

E-CONSUMIDORES: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

ANTONIA PANIZA FULLANA

DOCTORA EN DERECHO
PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES
(antonia.paniza@uib.es)

I.- INTRODUCCIÓN. II.- REFORMAS DE LOS PRECEPTOS CLÁSICOS SOBRE EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO: ¿CAMBIOS EN LAS FORMAS O CAMBIOS EN EL CONTENIDO? III.- LA LEY 47/2002, DE 19 DE DICIEMBRE: UNA REFORMA TARDÍA DE LAS VENTAS A DISTANCIA. IV.- LAS SUBASTAS ON LINE Y LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA. V.- ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRIVACIDAD: LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 LSSICE. 1.- PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES. A.- La excepción al sistema opt in: el artículo 21.2 LSSICE y su verdadero alcance. B.- Situación: Relación contractual previa. C.- Forma: Datos obtenidos de "forma lícita". D.- Objeto: Productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. E.- Sujeto: La misma empresa. F.- Garantía: Procedimiento sencillo y gratuito de oposición. 2.- EL ARTÍCULO 22.2 LSSICE: "DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO Y RECUPERACIÓN DE DATOS EN EQUIPOS TERMINALES".

SUMARIO

La autora expone los principales problemas de la aplicación práctica de las normas sobre comercio electrónico en relación a contratos celebrados por los e-consumidores, principalmente en lo que dice relación con abusos de publicidad, protección de datos, ventas a distancia y subastas en línea.

KEY WORDS

LSSICE, e-consumers, data protection, publicity abuses, remote sales, on line auctions.

ABSTRACT

The author exposes the main problems of the practical application of the norms on electronic commerce in relation to contracts celebrated by e-consumers, mainly in which it says relation with publicity abuses, data protection, remote sales and on line auctions.

PALABRAS CLAVE

LSSICE, e-consumidores, protección de datos, abusos de publicidad, ventas a distancia, subastas en línea.

I.- INTRODUCCIÓN

El hilo conductor de este trabajo van a ser aquellos preceptos que han planteado problemas bajo el factor común subyacente de la protección de los consumidores, y ello desde el ámbito de la contratación hasta el de la privacidad. Ante posibles reformas, puede ser un buen momento para repasar los puntos débiles, agujeros o contradicciones del sistema instituido por la normativa sobre la materia. Para ello hay que partir del complicado, en muchas ocasiones, entramado normativo aplicable en los contratos electrónicos celebrados con consumidores.

Si consideramos como pilares de la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español el artículo 1262 del Código civil y el artículo 54 del Código de comercio más la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, se puede afirmar que esta materia ha sufrido un proceso de cambio, y ello porque tanto los artículos mencionados como la Ley se han visto trastocados por las últimas reformas normativas.

Sin embargo, no hay que olvidar que las reformas mencionadas tienen un trasfondo claro; trasfondo que puede situarse en dos ámbitos distintos: los modernos medios de comunicación que han hecho aparecer nuevos problemas y la necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria.

La conjunción de ambos presupuestos ha sido el desencadenante de la promulgación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE) que ha sido la encargada de modificar los preceptos clásicos dedicados al momento de perfección del contrato. En cumplimiento del segundo presupuesto, aunque de forma tardía, se publicó la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a las diversas Directivas comunitarias.

Con ello se han producido una serie de cambios en la regulación de los contratos a distancia, aunque en algunos casos las soluciones aportadas ya nos eran conocidas. Estos presuntos cambios serán el objeto de este trabajo y, con ellos, se plantean cuestiones como: ¿cuál es el alcance de estos cambios? ¿Han supuesto una ruptura definitiva con la situación anterior o se puede calificar de continuista? ¿Qué ha supuesto la incorporación de la Directiva 97/7/CE al ordenamiento español? ¿Ha seguido la línea de otros países comunitarios? ¿Ha sido adecuada la forma de transposición con la modificación de la LOCM o hubiera sido preferible una ley específica sobre la materia? ¿Se realiza de una forma adecuada la incardinación de la normativa general sobre contratos a distancia con la normativa específica, por ejemplo, sobre comercio electrónico? Todos estos interrogantes buscarán respuesta en las páginas que siguen.

II.- REFORMAS DE LOS PRECEPTOS CLÁSICOS SOBRE EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO: ¿CAMBIOS EN LAS FORMAS O CAMBIOS EN EL CONTENIDO?

- *"La aceptación hecha por carta..."* del antiguo artículo 1262 Cc. frente a *"hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó"* del 1262 modificado.

Se trata de una cuestión simplemente terminológica, pues ya se daba por supuesto que aquella expresión, fruto de la época en que fue promulgado el Código civil, era de las pocas que se podían prever. Sin embargo, dado el problema que intentaba solucionar este artículo: establecer

el momento y lugar de perfección de los contratos entre personas físicamente alejadas, se ha ido aplicando a las nuevas técnicas de comunicación que han ido apareciendo.

La nueva expresión nos sacaba de toda duda, pues ya no se mencionaba ningún medio de comunicación en concreto, sino que describía a la perfección la situación a la que había venido dando solución el antiguo artículo 1262 Cc. En la práctica no aporta nada nuevo, pero quedaba clara la aplicación de la solución del nuevo artículo a los contratos celebrados a través de cualquier medio de comunicación.

Pero el problema de la aplicación del antiguo artículo 1262 Cc. a supuestos distintos de la contratación "por carta", sobre el que tanto habían discutido los autores, no queda zanjado con la nueva redacción del artículo. Si bien, en principio, parece solucionarse, la cuestión se complica de nuevo cuando el último párrafo establece una solución diferente para un supuesto específico: el de los *dispositivos automáticos*. El primer problema ya aparece con su propio contenido, ¿qué medios de comunicación deben ser entendidos como "dispositivos automáticos"? Después, se plantearán cuestiones semejantes a las que se plantearon en su momento con la "contratación por carta". Cuando aparezca un nuevo medio de comunicación tendrá que verse si se aplica el "régimen general" –por llamarlo de alguna manera– de los contratos entre personas "que se hallan en lugares distintos" o la solución específica que aporta el artículo 1262 Cc. para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos.

- *"no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento"* frente a *"hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar la buena fe"*.

Tanto en uno como en otro caso se opta por la teoría del conocimiento: el contrato sólo se entenderá perfeccionado cuando el oferente haya tenido oportunidad de conocer la aceptación de la otra parte contratante. Esta solución plantea una serie de inconvenientes que la doctrina se ha encargado de apuntar, siendo la principal la de dejar en manos de una de las partes contratantes la conclusión del contrato. Por ello se han buscado soluciones. Antes de la reforma fue la jurisprudencia la que se encargó de "matizar" la literalidad del artículo 1262 Cc., debido a las consecuencias injustas que podía conllevar. Con la reforma, ha sido el legislador el que ha intentado corregir las consecuencias injustas que se podían derivar de la dicción literal anterior. Tanto en un caso como en otro se tiende hacia la teoría de la recepción.

- Como novedad: *"En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación"*.

Lo que se traduce en el establecimiento de un momento de perfección diferente al establecido para los contratos a distancia, en general. Siguiendo a GONZÁLEZ GOZALO, para un sector doctrinal son todos los contratos electrónicos, sin distinción. Según CAVANILLAS MÚGICA, de acuerdo con los antecedentes legislativos expuestos en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, "contratos celebrados a través de dispositivos automáticos" son aquellos contratos electrónicos que no se concluyen a través de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente; está pensando en "contratos clic" y esta regla especial sólo debería aplicarse en los casos en que es "el destinatario de un servicio de la sociedad de la información y no el prestador el que manifiesta su consentimiento", parece excluir el supuesto en que el pedido del destinatario del servicio constituye oferta y CUADRADO PÉREZ cree que esta regla se aplica a los contratos celebrados mediante agentes inteligentes. Según GONZÁLEZ GOZALO, de las palabras del Consejo de Estado se deduce que no todo contrato electrónico se considera celebrado a través de dispositivos automáticos, sino únicamente aquellos perfeccionados en línea, utilizando tecnología web o cualquier otra basada en la estructura cliente/servidor, que responden a fórmulas de contratación automatizada por intervenir agentes inteligentes, y donde el aceptante es el destinatario del servicio de la sociedad de la información. La regla especial

sólo produce efectos diferentes a la regla general cuando se produce un error o un retraso en la comunicación que no se pueda detectar por el aceptante¹.

Por lo que respecta al lugar de perfección, la solución es idéntica: el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Y ello será aplicable tanto a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos como en los demás casos.

Si entendemos por "dispositivos automáticos", los contratos "clic", por lo que hace referencia al lugar de perfección del contrato, la solución del Código civil tendrá que armonizarse con el artículo 29 LSSICE que establece que, en el caso de contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. En cambio, cuando se trate de contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en el que esté establecido el prestador de servicios.

III.- LA LEY 47/2002, DE 19 DE DICIEMBRE: UNA REFORMA TARDÍA DE LAS VENTAS A DISTANCIA

- ¿Cuál es realmente el ámbito de aplicación de la LOCM? Lo lógico sería poder deducirlo de la propia definición y de las excepciones que a ella se establecen (artículos 38, apartados 1 y 3). Pero en este caso es más complicado. Para empezar el propio artículo 38.1 no establece realmente el ámbito de aplicación ya que a ello se le tiene que unir lo establecido en la disposición adicional primera para los servicios financieros y el artículo 38.3 no se conforma con establecer una excepción sino que a su vez, la excepciona (*la regulación de las ventas a distancia no será de aplicación a: las ventas celebradas en subastas, excepto las efectuadas por vía electrónica*).

A todo ello, se le tendrá que añadir las excepciones que establece la disposición adicional primera en el ámbito de la prestación de servicios, técnica de remisiones, no recomendable en absoluto. Hay que tener en cuenta, además, las exclusiones parciales para el caso venta a distancia de productos (artículo 38.4) y las exclusiones parciales en el caso de la prestación de servicios (disposición adicional primera, apartado 2 y 3).

Sólo reordenando todos estos preceptos se puede llegar a establecer con rigor el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos a distancia de la LOCM.

Los problemas no se acaban con el establecimiento del ámbito de aplicación. Es más, se van a enumerar a continuación los más destacados:

- Los problemas continúan en el ámbito subjetivo: utilización indistinta de los términos "comprador" y "consumidor" en algunos de sus preceptos.
- A pesar de la reforma, como ya ha quedado expuesto, la LOCM continúa con la técnica de la remisión de lo establecido para los bienes aplicarlo a la prestación de servicios, a través de la disposición adicional primera.
- ¿No era un buen momento para subsanar los defectos del Real Decreto 1906/1999? ¿No se podría haber introducido la regulación de los contratos realizados por vía electrónica o telefónica con condiciones generales?
- Respecto al deber de información y confirmación de la información, destacar la exclusión de los servicios turísticos, frente a lo establecido en la normativa sectorial sobre la materia en la

que se multiplican los deberes de información y confirmación. Y en el ámbito de las nuevas tecnologías, la problemática del cumplimiento de todos estos deberes en el denominado *m-commerce*. ¿Están preparadas nuestras normas para estos nuevos retos? ¿Qué va a suponer el Anteproyecto de ley de LSSICE? Para este caso se limita a remitir al consumidor a un determinado sitio *web* para que pueda obtener la información correspondiente en la forma legalmente establecida. ¿Quedarán cumplidos de esta forma los deberes de información que establecen las normas sobre la materia?

- Hay que destacar, sin embargo, los aspectos más proteccionistas de la LOCM tras la reforma que van más allá de lo establecido en la Directiva. En caso de ejercicio del derecho de desistimiento, si el vendedor no ha abonado al comprador las sumas que había pagado en el plazo de treinta días, puede reclamarla duplicada, más la indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de esa cantidad.
- Más problemas plantea el derecho de desistimiento y anulación del cargo por el titular de la tarjeta: Devolución de las cantidades pagadas mediante tarjeta de pago como ejercicio del derecho de desistimiento: la propia ley afirma la posibilidad de alegar derecho de desistimiento ante la entidad emisora/gestora de la tarjeta. La regla general establece que lo que se anula es el cargo, no la compra; pero, ¿qué ocurre en este caso?, ¿se anula el cargo y la compra? Relación comprador/entidad emisora/ banco; pero para ejercitar el derecho de desistimiento es: proveedor-comprador. El artículo 46, ¿está entremezclando relaciones?

¿Modo de ejercicio del derecho de desistimiento o consecuencia de él? Pero, ¿la consecuencia no sería que el vendedor tiene que devolver el precio y el comprador el producto?

Relación del derecho de desistimiento con la posibilidad de anulación del cargo en el caso de pago realizado mediante tarjeta: ¿anulación del cargo más anulación de la compra?

Que se alegará frente al banco en el caso de que anule el cargo como ejercicio del derecho de desistimiento. ¿Cómo sabe el banco que está en plazo? ¿Está obligado el Banco a aceptarlo? ¿Frente a quién hay que alegar el derecho de desistimiento? ¿Frente al proveedor?

- La disposición final primera y la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Una cuestión importante en la reforma de la LOCM es el cambio en la distribución de determinadas materias que podían ser competencia estatal, han pasado ahora a ser parte de la competencia exclusiva del Estado. Todo ello se establece en la disposición final única de la Ley 47/2002, de reforma de la LOCM. Si antes de la reforma constituían legislación estatal, por lo que se refiere a las ventas a distancia, los artículos 41 (necesidad de consentimiento expreso), 44 (derecho de desistimiento), 45 (excepciones al derecho de desistimiento), 46 (pago mediante tarjeta de crédito) y 48 (irrenunciabilidad de derechos); ahora se han añadido el artículo 38.1, 38.3, 38.4, 39 (propuesta de contratación), 40 (información previa), 42 (prohibición de envíos no solicitados), 43 (ejecución y pago) y 47 (información). Con todo ello, prácticamente todo el régimen de los contratos a distancia ha pasado a ser competencia estatal, por lo que la LOCM será de aplicación general.

El problema que se plantea ahora es qué ocurre con aquellas normas autonómicas que regulan aspectos que han pasado a ser competencia estatal. En la práctica se puede decir que la regulación es muy similar, por lo que no se producen grandes cambios. Sin embargo, de un análisis de la normativa autonómica se extrae que algunas Comunidades Autónomas habían regulado subrepticamente algunos aspectos cuya regulación era de ámbito estatal y, además, ya se habían dado conflictos competenciales como lo demuestran algunas Sentencias del Tribunal Constitucional².

¹ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A.: La formación del contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, cit., páginas 236, 239 y 241.

² Sobre conflictos de competencia en esta materia o similar se puede citar la STC 264/1993, de 22 de julio resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación con

IV.- LAS SUBASTAS ON LINE Y LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

El artículo 56 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), con carácter general, y antes de delimitar el ámbito de aplicación de aquella Ley, se refiere a la venta en pública subasta como aquella que consiste en "ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto". Si bien el artículo 56 LOCM establece esta definición con carácter general, inmediatamente, en su párrafo segundo, establece que la regulación contenida en aquella ley sólo se aplicará a las subastas efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor.

Uno de los principales aspectos a tener en cuenta en este tema es el de la ley aplicable a las subastas electrónicas, ya que según su propia organización se les aplicará una norma u otra. En general, las normas que pueden ser aplicables a las ventas en pública subasta son las siguientes:

- Con carácter general, en los artículos 56 a 61 de la LOCM se regula la "venta en pública subasta".
- Los artículos 38 a 48 LOCM, dedicados a las ventas a distancia, que aunque excluyen de su ámbito de aplicación a las subastas, en general, incluyen expresamente las subastas efectuadas por vía electrónica.
 - o Tanto en un caso como en otro hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación de la LOCM. Según su artículo 1, esta Ley establece el régimen jurídico general del comercio minorista y regula determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. Y se entiende por "comercio minorista": "aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". Si las actividades que se desarrollan no cumplen estos requisitos, no les será de aplicación la LOCM.

- o Y en el caso del artículo 38 y siguientes de la LOCM, en el supuesto de contratos a distancia sólo se incluirán las ventas a distancia "celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia organizada por el vendedor". Y concretamente en el caso de las subastas sólo se incluyen las subastas celebradas por vía electrónica que cumplan, además, los requisitos del artículo 38 LOCM.
- o Sólo en aquellas subastas electrónicas en que se den todas estas condiciones se aplicará la LOCM.
- Junto a estas normas, en caso de subastas electrónicas se debe tener especialmente en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE).
 - o Además, de la aplicación de esta norma con carácter general, se puede mencionar la remisión que hace el artículo 38.6 LOCM: "Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico".
- Además, debe tenerse en cuenta la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU).
- Las normas referentes a la seguridad de productos, el Real Decreto 1801/2003.
- Además de todo ello, hay que tener en cuenta la normativa de condiciones generales de la contratación, pues como se verá se utilizan en las subastas por Internet o la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

Una de las cuestiones problemáticas es la de establecer, cuando se aplica cada una de estas normas, cuál es la regulación aplicable a las subastas celebradas a través de Internet. Para ello, tomando como punto de partida la definición del artículo 56 LOCM se estudiarán los distintos tipos de subastas o distintas formas de organización de las mismas, lo que se convertirá en punto clave para establecer la normativa aplicable a cada una de ellas.

Siguiendo a PEÑA LÓPEZ³ se pueden distinguir distintos tipos de subastas celebradas a través de Internet:

- A.- Una subasta en la que los medios electrónicos sean sólo una posibilidad más puesta a disposición de los participantes para realizar las pujas.
- B.- Una subasta organizada totalmente por un empresario o profesional cuyo objeto de actividad es practicar subastas y que organiza algunas de ellas a través de Internet, en un sitio web creado por él mismo.
- C.- Y, la más utilizada, que es una subasta en la que los bienes o servicios son ofrecidos a la puja por particulares, después de celebrar un contrato con una empresa cuyo objeto de actividad es permitir la celebración de subastas en el espacio virtual que ha organizado⁴. La más utilizada en el ámbito de las subastas en Internet.

determinados artículos de la Ley 9/1989, de 5 de octubre de las Cortes de Aragón de Ordenación de la Actividad Comercial. Según el artículo 30.2 de aquella Ley: "en todos los casos de venta domiciliar el comprador dispondrá de un período de siete días para rescindir el compromiso de compra con el único requisito de comunicárselo de forma fehaciente al comerciante y con los efectos de devolución de la cosa y el precio". Según el Tribunal Constitucional esta previsión "supone un exceso del Parlamento autonómico en el desenvolvimiento de la competencia sobre defensa del consumidor y del usuario (artículo 36.1.c) del Estatuto) ya que claramente incide en el contenido de los contratos, lo que, como se ha dicho, únicamente cumple regular al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6 y 8 CE...".

La STC 284/1993, de 30 de septiembre resuelve dos recursos de inconstitucionalidad promovidos uno por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular y el segundo por el Gobierno de la Nación. El artículo 12 a) de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre de Comercio Interior establecía que entre los datos informativos que han de contener, de forma clara e inequívoca, todas las ofertas de venta a distancia figurará "el período de reflexión, no inferior a siete días, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha". Aquí el Tribunal distingue, por una parte, el derecho de información y, por otra parte, la propia regulación del derecho de desistimiento. El primero está en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, no así el segundo, que es competencia estatal. Por ello, se declara inconstitucional el inciso "no inferior a siete días" (se considera "regulación" del derecho de desistimiento), manteniendo el resto del precepto.

³ Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: "Actividades de promoción de ventas y modalidades de venta" en BUSTO LAGO, J.M.: *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor, 2005, páginas 326 y 327.

⁴ Sería el caso de sitios web de subastas del tipo de e-bay.

- Por otra parte, se pueden añadir otras empresas de subastas que utilizan Internet para hacer publicidad de sus actividades, objetos, etc. sin que la subasta propiamente dicha se celebre a través de Internet⁵.

La más utilizada es la tercera de las clases enunciadas. ¿Cuáles son sus características? En estos casos, las empresas de subastas se mantienen al margen de las relaciones entre compradores y vendedores, no actúan en representación del vendedor⁶. La empresa de subastas no es dueña de los bienes subastados. Ni siquiera es depositaria de los mismos. La empresa de subastas no actúa como subastador, ya que simplemente pone en contacto vendedor y comprador, quienes acaban ellos mismos la transacción. Sirve de puente entre las relaciones comerciales de vendedores y compradores en el sitio de subastas. Por una parte, hay una relación jurídica entre la empresa de subastas y el particular o empresa que quiere subastar sus productos. Por su parte los posibles compradores tienen que registrarse en el sitio de subastas para participar en las subastas.

La empresa (pongamos como ejemplo, E-bay) es quien pone a disposición de las partes la plataforma en la que se celebrarán las diferentes subastas o compras (como prestador de servicios de la sociedad de la información será E-bay quien deberá cumplir los deberes que le impone la LSSICE). Puede sancionar determinadas conductas, es sólo un ejemplo esta cláusula: "Los anuncios que infrinjan las políticas de eBay pueden tener como consecuencia la aplicación de medidas disciplinarias. Estas medidas pueden incluir una advertencia formal, la finalización de los anuncios infractores e incluso la suspensión temporal o indefinida de la cuenta de usuario. Antes de aplicar cualquier medida, eBay estudiará las circunstancias que rodean la supuesta infracción y el historial de transacciones del usuario. En la mayoría de los casos en los que se interrumpe un anuncio, eBay reintegra las comisiones y tarifas correspondientes"⁷.

- E-bay, además de cobrar por los anuncios que se colocan en su sitio web -lo que corresponde por su situación de mero "punto de encuentro entre compradores y vendedores"- cobra comisiones sobre cada producto vendido (lo que lo podría acercar al otro tipo de subastas descrito). A pesar de quedar supuestamente al margen, como comisionista que es, se plantea la duda de si su actuación puede considerarse como un contrato de mediación o corretaje. ¿No le da E-bay al vendedor la oportunidad de concluir un negocio con un tercero? Además, según la STS de 10 de marzo de 1992: "la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en relación a los que pueden ser contratantes, sin intervenir en el contrato, ni actuar como mandatarios...; el mediador a diferencia del mandatario, no contrata"⁸.

Una vez establecido el funcionamiento del principal tipo de subastas que se celebran en Internet, la cuestión que nos corresponde abordar ahora es: ¿En qué casos es de aplicación la LOCM? Según el artículo 1, esta Ley se encarga de establecer el régimen jurídico general del comercio

⁵ Son solo un ejemplo: <http://www.christies.com>; <http://www.bonanovasubastas.com>; <http://www.articuarious.com/html/index.asp>

⁶ Como ejemplo, una cláusula del sitio de subastas e-bay: "Ebay no se involucra en la transacción entre comprador y vendedor. De este modo, eBay no tiene control alguno sobre la calidad, seguridad o legalidad de los artículos anunciados, la veracidad o exactitud de los anuncios, la capacidad de los vendedores para vender artículos o la capacidad de los compradores para comprar artículos. eBay no puede asegurar que un comprador o un vendedor completará una transacción".

⁷ Salieron en prensa algunos casos de ventas ilegales en subastas, concretamente de órganos humanos. En estos casos, según se apuntaba en prensa, quien bloqueó las ventas ilegales fue E-bay (Vid. <http://www.el-mundo.es/havegante/2000/12/04/portada/975924267.html> : "El portal estadounidense e.Bay ya bloqueó el pasado septiembre la venta ilegal de lo que se anunciaba en su web como «un riñón en perfecto estado» por cerca de cinco millones de pesetas").

⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Madrid, 2000, 23ª edición, página 181.

minorista y regular determinados tipos de ventas especiales. Todo ello, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. En su párrafo segundo define el comercio minorista como "aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". Ya de un modo más específico, el artículo 56.2 LOCM establece que la regulación de las ventas en pública subasta que contiene esta Ley se aplicará a las empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor. De acuerdo con lo establecido en estos artículos difícilmente se les podrá aplicar esta Ley a las empresas de subastas organizadas como E-bay, porque como ya ha quedado expuesto, no es E-bay la que "oferta la venta de cualquier clase de artículos".

Junto a todo lo expuesto, el artículo 38.3 b) establece que la regulación establecida en aquella Ley para las ventas a distancia será de aplicación a las ventas celebradas en subastas por vía electrónica (como excepción), aunque de entrada parece tener cabida el supuesto que aquí se viene analizando, hay que tener especialmente en cuenta la definición de "venta a distancia" del artículo 38.1 LOCM: "Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor". En el caso de E-bay, el sistema de contratación a distancia no lo ha organizado el vendedor, sino un tercero.

Tendiendo a las distintas clases de subastas expuestas sólo sería aplicable, en su caso, a una subasta en la que los medios electrónicos sean sólo una posibilidad más puesta a disposición de los participantes para realizar las pujas y en el caso de una subasta organizada totalmente por un empresario o profesional cuyo objeto de actividad es practicar subastas y que organiza algunas de ellas a través de Internet, en un sitio web creado por él mismo.

En el caso de E-bay, tanto en el caso de subastas como compras, se puede pensar si la mencionada Ley es aplicable, no a E-bay, pero sí a las relaciones entre las otras partes implicadas. A ello hay que responder que sólo sería aplicable en el caso de que la relación se establezca entre un profesional, con ánimo de lucro, siempre que oferte sus artículos a los destinatarios finales de los mismos.

Como queda reflejado, la aplicación de esta norma a las subastas electrónicas es muy reducida⁹, y ello a pesar de dedicar los artículos 56 y siguientes a la venta en pública subasta y en sede de ventas a distancia, considerar incluidas en esta regulación a las subastas celebradas por vía electrónica. Y ello por las siguientes razones:

- Con carácter general, tanto la LOCM como la LGDCU tienen escasa aplicación en las subastas por Internet del tipo de E-bay.
- Ello es debido a la propia posición que ocupa la empresa de subastas. En el caso de la LOCM porque la actividad llevada a cabo por E-bay no puede subsumirse en la definición de comercio minorista establecida por el artículo 1, por lo que no serán de aplicación los artículos 56 y siguientes dedicados a la venta en pública subasta.
- Además, la LOCM establece que su regulación sobre ventas a distancia es de aplicación a las subastas celebradas por vía electrónica. Pero tienen que ser subastas por vía electrónica que estén dentro del ámbito de aplicación establecido por el artículo 1 de la Ley y, además, que puedan subsumirse en la definición de ventas a distancia del artículo 38, lo que no parece cumplirse en el caso estudiado.

⁹ Vid. CÁMARA ÁGUILA, P.: *La venta voluntaria en pública subasta en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Granada, 2004, páginas 16 y 17.

- En el caso de la LGDCU porque E-bay no "produce, facilita, suministra ni expide" ningún bien a los destinatarios finales, sino que son los propios particulares o empresas, según los casos, los que ponen a la venta los productos. En cambio, sí que cabe tener en cuenta estas normas en la relación establecida entre la empresa de subastas y el particular que quiere utilizar aquel sitio web para vender sus productos y en su caso entre una empresa/tienda que vende sus productos y un particular.

V.- ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRIVACIDAD: LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 LSSICE.

1.- PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES.

A.- La excepción al sistema *opt in*: el artículo 21.2 LSSICE y su verdadero alcance

La regla general de la necesidad de consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales encuentra una excepción en el apartado segundo del artículo 21 de la LSSICE: no hace falta el consentimiento previo si existe 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.

El antecedente normativo de la excepción se encuentra en el artículo 13.2 Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Esta norma establece el sistema de listas positivas para el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, con una excepción siempre que se den las siguientes circunstancias: una persona física o jurídica obtiene de sus clientes la dirección de correo electrónico; en el marco de la venta de un producto o servicio, de conformidad con lo establecido en la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (como establece el artículo 6, los datos serán recogidos con fines determinados y no pueden ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; según el artículo 7 se requiere el consentimiento del interesado, salvo en algunos supuestos determinados); la persona que ha recogido la dirección de correo electrónico podrá utilizarla para la venta directa de sus propios productos o servicios —no los de un tercero— de características similares. Y todo ello con la condición de que se ofrezca al cliente la posibilidad de oponerse a esta utilización de su dirección de correo electrónico, en el momento que se recoge o en un momento posterior (el artículo 14 de la Directiva 95/46/CE, establece el derecho de oposición a la utilización de los datos del propio interesado).

Planteado prácticamente sin discusión el sistema *opt in* para el caso del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, las dudas se plantean en torno a la excepción del artículo 21.2 LSSICE: ¿Cómo debe interpretarse? ¿Cuál es su amplitud? ¿Qué hay que entender por "relación contractual previa"? ¿Qué hay que entender por productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente? ¿Y la "misma empresa"? Para interpretar la excepción debe tenerse en cuenta que se trata precisamente de esto, de una excepción al régimen general establecido en aquella ley, basado en la necesidad de consentimiento para poder enviar comunicaciones comerciales no solicitadas a través de correo electrónico. En este mismo camino se encuentra la *Opinión 5/2004 on unsolicited communications for marketing purposes under Article 13 of Directive 2002/58/EC* que establece que la citada excepción —en este caso, refiriéndose a la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas— debe interpretarse de modo restrictivo.

La configuración de la cuestión en otros países resulta especialmente interesante, pues las empresas de marketing directo pueden verse favorecidas según se encuentren en un lugar o en

otro dependiendo de su normativa y obviamente estarán mucho más cómodas donde la regulación sea más permisiva. La armonización en estas cuestiones es fundamental.

B.- Situación: Relación contractual previa.

El ámbito de la excepción queda delimitado con la existencia de una relación contractual previa, de forma muy similar a la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas: los datos tenían que haberse obtenido en el contexto de la venta de un producto o servicio, de conformidad con la Directiva de Protección de Datos.

Parece tanto en un caso como en otro que tiene que haberse perfeccionado un contrato entre las partes para que entre en juego la excepción. La solicitud de información sobre productos sin haber llegado a contratar, ¿se entiende ya como relación contractual previa? Parece que, en todo caso, sería una relación previa y no bastaría para aplicar el artículo 21.2 LSSICE. Todo ello parece corroborarse con el artículo 6.2 LOPDP al establecer que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un "contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"¹⁰. Sin embargo, hay otras cuestiones problemáticas relacionadas con el tiempo y el modo, respectivamente, de esta "relación contractual previa": ¿puede tratarse de un contrato celebrado hace mucho tiempo? ¿Dónde está el límite temporal? Y, por otra parte, ¿tiene que ser necesariamente una venta celebrada a través de medios electrónicos o puede haberse llevado a cabo con presencia física siempre que se hayan obtenido estos datos?

C.- Forma: Datos obtenidos de "forma lícita".

Ya ha quedado expuesto que tanto la dirección de correo electrónico como el número de teléfono móvil pueden considerarse datos de carácter personal. Partiendo de la citada premisa resulta especialmente interesante el cruce entre el artículo 30 LOPDP y el artículo 21.2 LSSICE. El primero es el que se dedica al tratamiento de datos con fines de venta directa estableciendo que quienes se dediquen a la venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, "utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos por su propio consentimiento". Por su parte, el artículo 31 LOPDP establece que quienes se dedican a la venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas podrán solicitar una copia del censo promocional, formado con los datos de nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral.

Parece que en el censo promocional no se incluyen las direcciones de correo electrónico; entonces las empresas de marketing directo no conseguirán por esa vía la dirección de correo electrónico o el número de teléfono móvil. Nos queda, la dicción literal del artículo 30 en "otras

¹⁰ En la *Can Spam Act 2003* de EE.UU se define la expresión "transactional or relationship message": "an electronic mail message the primary purpose of which is: (i) to facilitate, complete, or confirm a commercial transaction that the recipient has previously agreed to enter into with the sender; (ii) to provide warranty information, product recall information, or safety or security information with respect to a commercial product or service used or purchased by the recipient; (iii) to provide: (i) notification concerning a change in the terms or features of; (ii) notification of a change in the recipient's standing or status with respect to, a subscription membership, account, loan or comparable ongoing commercial relationship involving the ongoing purchase or use by the recipient of products or services offered by the sender; (iv) to provide information directly related to an employment relationship or related benefit plan in which the recipient is currently involved, participating or enrolled; or (v) to deliver goods or services, including product updates or upgrades, that the recipient is entitled to receive under the terms of a transaction that the recipient has previously agreed to enter into with the sender".

fuente accesible al público o bien, claro está, que se haya obtenido el consentimiento del cliente o consumidor. El problema que se plantea es si todo ello puede aplicarse al correo electrónico, al ser la LSSICE una norma posterior y establecer un régimen específico. Parece que, por esta vía se cierran puertas para las empresas de marketing directo que quieren enviar por correo electrónico sus ofertas publicitarias.

Otra vía para conseguir los datos de carácter personal aunque no medie el consentimiento del destinatario es que los datos provengan de una relación contractual previa y se vayan a utilizar para las finalidades concretas que establece el artículo 21.2 LSSICE. A ello se une la prohibición del artículo 4.2 LOPDP de que los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos.

Por supuesto si media consentimiento, ya no hay ningún problema para el tratamiento de estos datos, pero sí que se plantea una cuestión interesante respecto a la forma en que debe prestarse este consentimiento: es el caso de que se incluyera en un clausulado de condiciones generales. Según la LOPDP el consentimiento del interesado se define como *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen"*. Esta *"manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada"*, ¿se da con la aceptación del clausulado de unas condiciones generales? Parece que la respuesta tendrá que ser negativa.

D.- Objeto: Productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

Se exige que los datos se hayan obtenido en una relación contractual previa y se utilicen para publicitar *"productos o servicios similares"*. La Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas se refiere a *"sus propios productos de características similares"*. No valdría cualquier producto de la misma marca, sino productos o servicios (de características) similares. Lo que nos conduce al tema de las finalidades incompatibles para el uso de los datos de carácter personal del artículo 4.2 LOPDP. De nuevo las normas se cruzan. En la Opinión 5/2004 sobre comunicaciones comerciales no solicitadas con fines comerciales se establece que éste no es un concepto fácil de aplicar en la práctica y debe enfocarse desde la perspectiva del destinatario, no desde la del vendedor. Debe tenerse en cuenta lo que razonablemente puede esperar el destinatario.

E.- Sujeto: La misma empresa.

Según el artículo 21.2 LSSICE es necesario que los datos los utilice la *"misma empresa"*. El artículo 13.2 de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas se refiere a una *"persona física o jurídica"* y que después sea esa misma *"persona física o jurídica"*, no un tercero, quien utilice los datos.

¿Qué ocurre cuando se trate de un grupo de empresas? ¿Quién puede utilizar los datos recogidos en el marco de una relación contractual? Parece que, en principio, sería la que realmente ha sido parte en ese contrato. Por esta interpretación restrictiva parece decantarse también la Opinión 5/2004 sobre comunicaciones comerciales no solicitadas para fines comerciales: *"subsidiaries or mother companies are not the same company"*.

Un ejemplo que encaja en este punto es el caso del operador de telefonía móvil que lanza sus propias ofertas: parece que este supuesto encaja en la excepción del artículo 21.2 LSSICE: relación contractual previa, datos obtenidos lícitamente, productos o servicios similares de su propia empresa. La duda se plantea con el siguiente punto: ¿establece un procedimiento sencillo y gratuito de oposición?

F.- Garantía: Procedimiento sencillo y gratuito de oposición.

Son constantes en la normativa las referencias a las medidas de oposición a la recolección de datos, incluso en los supuestos excepcionales que se vienen comentando. Es el caso del artículo 21.3, párrafo segundo LSSICE y artículos 30.4 y 31.3 LOPDP.

En la práctica, algunas empresas basan el ejercicio de este derecho en el envío de un escrito a la dirección física de la empresa, llamando a un teléfono, eso sí, gratuito, o entrando en una determinada página web¹¹. ¿Cumplen estas fórmulas con los requisitos del procedimiento "sencillo y gratuito" al que se refiere la Ley? La Comunicación de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o *spam* establece que el nuevo régimen sobre comunicaciones comerciales tiene como norma fundamental el que todos los mensajes electrónicos deben mencionar una dirección de respuesta válida donde el abonado pueda pedir que no se le envíen más mensajes. ¿Se cumple en el caso de mensajes SMS a través del teléfono móvil? ¿Cómo podría cumplirse? Parece que los aspectos legales y técnicos del tema confluyen necesariamente; una actuación conjunta aportaría soluciones eficaces.

Además, en el plano temporal, este procedimiento *sencillo y gratuito* de oposición debe ofrecerse tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Si bien en el caso del correo electrónico es bastante factible, la cuestión que se plantea es: ¿Se cumple esto en los mensajes SMS? Con carácter general, no. ¿Podría suponer esta exigencia una carga demasiado elevada para la empresa en cuestión? ¿Qué vías técnicas pueden proponerse para que la aplicación real de esta normativa sea un hecho?

2.- EL ARTÍCULO 22.2 LSSICE: "DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO Y RECUPERACIÓN DE DATOS EN EQUIPOS TERMINALES"

En España, la normativa aplicable a los *spyware* (no se refiere expresamente a los *spyware* sino a *"dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales"*, entre los que pueden incluirse estas técnicas), en concreto, es el artículo 22.2 LSSICE. Según este artículo: *"Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito"*. Parece claro que no se establece su ilicitud sino los presupuestos necesarios para que puedan usarse legítimamente.

Centrándonos en este artículo y sabiendo que los programas espía llegan a nuestro ordenador, por ejemplo, con un software gratuito después de que el usuario haya aceptado, sin previa lectura en la mayoría de ocasiones, las condiciones de uso que se facilitan en inglés, las preguntas que debemos formularnos son: ¿Se cumple lo dispuesto en el artículo citado? ¿Se tiene el consentimiento del usuario? Hay que tener en cuenta que en la mayoría de estos casos el afectado desconoce la existencia del *spyware*, web bug, etc. (de hecho existen determinados programas para su detección, lo que hace que quede de manifiesto que sin un software específico el usuario no se da cuenta de que están captando información, lo que hay que tener en cuenta es qué información está recogiendo). ¿Es suficiente a los efectos de este precepto un

¹¹ Aunque fuera para un supuesto diferente, se puede mencionar la aclaración realizada por la Agencia de Protección de Datos respecto a la utilización por parte de Telefónica de datos personales de sus abonados con fines comerciales. Telefónica optaba por una carta dirigida a un apartado de correos para recabar la negativa a prestar consentimiento para el tratamiento de los datos. La A.E.P.D informa de que la normativa sobre protección de datos permite otras formas de denegar el consentimiento, incluida la comunicación telefónica a los servicios de atención al cliente previa identificación del abonado.

consentimiento otorgado con la aceptación de las condiciones generales? La respuesta parece que debería ser negativa. Es más, ¿son suficientes los presupuestos que establece el artículo 22.2 de la LSSICE?