrada en vigor del Real Decreto 1906/1999, el artículo anterior fue desarrollado por este último. Este RD estableció, entre otras cuestiones, que la información al adherente debía realizarse con una antelación razonable, y que, tras la celebración del contrato, el profesional estaba obligado a enviar confirmación documental del contrato formalizado<sup>98</sup>. Finalmente, el Real Decreto, como se ha mencionado en el apartado precedente, fue derogado, y en consecuencia, el artículo 5.4 de la LCGC también.

Por otra parte, retornando a la LGDCU, el precepto 81 de la misma, se refiere a la obligación de aprobación e información de las condiciones generales que integren los contratos celebrados con consumidores. No entraremos en detalle en esta cuestión, más que para señalar que las empresas deben facilitar a los órganos competentes, las cláusulas

---

<sup>98</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, “El control de las condiciones de las condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 6, 2013, pág. 85. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4329826> (consultado el 02/01/2023).

que utilicen, que en todo caso, se encontraran sometidas a los controles y aprobación de estos últimos<sup>99</sup>.

Además, el artículo 97 de la LGDCU -aunque no forma parte del Capítulo relativo a “las condiciones no negociadas individualmente”-, también resulta aplicable a la materia que nos ocupa. Del mismo, y a tenor de lo establecido en el artículo 27.4 de la LSSICE, se extraen dos consideraciones importantes sobre la obligación de información del empresario o predisponente:

- La información siempre será facilitada con carácter previo a la formalización del contrato, y,
- Dicha información ha de ofrecerse con la suficiente antelación.

Se concluye de ambos preceptos, que el adherente debe tener la oportunidad de conocer con anterioridad suficiente a la celebración del contrato, las condiciones generales que pudieran tener lugar. Sin embargo, no se concreta en ninguno de los artículos el tiempo que tendrá la consideración de suficiente.

En lo que respecta a esto último, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, actualmente derogado, establecía el plazo mínimo de tres días naturales anteriores a la celebración para que el predisponente remitiese al adherente, la información sobre las cláusulas del contrato. En todo caso, dicha información debía emitirla de modo veraz, eficaz y completo<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> *Vid.* Artículo 81 LGDCU.

<sup>100</sup> Artículo 2: “Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales”. DEROGADO.

Hoy en día, al no establecerse el tiempo concreto, la ley plantea dudas interpretativas, además de una laguna legal, pues mantiene un concepto indeterminado que requiere precisión.

Finalmente, es necesario mencionar que, las condiciones no negociadas individualmente con consumidores pueden ser objeto de control, a través de dos vías: control de incorporación y control de transparencia.

El primero de ellos, será superado cuando la cláusula posea una redacción clara concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal, y que el consumidor haya tenido oportunidad real de conocer a la celebración del contrato<sup>101</sup>. Es decir, junto al factor de claridad y comprensibilidad, debe concurrir la cognoscibilidad, la posibilidad de conocer, condición que además de la jurisprudencia, exigen los artículos 5 y 7 LCGC.

En cuanto al control de transparencia, aplicable de forma exclusiva a los contratos de consumo, cabe señalar que su finalidad es garantizar que, el consumidor tenga un pleno conocimiento del bien o servicio objeto del posible contrato, y que la decisión de contratar la lleve a cabo libremente<sup>102</sup>. Conforme a este segundo control, el adherente debe tener conocimiento real de las cláusulas del contrato, redactadas de forma clara y comprensible -control de incorporación-, de tal forma que, el consumidor sea plenamente consciente de las consecuencias del contrato, sobre la base de criterios concretos y comprensibles<sup>103</sup>. De no superar las cláusulas este segundo control, se tendrán por nulas, en razón de ser abusivas.

---

<sup>101</sup> Así lo establece, entre otras sentencias, STS 168/2020, de 11 de marzo de 2020 (Sala de lo Civil, Sección 1ª).

<sup>102</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE “El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: el estado actual de la cuestión”. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/control-transparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/> (consultado el 09/01/2023)

<sup>103</sup> Reiterada doctrina jurisprudencial del TJUE: Sentencia 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, *caso Matei*; Sentencia de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, *caso Van Hove*, etc.

En el sentido de esto último, cabe plantearse en qué momento un consumidor es conocedor de las consecuencias de un contrato electrónico. Pues el mismo se celebra entre ausentes, y probablemente, no tendrá oportunidad de consultar las dudas que le suscite (principalmente en los contratos *point and click*), lo que, en cambio, fácilmente sucede en un contrato tradicional.

#### *1.4.3. Protección y control de las cláusulas con adherente empresario*

El control de contenido de las condiciones generales de los contratos, aparece regulado en el artículo 8 LCGC, que diferencia dos regímenes de protección. El primero, el control de incorporación, y el segundo, el control de transparencia.

Mientras que el control de incorporación no distingue en su protección entre consumidores y profesionales, el segundo queda reservado a los contratos celebrados exclusivamente con consumidores y usuarios.

Así, la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo<sup>104</sup>, se pronunció en este sentido, para recordar que:

*En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC - "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC - no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)*<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª).

<sup>105</sup> En el sentido de que es indiferente que el adherente sea o no consumidor, han resaltado también otras sentencias: SSTS 149/2014, de 10 de marzo de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª); STS 166/2014, de 7 de abril de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª); y STS 688/2015, de 15 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª).

En definitiva, el control de incorporación de cláusulas en contratos entre empresarios, tiene cabida en los mismos términos que lo tiene en la contratación con consumidores. De modo que, los profesionales pueden salvaguardar sus derechos en las relaciones contractuales, a través de la exigencia del cumplimiento de los requisitos de inclusión que impone la LCGC.

Por otra parte, como ya se ha comentado, en ciertas ocasiones pueden establecerse otras vías como medio de protección a los empresarios en la contratación con condiciones generales. Es el caso del derecho de defensa de la libre competencia, el cual alberga figuras que en cierto modo tienen afinidad con el objeto de este capítulo.

A modo de ejemplo, entre las actuaciones que recoge esta rama, destacamos las siguientes:

- La prohibición “de la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio”, establecida en el artículo 2 LDC;
- La restricción de los actos de competencia desleal “que por falsear la libre competencia afecten al interés público”, recogida en el artículo 3 de la misma ley.,
- La cláusula general del artículo 4 LCD a través de la cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Diversos autores han llegado a afirmar que dichas figuras pueden resultar suficientes en la protección a los empresarios débiles. Sin que sea necesaria, por tanto, una regulación concreta y especial para los contratos con condiciones generales entre profesionales.

No obstante, si bien es evidente que ciertas situaciones de abuso sobre la parte con dependencia económica pueden cubrirse por el Derecho de la Competencia, este por sí solo no podrá sustituir al control jurídico de los contratos de adhesión.

Principalmente, porque las conductas que interesan a la LDC, precisamente son aquellas que afectan de algún modo a la estructura del mercado, y no tanto a la relación jurídica de los contratantes. Dicha ley, persigue, la protección de un interés público.

Por su parte, la LCD en las conductas ilícitas que recoge, se aproxima más que la anterior ley, al Derecho de Obligaciones y contratos que conocemos. De esta forma, la finalidad de protección se centra en los intereses del denominado “empresario dependiente o débil”<sup>106</sup>, y no en el interés público. Sin embargo, el ámbito de las condiciones generales de la contratación realmente es otro. Está claro que una parte es fuerte, y otra débil, lo cual permite que la primera pueda imponer los términos contractuales que considere, pero no es necesario cumplir para la determinación de condición general, los requisitos técnicos y económicos tasados por la LCD<sup>107</sup>.

En opinión de quien suscribe, ambas normativas, condiciones generales y Defensa de la Competencia, pueden solaparse y complementarse, pero en determinadas cuestiones no coinciden. Por lo que, debe tener preferencia en todo caso la primera, dado que si acudimos únicamente a la protección de la segunda, muchos supuestos quedarán desamparados.

En segundo lugar, ya se ha señalado que, en algunas situaciones será posible acudir a las reglas generales del derecho de obligaciones instauradas por el Código Civil y el Código de Comercio. No entraremos en profundidad en cada una de ellas, y procederemos a mencionar sucintamente aquellas que, a parecer de esta parte, revisten de mayor relevancia<sup>108</sup>.

Luego, en lo que al Código Civil respecta, destacar que, el artículo 1255 del mismo, determina que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen oportunos, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral

---

<sup>106</sup> Art. 16.2 LCD

<sup>107</sup> M. N. MATO PACÍN, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, pp 133-147. *Loc. Cit.*

<sup>108</sup> *Vid.* M. N. MATO PACÍN, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, pp 153-377, *Loc. Cit.*

ni al orden público. Este artículo resulta de especial importancia, en tanto que establece el carácter no absoluto de la voluntad de las partes<sup>109</sup>.

Por otra parte, también resulta interesante mencionar que, el artículo 1256 CC se refiere a la prohibición de que una de los intervinientes decida exclusivamente sobre la validez y el cumplimiento del contrato. Lo cual presenta estrecha vinculación con las cláusulas predispuestas en las que una de las partes decide sobre condiciones esenciales de la contratación. Concretamente, dicho artículo prohíbe de forma tácita la arbitrariedad que pudiera tener lugar.

En último lugar, citar, el artículo 1273 CC, que impide expresamente que el objeto sea indeterminado, obligando así a las partes a fijar el objeto del contrato en todo caso.

En lo referente al ámbito mercantil sobre la materia, serán de aplicación entre otros, los artículos 57-59 del Código de Comercio, que establecen las pautas de interpretación de los contratos entre empresarios.

También subrayar el precepto 53 del mencionado código, el cual afirma del siguiente modo “Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio”.

De la anterior disposición, se infiere pues, en la misma línea que señala la LCGC, que cualquier estipulación contraria a las leyes imperativas, no producirá efectos obligacionales. Asimismo, interpretamos que, la gran libertad sobre la contratación mercantil que ofrece el Código de Comercio, encuentra una importante limitación en la ilicitud.

---

<sup>109</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina más consolidada sobre el principio de autonomía de la voluntad: L. DÍEZ PICAZO, en reiteradas ocasiones; F. DE CASTRO, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 989-994; entre otros autores.

## **2. CLÁUSULAS ABUSIVAS**

### **2.1.Consideraciones previas**

#### *2.1.1. Normativa comunitaria*

En el marco comunitario, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, en el Considerando 11 remite a otras Directivas, entre ellas, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Directiva/2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La primera de las disposiciones anteriores (Directiva 93/13/CEE), ofrece un contenido de mínimos, en el cual abarca las exigencias que debe cumplir una cláusula para tener el carácter de abusiva. Esta Directiva se traspuso al derecho español en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

#### *2.1.2. Ámbito subjetivo de protección de las cláusulas abusivas*

Como ya se ha hecho saber, la norma jurídica que regula las condiciones generales (LCGC) persigue proteger el interés del adherente, al margen de que actúe en una actividad empresarial o que sea consumidor. Por tanto, ampara a cualquier sujeto físico o jurídico, que actúe como adherente en un contrato con cláusulas predispuestas.

Distinto es el caso de las cláusulas abusivas. Para empezar, porque no existe una norma genérica promulgada para abarcar en exclusiva esta materia, como sucede con la LCGC; en segundo lugar, porque la única ley que refiere en detalle estas estipulaciones, la LGDCU, protege solamente al sujeto consumidor, sin que sea posible la aplicación análoga de la misma a los profesionales; en último lugar, porque el Código de Comercio, fuera de las reglas meramente interpretativas de la contratación, no establece regulación concreta sobre el asunto.

Así pues, el ámbito de protección normativa de las cláusulas abusivas queda reducido exclusivamente a la persona del consumidor o usuario. De tal manera que, frente a las cláusulas abusivas -que no, condiciones generales-, la persona adherente que actúe como consumidor o usuario ostentará mayor protección que quien lo haga como profesional<sup>110</sup>.

No obstante, ello no supone, desde luego, que en una relación jurídica entre profesionales no medien cláusulas abusivas que vulneren el equilibrio contractual entre las partes. Ocasionalmente, en estas situaciones, aunque la normativa no lo recoja expresamente, será posible acudir a otros mecanismos de control, que serán estudiados en el epígrafe oportuno del presente capítulo.

## **2.2. Concepto y requisitos de cláusula abusiva**

En primer lugar, dada la aparente similitud que presentan, creemos conveniente diferenciar entre los conceptos de condición general de la contratación y cláusula abusiva. Pues, aunque pueden tener lugar de forma simultánea, son divergentes entre sí en cuanto a su naturaleza.

Así, por condiciones generales deben entenderse aquellas que han sido previamente redactadas por un profesional con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, y no ostentan posibilidad de ser modificadas. Por su parte, se consideran cláusulas abusivas, las que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, ocasionan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> P-J VELA TORRES, “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 18, Jaén, 2018. Disponible en: <https://www.revistaselectronicas.ujaen.es> (consultado el 09/01/23)

<sup>111</sup> Conforme a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en artículo 3.1

En consecuencia, una cláusula puede tener carácter de condición general, y no necesariamente ser abusiva; de igual forma, una cláusula abusiva, que produce un menoscabo en los derechos del consumidor, puede haber sido previamente negociada individualmente; en último lugar, una cláusula puede poseer ambas condiciones.

Los presupuestos de las condiciones generales han sido detallados en determinado epígrafe precedente, por lo que no entraremos en el detalle de los mismos. De ellos, es posible concluir los requisitos que por su parte normalmente cumple una cláusula abusiva:

1.- Suele ser no negociada individualmente. Pues la parte que ostenta una posición más ventajosa en la negociación (empresario), impone cláusulas que el aceptante se ve obligado a aceptar sin posibilidad de modificación. Para ello, ha de cumplir otras condiciones:

- La estipulación ha de integrarse previamente, y debe ser condición obligatoria en la negociación.
- El consumidor no podrá intervenir en el contenido.
- En especial, tendrá lugar en los contratos de adhesión, comunes en la contratación electrónica<sup>112</sup>.

2.- Vulnera las exigencias de la buena fe, que busca la reciprocidad entre las partes. Pues el empresario no actúa conforme a la lealtad y honestidad que le resulta exigible<sup>113</sup>. La buena fe se presume siempre, excepto cuando existe desequilibrio en los intereses de las partes.

3.- Desequilibrio en las contraprestaciones, tiene lugar a tenor del anterior requisito, normalmente por la mala fe. Supone el obtener un beneficio para una de las partes, que, de hecho, puede no ser económico.

---

<sup>112</sup> Una cláusula abusiva puede acontecer en los contratos particulares, pero es menos común en razón de que estos son negociados por los contratantes en todo momento. Además, dado el conocimiento que ha tenido cada parte sobre el contenido del contrato, suele ser difícil acreditar tal imposición.

<sup>113</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, *Caso Aziz*.

Por otra parte, el apartado 3 del artículo 82 de la LGDCU, entiende que, para valorar el carácter abusivo de una cláusula deben apreciarse la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes al contrato -por ejemplo, la oferta predispuesta electrónica-, y las demás cláusulas del contrato.

En relación con los criterios legales, el artículo 82.4 LGDCU, fija que será abusiva en todo caso, aquella que:

- Vincule el contrato a la voluntad del empresario;
- Limiten los derechos del consumidor o usuario, otorgados por las normas imperativas;
- Determinen la falta de reciprocidad;
- Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas, o, la carga de la prueba cuando no corresponde;
- Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y la ejecución;
- Contravengan las sobre competencia y derecho aplicable.

El artículo indicado, extrae todos los requisitos anteriores de los preceptos 85 a 91 de la citada ley, que desarrollan en profundidad las circunstancias que implican que una cláusula tenga carácter de abusiva.

### **2.3. Control normativo de las cláusulas abusivas**

El régimen de control y regulación de las cláusulas abusivas en contratos electrónicos es el mismo que el aplicable a la contratación convencional. Pues, como hemos venido defendiendo, lo único que cambia en esta nueva modalidad, es el medio a

través del cual se emiten las manifestaciones, sin que ello implique que nos encontremos ante otra categoría contractual.

### 2.3.1. *Control de abusividad para consumidores*

El apartado segundo del artículo 8 de la LCGC, señala que, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. Entendiéndose por abusivas, en todo caso, las definidas en los preceptos pertinentes de la Ley de consumidores y usuarios.

En virtud de lo anterior, conviene aludir a lo que viene entendiendo la LGDCU por consumidor. La ley dispone que es consumidor o usuario aquel que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Queda excluido del concepto, el empresario. De tal manera que, aquellos profesionales que se adhieran a un contrato predispuesto por un predisponente, no podrán beneficiarse de la norma protectora de los intereses de los consumidores<sup>114</sup>, como ya se ha mencionado en el apartado de “ámbito subjetivo”.

Por otra parte, la citada ley refiere en el artículo 59.3 que, a los contratos con consumidores en los que exista la presencia de condiciones generales, les será de aplicación la LCGC. Y por su parte, las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, dada la remisión citada -en el precepto 8.2- que realiza la LCGC, estarán sujetas al régimen previsto en los artículos 80 a 91 de la LGDCU.

---

<sup>114</sup> Para profundizar en los conceptos, véase, L MORENO GARCÍA, *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 57-98

En virtud de lo anterior, las cláusulas que sean condiciones generales de la contratación al mismo tiempo que abusivas<sup>115</sup>, y resulten predisuestas en contratos de consumo, estarán sujetas a un doble control normativo. Pues, les será de aplicación simultánea, la LCGC -en cuanto a su carácter de condición predispuesta- y la LGDCU -en lo que se refiere a su carácter de abusivas -, o, en su caso, cada una de ellas podrá complementarse respectivamente.

En último lugar, mencionar que, independientemente de los controles de inclusión y transparencia establecidos para el caso de que la disposición sea también condición predispuesta, las cláusulas abusivas estarán sometidas al control de abusividad. Este último se realizará con arreglo a lo dispuesto en la LGDCU<sup>116</sup>, que podrá determinar la consiguiente declaración de nulidad, cuestión que se detallará en el apartado pertinente<sup>117</sup>.

### *2.3.2. Control de cláusulas abusivas entre empresarios*

En relación con el control de las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios, el Tribunal Supremo en la sentencia 365/2016, se pronunció para recordar que:

*(...) la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica (...): «(...) nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.*

---

<sup>115</sup> En este sentido, cabe recordar que no todas las condiciones generales de la contratación son cláusulas abusivas, y viceversa.

<sup>116</sup> Vid. J.P. PÉREZ VELÁZQUEZ “Control de transparencia y de abusividad en los contratos de prestación de servicios jurídicos con consumidores”. Disponible en: <https://www.revistalatoga.es/control-de-transparencia-y-de-abusividad-en-los-contratos-de-prestacion-de-servicios-juridicos-con-consumidores/> (consultado el 01/01/23)

<sup>117</sup> Véase “Breve referencia a la nulidad parcial en contratos electrónicos”.

Seguidamente, en esa misma resolución, rechazó, a tenor de lo establecido en STS 241/2013, de 9 de mayo, que el control de abusividad pueda extenderse a las cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.

Lo anterior sin perjuicio de que, como se ha detallado anteriormente, las condiciones generales puedan ser objeto de control por la vía de su incorporación en virtud de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores.

En último lugar, la sentencia del TS de 2016, finalizó señalando que las condiciones generales incluidas en contratos en los que el adherente tiene condición distinta de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en relación con el control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas; de forma que, sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas<sup>118</sup>. Fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 CC, y en especial las normas imperativas.

Así lo señala, el propio artículo 8.1 LCGC, que fija la nulidad de pleno derecho para aquellas condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente, lo dispuesto, además de en la misma ley, en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

En el mismo sentido que las sentencias citadas, rechaza nuevamente el control de abusividad para los profesionales<sup>119</sup>, la STS 227/2015, de 30 de abril, que manifiesta literalmente:

*En nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica*

---

<sup>118</sup> Entre otros, la ley, la moral y el orden público

<sup>119</sup> También otras sentencias: SSTS 30/2017, de 18 de enero de 2017 (Sala de lo Civil, Sección 1ª); STS 57/2017, de 30 de enero de 2017, y STS 8/2018, de 10 de enero de 2018 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), etc.

*de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente.*

De todo lo anterior se concluye que, las cláusulas abusivas impuestas en un contrato entre profesionales, no podrán ser sometidas al control de abusividad –o de nulidad de cláusulas abusivas- recogido en la LCGC -artículo 8.2- y la LGDCU -arts. 80 a 91-, cuyo objeto es declarar la nulidad de las mismas. *Inclusive*, la propia jurisprudencia ha reconocido dicho mecanismo de protección como exclusivo para los consumidores.

Aún así, y a pesar de que, el legislador comunitario y el español, por el momento no han ofrecido una norma especial de protección, el empresario que ha estipulado un contrato con cláusulas abusivas encuentra amparo en la remisión a la normativa civil y mercantil. Pudiendo, por tanto, instar la nulidad de aquellas por dichas vías sobre la base del respeto a la buena fe, el justo equilibrio entre las partes, y las normas generales sobre nulidad.

Finalmente, señalar que, no corresponde a los tribunales el establecer un régimen jurídico que no ha sido fijado legislativamente, cuestión que sucede en las cláusulas abusivas entre empresarios. Pues verdaderamente, no se trata tanto de una laguna legal, sino más bien, de una opción legislativa que debería ser regulada de forma específica a fin de garantizar una mayor protección al adherente profesional.

#### **2.4. Lista de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas**

En febrero de 2021, la Dirección General de Políticas Internas de la Unión Europea<sup>120</sup> publicó el estudio “Update the Unfair Contract Terms directive for digital services”<sup>121</sup>, en el estableció dos listas de condiciones abusivas en contratos electrónicos.

---

<sup>120</sup> Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Institucionales.

<sup>121</sup> EUROPEAN PARLIAMENT. STUDY. “Update the Unfair Contract Terms directive for digital service”, February, 2021. Disponible en:

El objetivo de este documento recaía en fijar una mayor protección al consumidor en este tipo de contratación, así como ofrecer seguridad jurídica a los profesionales digitales.

Así pues, separó las cláusulas en dos sectores: Lista negra y lista gris. La primera abarca aquellas cláusulas que, bajo ninguna circunstancia deberían estar predispuestas en contratos de consumo. Por su parte, la segunda, precisa los términos contractuales presumiblemente abusivos, salvo prueba en contrario. En último lugar, plantea una serie de recomendaciones dirigidas a la regulación concreta de esta materia por los Estados Miembros.

Entre las que figuran en la primera negra, cabe destacar:

- Las que produzcan engaño sobre la naturaleza del contrato, y los derechos que se originen de la misma.
- Las que den lugar a error sobre la aplicación la normativa de protección de los consumidores.
- Las que permitan la guarda de los datos personales recopilados del consumidor, cuando este rescinde el contrato, o manifiesta su oposición.
- Las que impongan la obligación de aportar datos personales, o tiempo personal del consumidor, a cambio de un servicio digital gratuito. Sin embargo, sería posible esta cláusula, siempre que establezca la obligación de transparencia para el profesional y no se trate como servicio “gratuito” sino que, mencione expresamente “a cambio de otra contraprestación que debe facilitar el consumidor” (ya sean sus datos o el tiempo en visualizar publicidad...).

---

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL\\_STU\(2021\)676006\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf)

(consultado 25/01/2023)

- Las que determinen la aceptación de los términos, con la consiguiente perfección del contrato por la simple navegación en el sitio web o App.
- Las que eximan de responsabilidad a los prestadores de servicios por daños ocasionados a los consumidores.
- Las que prohíban escribir reseñas sobre el profesional o entidad. Además, esta cláusula podría dar lugar a la pertinente sanción por competencia desleal.
- Las que impongan la obligación de contactar con sistemas o robots ante quejas o sugerencias, restringiendo la posibilidad de contactar con sujetos reales.
- Las cláusulas de jurisdicción que limiten el derecho del consumidor a acudir a los Tribunales de su domicilio. Derecho establecido por el Reglamento Bruselas I Bis<sup>122</sup> (citar),

La lista gris, establece como abusivas sin perjuicio de la posible prueba en contrario, las siguientes cláusulas, entre otras:

- Las que, para informar de los derechos y obligaciones del consumidor, hagan uso de hipervínculos. La excesiva información puede dar lugar a confusión, y el prestador se encuentra obligado a ofrecer de forma efectiva, avisando de el contenido más relevante. En este supuesto, estaría incumpliendo con esta obligación.
- Las que limiten o excluyan el acceso a los consumidores que muestren su negativa a facilitar datos estrictamente personales que no resultan, en modo alguno necesarios.

---

<sup>122</sup> Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE* L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

- Las que excluyan los derechos hereditarios digitales sobre el patrimonio personal del consumidor en la red.

En conclusión, aunque en ámbito nacional, por el momento, las listas anteriores, no son de obligado cumplimiento, pueden ser de gran utilidad como instrumento orientativo en los controles de las condiciones generales de contratos electrónicos de consumo.

### **3. BREVE REFERENCIA A LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO ELECTRÓNICO**

#### **3.1. La nulidad parcial**

En el contrato electrónico, tal y como sucede en el contrato tradicional, las cláusulas que sean fijadas como abusivas, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. No obstante, el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes, en los mismos términos, siempre que sea posible que subsista sin tales cláusulas nulas.

A grosso modo, serán nulas en todo caso, las condiciones abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor<sup>123</sup>, y aquellas que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la propia LCGC, o cualquier otra norma imperativa. Esto último, a excepción de que sea establecido efecto distinto ante tal infracción<sup>124</sup>.

Con el propósito de preservar el contenido restante del contrato, el artículo 9 de la LCG, señala que el adherente podrá instar conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, la declaración judicial de no incorporación o de nulidad de las cláusulas. La sentencia que resuelva el asunto, en caso de decretar la nulidad o no incorporación, necesariamente deberá pronunciarse sobre la eficacia del contrato<sup>125</sup>, declarando, cuando

---

<sup>123</sup> Artículo 8.2 LCGC

<sup>124</sup> Artículo 8.1 LCGC

<sup>125</sup> Artículo 10 LCGC

corresponda, la nulidad del propio contrato, si aquellas cláusulas afectaran a elementos esenciales del mismo<sup>126</sup>.

En suma, los términos anteriores fijan la posibilidad de una nulidad parcial en el contrato, puesto que las cláusulas que no se hayan visto afectadas por aquellas declaradas nulas o no incorporadas, podrán subsistir, manteniéndose el documento inalterado en cuanto a las mismas.

Esta denominada “nulidad parcial”, permanece a raíz del artículo 6.1 de la directiva 93/13/CEE<sup>127</sup>, que insiste en el mantenimiento de aquel contrato que pueda persistir tras la exclusión de las disposiciones abusivas.

A criterio de quien suscribe, y en concordancia con otros autores<sup>128</sup>, el motivo del mantenimiento de la validez parcial del contrato estriba en la necesidad de proteger al consumidor. De tal forma que, se previere que el consumidor deba elegir entre mantener el contrato con cláusulas abusivas, soportando el perjuicio que pudieran producirle, o, desentenderse del bien o servicio como resultado de la ineficacia en el contrato.

### **3.2. Inclusión de las cláusulas declaradas nulas**

Tanto la LGDCU como la LCGC tratan de mantener la eficacia del contrato, una vez han sido suprimidas las cláusulas nulas.

---

<sup>126</sup> Con arreglo a lo establecido en el artículo 1261 CC

<sup>127</sup> Artículo 6.1 de la citada Directiva: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

<sup>128</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La defensa del consumidor o usuario en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, TECNOS, Madrid, 1987, pág. 203; y, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, “Cláusulas abusivas en la contratación electrónica”, en G.A. BOTANA GARCÍA (Dir.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, 2001, pp. 532 y 533.

La primera, no establece criterio alguno relativo a la integración, a excepción de lo dispuesto en el mentado artículo 83, que apunta a la integración de los contratos de consumo en beneficio preferente del consumidor.

A su vez, el apartado segundo del artículo 10 LCGC, expone que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad, se integrará según lo establecido por el artículo 1258 CC y demás disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo. De manera que, la parte del contrato que se vea afectada por la nulidad, será integrada de conformidad a lo establecido en el artículo citado y al principio de buena fe objetiva.

Así pues, la integración habrá de considerar, en primer lugar, las normas imperativas que tengan cabida en estos contratos; en segundo término, las pautas dispositivas sobre interpretación contractual contenidas en el Código Civil, y su analogía; en tercer lugar, los usos contractuales; y por último, de ser conveniente, la buena fe objetiva.

Para finalizar, consideramos idóneo mencionar, que aunque la ley no lo haya previsto expresamente, la ineficacia contractual que cause perjuicios al consumidor, podrá fijar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a favor del mismo. Indemnización que encuentra base en el artículo 8, apartado c) de la LGDCU, el cual instaure como derecho básico de los consumidores, usuarios y personales vulnerables “la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos”.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Con motivo de los continuos avances de la tecnología, los contratos electrónicos están muy presentes en la sociedad actual. No obstante, a día de hoy se desconocen muchos aspectos que comprenden esta nueva modalidad contractual, principalmente en lo que respecta a su regulación, las consiguientes obligaciones que generan y los derechos que afloran para las partes intervinientes.

El contrato electrónico, no presenta problemas para definir su propia figura. La LSSICE, ha delimitado este tipo en un concepto extenso que, comprende una variedad de actos jurídicos, además de la simple contratación de servicios y bienes.

La naturaleza jurídica de esta modalidad, no es distinta en modo alguno a la que concierne a los contratos tradicionales. Pues, realmente, el contrato electrónico es una simple categoría de estos últimos, que contiene determinadas peculiaridades en el medio que se utiliza y los efectos que el mismo produce. Entendiéndose así, por tanto, el derecho de obligaciones relativo a los contratos privados, resulta aplicable a la contratación electrónica. Ello, con independencia de las singularidades sobre el soporte electrónico que, obligatoriamente, seguirán el régimen de la normativa especializada.

No obstante lo anterior, en opinión de esta parte, determinados puntos regulados por la normativa actual son insuficientes y requieren un régimen más preciso, algunos se harán saber en los siguientes expositivos. Además, en ocasiones es realmente difícil aplicar a sistemas telemáticos, el ordenamiento jurídico inicialmente pensado para contratos físicos, por lo que parece previsible que el legislador se verá obligado a adaptar las normas tradicionales a los retos que el medio electrónico plantea.

**SEGUNDA.-** La necesidad de ajustar el ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria, supuso la promulgación de la LSSICE. Pues, desde décadas atrás, la Unión Europea venía exigiendo la regulación detallada de los contratos y el comercio electrónico.

La Ley Nacional tenía como finalidad otorgar una amplia garantía de derechos a los destinatarios de servicios electrónicos y, en consecuencia, limitar las conductas ilícitas de los prestadores. A día de hoy, regula la mayoría de asuntos presentes en el comercio y contrato electrónico, al margen de la materia que necesariamente se regula por la legislación común.

A nuestro parecer, aunque la norma es bastante completa y suficiente en los términos generales del régimen de los contratos electrónicos, no entra en el detalle de todos los preceptos, dejando consigo determinadas situaciones a criterio del lector, o en su caso, del órgano judicial. Además, dados los constantes avances que tienen lugar en el sector tecnológico, la misma requiere modificaciones más continuas adaptadas a las necesidades de esta modalidad contractual. La última modificación se realizó hace casi una década, y desde entonces, el uso de los contratos electrónicos en el mercado ha aumentado notablemente.

**TERCERA.-** El comercio electrónico no es análogo al contrato electrónico. Pues, tal y como se ha señalado, el comercio electrónico, engloba al conjunto de actuaciones mercantiles que se desarrollan a través de instrumentos tecnológicos, y el contrato electrónico refiere únicamente a los contratos que son celebrados a través de un medio electrónico.

A pesar de que los términos citados son divergentes, algunos de los principios del comercio electrónico resultan aplicables a la contratación electrónica.

Entre ellos, la equivalencia funcional implica que esta modalidad producirá los mismos efectos jurídicos que originaría el precedente contractual. La única exigencia para ello, será que las manifestaciones de voluntad sean emitidas de forma válida y, a través del sistema electrónico. Esto último, altera el principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, el contrato telemático no vulnera el principio de libertad contractual, en tanto que se mantiene la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pueden

establecer en el documento las disposiciones que consideren oportunas. Este principio nace como consecuencia de la aplicación del derecho preexistente, consagrado en las relaciones contractuales por el Derecho General de obligaciones desde tiempo atrás.

Del Derecho General también se extrae, la buena fe. Precisamente, dado el desconocimiento que implican las nuevas tecnologías, este principio es fundamental, y debe ser respetado aún con más motivo.

En último lugar, el principio neutralidad tecnológica supone la necesidad de que la normativa se dirija a todas las tecnologías, presentes y futuras, evitando así continuas reformas legislativas. Sin embargo, consideramos, que el fin de la norma no debería ser eludir modificaciones, sino más bien, ofrecer seguridad jurídica, para lo que deviene imprescindible actualizar los instrumentos jurídicos a los desafíos tecnológicos de cada momento.

Concluimos pues, los anteriores principios -en nuestra opinión, a excepción del último-, son esenciales para establecer el régimen jurídico de la contratación electrónica.

**CUARTA.-** El consentimiento, objeto y causa, como elementos esenciales del contrato electrónico, están sujetos a la legislación del Derecho de Obligaciones preexistente, en los mismos términos que el contrato en soporte físico. El consentimiento, no implica en modo alguno una nueva manifestación de voluntad, diferente a la que se emite en los negocios jurídicos tradicionales. Sino que, mantiene los requisitos exigidos para su validez por la norma mercantil y civil. Por este motivo, entendemos, no es posible denominarlo “consentimiento electrónico”, sino “consentimiento que se emite por medios electrónicos”, dado que lo único alterado es el medio que se utiliza para anunciar la voluntad de las partes.

A pesar de mantenernos conformes con lo anterior, a juicio de quien suscribe, la norma especializada, debería entrar en el detalle de las exigencias del consentimiento, sin alterarlas, pero adaptándolas al documento electrónico. Como ejemplo, sería interesante

que incorporase los vicios del consentimiento que pueden surgir con el uso inadecuado de sistemas informáticos o tecnológicos.

**QUINTA.-** El carácter novedoso de los procesos de negociación que tienen lugar en la contratación electrónica, hace necesario regular la información precontractual y establecer responsabilidades previas.

Para ello, la normativa vigente somete al empresario a numerosas obligaciones de información al consumidor, que garanticen el pleno conocimiento de este último sobre todos los aspectos del contrato que se pretende formalizar.

Al margen de que esta obligación, no resultará exigible si ambas partes poseen condición de profesionales y así lo deciden, también encuentra una excepción a su cumplimiento si la contratación se desarrolla por correo electrónico, siempre que el empresario no opte por este medio en fraude de ley. Probablemente, la razón de esta última excepción encuentre fundamento en la posibilidad del usuario de solicitar la información a través del intercambio de mensajes; situación que difícilmente tiene lugar cuando el contrato se perfecciona a través de un sitio web, pues sólo dispone de los datos que figuran en la pantalla.

En nuestra opinión, con el propósito de ofrecer mayor seguridad al destinatario consumidor, sería interesante que la norma estableciese la obligación de informar sobre los aspectos esenciales en la contratación por correo electrónico. Pues, por el momento, de la ley se deduce, que el empresario tiene la facultad de omitir cuestiones relevantes sobre el producto, cuando el consumidor no manifieste interés en conocerlas, lo que, desde luego, genera estado de indefensión a este último.

**SEXTA.-** La LSSICE exige que la emisión de voluntades se realice a través de medios electrónicos. Los efectos son los mismos que se producen cuando se trata de una declaración de voluntad expresada en las formas escrita y oral, de tal manera que, producen la perfección contractual.

La citada ley, regula en detalle esta fase de acuerdo de voluntades, y establece los requisitos que debe cumplir tanto la oferta como la aceptación para su validez.

Sin embargo, en lo que a la última fase respecta, la LSSICE olvida regular la denominada consumación o cumplimiento del contrato, pues, no hace referencia alguna a los plazos ni lugar de ejecución. De manera que, cabe remitirse nuevamente, al Derecho General.

En el caso de la compraventa de bienes, parece que es perfectamente aplicable el tiempo de cumplimiento establecido por la LGDCU y el CCom, respectivamente. Sin embargo, en cuanto a la prestación de servicios electrónicos, no encontramos en la LSSICE una remisión expresa a una norma concreta. Por lo que, dado el vacío legal de la citada ley, se vuelve competencia del prestador de servicios y del destinatario, conocer qué régimen les resultará de aplicación en esta cuestión.

En definitiva, concluimos, la ley debería ser más exacta en estos puntos, no necesariamente regulando en detalle cada uno de ellos, sino al menos, indicado la remisión que tiene cabida.

**SÉPTIMA.-** En la contratación con condiciones generales predisuestas por el oferente, existe un evidente desequilibrio estructural entre los contratantes, que priva al adherente del disfrute de la libertad contractual. Es por esta razón, que no puede equipararse el acto de adhesión a la simple aceptación del Derecho contractual clásico. Sino que, el contenido del clausulado debe ser analizado a la vista de las circunstancias del tráfico actual.

Así pues, ante la presencia de dicha figura limitadora de la voluntad contractual en los contratos electrónicos, dado el carácter novedoso y desconocido de estos últimos, resultan exigibles las revisiones con mayor cautela sobre el contenido de las cláusulas generales.

La LLSICE remite a la LCGC para la regulación de estas disposiciones, norma que en principio parece suficiente. Es significativo de esta última, que en la persona del adherente encierra a consumidores y profesionales, de forma que procura establecer tutela a todo aquel que contrate con condiciones no negociadas individualmente. Probablemente, sea de las únicas normas que incluya a ambos sujetos en la misma persona necesitada de protección -o parte débil- ante la predisposición contractual del oferente, que, en todo caso, debe ostentar condición de empresario.

Dada la remisión anterior, con la consiguiente aplicación de la ley reguladora de las condiciones generales, las obligaciones del oferente de contratos electrónicos, son las mismas que las establecidas para los contratos tradicionales.

Sin embargo, aún cuando, esta norma parece bastante para regular la materia que nos concierne, se encuentran determinados conceptos, que podrían calificarse de indeterminados. Pues, ha de tenerse en cuenta, que la ley, fue promulgada en 1998, por lo que resulta evidente, que requiere de concreciones, y más aún en lo que se refiere al ámbito electrónico o tecnológico.

Algunas de estas nociones carentes de precisión, se han relatado en cuerpo de este proyecto. A modo de recordatorio, la ley no determina el tiempo de antelación suficiente concreto en el que predisponente debe facilitar las condiciones generales al adherente - asunto, que en cambio sí recogía el RD 1906/1999-; o qué cabe considerar lugar visible en los sectores tecnológicos. Cuestiones que, entre otras, a nuestro entender, deberían ser abarcadas con más concreción y exactitud.

**OCTAVA.-** Es pensable que en una negociación contractual en la que son establecidas cláusulas, resulta perfectamente posible que estas últimas sean abusivas. Por este motivo, y dado el auge actual de los contratos de adhesión, en el presente trabajo se ha invitado al lector al análisis de esta materia.

La regulación de la contratación de consumo con cláusulas abusivas, persigue garantizar la seguridad al consumidor en la aceptación, y en consecuencia, aumentar la demanda, lo que también proporciona beneficios para la parte profesional.

En la contratación electrónica de consumo no existe una norma específica sobre cláusulas abusivas, por lo que, únicamente cabe remitirse a la LGDCU. Esta última establece un marco de protección bastante amplio para el consumidor que contrata con dichas disposiciones, ofreciéndole, si lo estima necesario, la posibilidad de acudir a varios controles legales sobre las mismas.

Es de resaltar, tal y como ha sido citado con anterioridad, el estudio más reciente de cierto organismo de la Unión Europea por el que se establecen, en el ámbito de la contratación electrónica, las condiciones que en todo caso tendrán carácter de abusivas, y otras que, salvo prueba en contrario también poseerán dicho carácter.

Pese a su carácter no vinculante para los Estados Miembros, este documento pretende ser orientativo para identificar las cláusulas que tienen más presencia en la modalidad electrónica de consumo. Realmente constituye un precedente en la materia que, acaso impulse a los órganos competentes, a legislar de forma aislada las cláusulas abusivas en la contratación telemática.

**NOVENA.-** Mientras que, algunos ordenamientos extranjeros consideran al empresario adherente como individuo digno de protección de términos abusivos de la contratación, España deja fuera de su ámbito de control material a los contratos celebrados exclusivamente entre empresarios. Sin embargo, son frecuentes los supuestos en los que un profesional establece a otro, que carece de capacidad para participar en el fondo del contrato, cláusulas inequitativas o abusivas -imposición de fueros, prórrogas automáticas, etc-.

El hecho de que, se trate de un ámbito ajeno a la contratación de consumo, no debería implicar una renuncia a la justicia y protección contractual, pues las cláusulas abusivas, también causan perjuicios a los profesionales, desde una perspectiva tanto económica como jurídica. Entendemos, pues, que no corresponde presuponer la falta de

necesidad de ofrecer protección a los adherentes empresarios, por el simple motivo de que habitualmente no ostentan la posición contractual más débil.

Y es que, en el caso que nos concierne, además de la falta de regulación concreta de las cláusulas abusivas en la contratación electrónica, la única norma que comprende, con carácter general, la materia -además de todos los controles sobre dichas cláusulas-, no es aplicable a los contratos mercantiles. Por ello, el empresario adherente de cláusulas desproporcionadas en su perjuicio, no encuentra otra vía que acudir a la normativa del derecho de obligaciones sobre nulidad.

# BIBLIOGRAFÍA

## FUENTES DOCTRINALES

- ALONSO PÉREZ, M. “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1971, pp. 916-920.
- BARRIUSO RUIZ, C. “Contratación Electrónica”, en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, Nº 19-22, 1998, pág 123. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248208>
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, págs. 165 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La defensa del consumidor o usuario en la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, TECNOS, Madrid, 1987, pág. 203.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. BOTANA GARCÍA G.A.(Dir.) “Cláusulas abusivas en la contratación electrónica”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, 2001, pp. 532 y 533.
- CAMACHO CLAVIJO, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Editorial REUS S.A., Madrid, 2005. Págs. 93-96.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2015, pág 166.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil. Parte General I; Volumen Tercero*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 126.

- DE CASTRO, F. “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 989-994. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1982-40098701086](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1982-40098701086)
  
- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 2012.
  
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Tratado de Contratos. Tomo II*, Madrid, 2013, pp. 1924 y 1925.
  
- IGLESIAS MARTIN, C.R. “Peculiaridades de la contratación electrónica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 16, Febrero, 2022, Págs. 1326-1329. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/82948/56.-Carmen-Iglesias-Martin-1314-1333.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
  
- JULIÁ BARCELÓ, R. *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 27 y ss.
  
- LÓPEZ-MONIS, M. *Derecho de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi Thomson Reuters, 2003. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2762>
  
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. “El control de las condiciones de las condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 6, 2013, pág. 85. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4329826>

- MARTÍNEZ NADAL, A. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*, Editorial Civitas, España, 2001, pág. 25.
- MORENO NAVARRETE, M.A. *DERECHO-e. Derecho del Comercio electrónico*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MORENO GARCÍA, L. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 57-98.
- PÉREZ-D'OCÓN, P. “Los elementos de la contratación electrónica en España: Principios generales y casos prácticos”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR, A. GUERRERO PÉREZ, M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 528 y 529.
- PERALES VISCALSILLAS, M.P. “Formación del contrato”, en *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, 2001, pág. 408 y ss.
- PLATERO ALCÓN, A. “La protección de los consumidores en la contratación electrónica” *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 171-173. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5211058>
- PLAZA PENADÉS, J. “Los contratos informáticos y electrónicos” en J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Derecho Civil II*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 563.
- RECALDE CASTELLS A. “Comercio y contratación electrónica”, *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho informático*, Nº 30-31. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=258609>

- VALBUENA GUTIÉRREZ, J.A. “Aspectos sobre la seguridad en la contratación electrónica”, en L. ANGUITA VILLANUEVA, M. CUENCA CASAS y J. ORTEGA DOMÉNECH(coords.), *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pág. 763
  
- VEGA CLEMENTE V. “Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico”. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5856430>
  
- VEGA VEGA, J.A. *Derecho Mercantil Electrónico*, Reus Editorial, Madrid, 2015.
  
- VELA TORRES, P-J. “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 18, Jaén, 2018.  
Disponible en:  
<https://www.revistaselectronicas.ujaen.es>

## LEGISLACIÓN

### Normativa comunitaria

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. DOCE, núm. 95, de 21 de abril de 1993.
  
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.
  
- Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico. DOUE núm. 267/7, de 10 de octubre de 2009.
  
- Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores. DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.
  
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre Comercio Electrónico. 12 de junio de 1996, con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998.
  
- Reglamento (UE) nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE* L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016,. relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

## **Legislación interna**

- Código Civil Español. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Código de Comercio. BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- Ley 7/1998, de 14 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre la morosidad en las operaciones mercantiles. BOE núm. 314, de 30 de diciembre de 2004.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. BOE núm. 251, de 19 de octubre de 2007.
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE, núm 283, de 24 de noviembre de 2009.
- Ley 21/2011 de 26 de julio, de dinero electrónico. BOE núm. 179, de 27 de julio 2011.
- Ley 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.
- Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, BOE núm. 155, de 29 de junio 2022.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.
- Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica. BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 1999.

- 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. 313, de 31 de diciembre de 1999.
  
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

## OTROS DOCUMENTOS

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: el estado actual de la cuestión”. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/control-trasparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/>
- EUROPEAN PARLIAMENT. STUDY. “Update the Unfair Contract Terms directive for digital service”, February, 2021 . Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL\\_STU\(2021\)676006\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf)
- Guía para la incorporación del derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/guide-enactment-model-law-public-procurement-s.pdf>
- MATO PACÍN, N, “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, Madrid, 2017, pp. 55-75. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-81](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2017-81)
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P. “Control de transparencia y de abusividad en los contratos de prestación de servicios jurídicos con consumidores”. Disponible en: <https://www.revistalatoga.es/control-de-transparencia-y-de-abusividad-en-los-contratos-de-prestacion-de-servicios-juridicos-con-consumidores/>

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, Caso Aziz.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013, rec. nº 485/2012. Roj: STS 1916/2013 ECLI: ES:TS:2013:1916
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 149/2014, de 10 de marzo de 2014, rec. nº. 343/2012. Roj: STS 853/2014ECLI:ES:TS:2014:853
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 166/2014, de 7 de abril de 2014, rec. nº 963/2012. Roj: STS 1702/2014 ECLI: ES:TS:2014:1702
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 688/2015, de 15 de diciembre de 2015, rec. nº. 688/2015. Roj: STS 5752/2015 ECLI: ES:TS:2015:5752
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 30/2017, 18 de Enero de 2017, rec. nº. 2272/2014 Roj: STS 123/2017 ECLI: ES:TS:2017:123

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 57/2017, 30 de Enero de 2017, rec. nº. 1531/2014. Roj: 328/2017 ECLI: ES:TS:2017:328
  
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 8/2018, 10 de Enero de 2018, rec. nº 1670/2015. Roj: STS 8/2018 ECLI: ES:TS:2018:8
  
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm 168/2020, de 11 de marzo de 2020, rec. n.º 3022/2017. Roj: STS 812/2020 ECLI: ES:TS:2020:812.

