

LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA Y EL DERECHO INTERNO

Por

JAVIER SOLA TEYSSIERE
Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—1. LA DIRECTIVA.—2. DERECHO INTERNO.—3. CONTRASTE ENTRE AMBOS ÓRDENES NORMATIVOS: a) *Respecto al ámbito de aplicación.* b) *Respecto a las obligaciones de información previa.* c) *Respecto al derecho de resolución.* d) *En relación con la ejecución.* e) *Técnicas restringidas.*—4. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA INTERNA.

PLANTEAMIENTO

El «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de 4 de junio de 1997 (núm. L 144) publica la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, tras un largo período de elaboración (1). Dado que el Estado español cuenta con una normativa previa en la materia, contenida fundamentalmente en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista* (LOCFMI), y en varias disposiciones legales autonómicas que más adelante se describirán, se trata de analizar si esta normativa interna resulta suficiente y adecuada para el logro de los resultados pretendidos por la norma comunitaria.

Conviene adelantar que, en lo que hace a la LOCFMI, sorprende el ba-

(1) Con fecha 20 de mayo de 1992, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó una *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia* («DOCE», núm. C 156, de 23 de junio de 1992), sometida, desde el 1 de enero de 1993, al procedimiento de codecisión. Una vez dictaminada por el Comité Económico y Social («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993) y por el Parlamento Europeo («DOCE», núm. C 176, de 28 de junio de 1993), fue de nuevo presentada bajo el título de *Propuesta modificada...* («DOCE», núm. C 308, de 15 de noviembre de 1993). Posteriormente, el Consejo aprobó la Posición Común núm. 19/1995, de 29 de junio, en relación con el indicado proyecto de Directiva («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995); tras ello se produjo la Decisión del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1995 relativa a la posición común adoptada por el Consejo («DOCE», núm. C 17, de 22 de enero de 1996) y posterior Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la posición común del Consejo [COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996]. Finalmente, a la vista del texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación, el 27 de noviembre de 1996, Parlamento y Consejo adoptan las correspondientes Decisiones en orden a su definitiva aprobación.

lance de disparidades significativas que lo separan del texto comunitario que forzosamente había de servirle de norte, habida cuenta de la coincidencia temporal en los respectivos procesos de elaboración (2). En concreto, se comprueba con facilidad cómo el legislador español se mantiene apegado al texto de la Propuesta de Directiva inicial de 1992 a lo largo de todo el periplo de la tramitación parlamentaria de la LOCMI, ignorando las sucesivas modificaciones introducidas en el proyecto comunitario por aquellas mismas fechas (3). Especialmente es de lamentar la falta de atención al texto de la Posición Común adoptada por el Consejo a mediados de 1995, texto muy cercano ya al definitivo, cuando por esas mismas fechas se mostraba plenamente activo el proceso de discusión del texto español. Sólo las prisas en aprobar un texto legislativo que responde a unos intereses políticos definidos —la protección del pequeño comercio—, ante la perspectiva de unas elecciones generales anticipadas, pueden ofrecer una insatisfactoria explicación de la incuria exhibida por el legislador estatal. Se ha dado al traste de esta forma con una oportunidad al alcance de la mano, malogrando una correcta aplicación de criterios mínimos exigibles de economía y eficacia parlamentarias, forzando a la pronta revisión de unos preceptos legales que apenas están comenzando a ser objeto de aplicación efectiva.

La operación de ejecución normativa de una Directiva en el ordenamiento jurídico interno exige, cuando menos, prestar atención a un triple orden de factores: *a)* preexistencia o no de una regulación interna sobre la materia y, en caso afirmativo, la correspondiente operación de cotejo y contraste entre ambos órdenes normativos orientada a señalar eventuales disonancias necesitadas de adaptación; *b)* rango de las disposiciones necesarias para su adaptación o transposición; *c)* instancia obligada a su pro-

(2) Contrástense las fechas ofrecidas en nota anterior con las correspondientes a la tramitación parlamentaria del texto español: el 20 de julio de 1993 es admitida a trámite una proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario Catalán («BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 26 de julio de 1993), tomada en consideración por el Pleno de la Cámara el 26 de octubre del mismo año («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 20, 1993), que, después de sucesivas ampliaciones de plazo, es finalmente objeto de 488 enmiendas (publicadas en «BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-14, de 11 de octubre de 1994). Tras el Informe de la Ponencia («BOCG», CD, núm. 10-16, de 25 de septiembre de 1995), es aprobado por la Comisión con competencia legislativa plena («BOCG», CD, núm. 10-17, de 26 de septiembre de 1995). Remitido al Senado es objeto de 163 enmiendas (publicadas en «BOCG», Senado, Serie III B, de 23 de octubre de 1995), que, tras su paso por Comisión, dan lugar a la aprobación de un texto en sesión plenaria celebrada el 29 de noviembre de 1995 («Diario de Sesiones del Senado», núm. 98, 1995). Devuelto al Congreso, y tras desgajarse del texto los preceptos relativos a horarios comerciales, que fueron objeto de aprobación por medio de Ley orgánica, fue definitivamente aprobado en el Pleno de 21 de diciembre de 1995 («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 194).

(3) Circunstancia sobre la que alertó en su día J. J. MARÍN LÓPEZ en relación con la Proposición de Ley (*Prácticas comerciales y protección de los consumidores*, «Rev. Derecho Privado y Constitución», núm. 5, enero-abril 1995, págs. 147-148) y que posteriormente ha sido objeto de abierta crítica por el mismo autor, una vez promulgada la LOCMI (en ob. col. *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, coordinada por Arimany/Manubens & Asociados, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pág. 491).

ducción en función del tipo de norma necesaria y de la titularidad competencial. Conforme a este esquema, el presente trabajo pretende resaltar los aspectos más sobresalientes de la normativa interna sobre ventas a distancia que se consideran necesitados de adecuación a la Directiva comunitaria. Detectados los mismos se planteará, a continuación, la correosa cuestión de las instancias —estatal, autonómicas— llamadas a su ejecución normativa conforme al reparto competencial interno establecido.

1. LA DIRECTIVA

Inscríbese la Directiva como un eslabón más en el dilatado y sostenido empeño de profundización en la realización efectiva de un mercado único comunitario. Se argumenta, con razón, que la venta transfronteriza a distancia «puede ser, para los consumidores, una de las principales manifestaciones concretas del establecimiento del mercado interior» (4). Los nuevos medios de comunicación, cada vez más al alcance de los consumidores, van a posibilitar de manera creciente la adquisición de productos fuera de las fronteras del país de su residencia a través de los distintos canales de venta a distancia; modalidad de venta que «se presta particularmente a un desarrollo transnacional» (5) y que recientemente está experimentando un significativo auge.

La especialidad común al conjunto de las ventas a distancia (por correo, por teléfono, *televenda*, a través de *Internet*...) radica en que la relación contractual —desde la oferta a la celebración del contrato— se produce a través de un medio de comunicación y, por lo tanto, sin la presencia física simultánea de comprador y vendedor y, sobre todo, sin la posibilidad de examen físico del producto por parte del comprador antes de adoptar su decisión de compra. Ello genera un potencial riesgo añadido a la habitualmente señalada situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente a unos comerciantes profesionalizados; problema ínsito en la propia sistemática de este tipo de ventas.

El núcleo de las regulaciones existentes de las ventas a distancia suele apoyarse en el despliegue de una batería de respuestas directamente dirigidas a soslayar, o minorar en lo posible, las consecuencias derivadas del riesgo indicado. Las distintas obligaciones informativas sobre el producto o servicio ofertados y el reconocimiento de un derecho de resolución del contrato una vez éstos examinados —reglas típicas en dichas normativas— se estatuyen en esa dirección.

(4) Considerando (3) de la Directiva. Para un detenido examen de la Directiva vid. J. JUSTE MENCIA, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 (I) y (II)*, «Rev. La Ley», núms. 4434 y 4435, 9 y 10 de diciembre de 1997, respectivamente.

(5) Ap. 3.2 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993, pág. 112.)

La protección de los consumidores es el título habilitante, el interés público protegido como finalidad específica por estas disposiciones.

Junto a ello se detectan ciertos problemas generados, normalmente, por un mal uso de las técnicas comerciales propias de la venta a distancia. Los envíos de productos al domicilio del consumidor, sin que se haya producido una petición previa por parte del mismo, fuerzan muchas veces la aceptación para evitar la incomodidad que supone su devolución, concurriendo frecuentemente la circunstancia de su escaso valor. El empleo de ciertas prácticas de comunicación especialmente insistentes puede producir una inadmisibile inmisión en la vida privada y en el círculo protegible de intimidad del consumidor. El uso consistente en admitir como medio de pago el cargo en una cuenta ligada a una tarjeta de crédito, cuyo número es facilitado por el mismo medio de comunicación por el que se realiza el pedido sin su presentación o identificación electrónica, implica unos riesgos añadidos de utilización fraudulenta de la tarjeta que su titular no debe verse obligado a soportar. El frecuente retraso en los plazos de entrega de los productos comprometidos por la empresa vendedora es otro de los motivos frecuentes por los que el consumidor siente sus expectativas defraudadas (6).

Se trata de prácticas que atentan contra los intereses de los consumidores pero que, a la vez, son susceptibles de causar un daño objetivo al conjunto de las empresas activas en el sector (7). Tratándose de sistemas novedosos y, por ende, poco conocidos, el consumidor es proclive a achacar una experiencia insatisfactoria con una determinada empresa al tipo de venta en sí; extendiendo y trasladando las causas y efectos perniciosos al conjunto del sector y proyectando una mala imagen del sistema de venta en abstracto (8). Lo que nos lleva a señalar la transparencia de los usos comerciales y, de manera más genérica, la defensa del propio sistema competitivo de mercado como segundo título habilitante de la intervención normativa, junto al señalado anteriormente. Es la protección de los consumidores, pero también la salvaguarda de un sistema de limpia competencia, como principios en estrecha vinculación (9), los que constituyen los intere-

(6) «Según un informe de la Federación de Usuarios-Consumidores Independientes (FUCI), la mitad de las quejas recibidas son debidas, precisamente, al retraso en las entregas de los productos». Vid. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo y otros nuevos sistemas de venta*, núm. 59 de la Colección «Estudios de Comercio Interior», Madrid, 1995, pág. 90.

(7) Vid. los resultados del análisis comparativo que bajo el título *Televenta* publica la Revista «OCU-Compra Maestra», núm. 205, septiembre 1997, págs. 29 ss., en el que se ponen de manifiesto las principales carencias percibidas en este sistema de venta.

(8) De hecho, «la mala imagen del sistema debido a unos comienzos un tanto engañosos» es una de las explicaciones aducidas al lento desarrollo inicial de las ventas por correspondencia en España en comparación con su importante desarrollo en otros países europeos. Vid. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo...*, cit., pág. 110.

(9) Vinculación que se señala con alcance general, no ceñida al supuesto considerado. La íntima trabazón entre las políticas de protección de los consumidores y la defensa de la libre competencia se viene poniendo de manifiesto insistentemente a nivel comunitario en los sucesivos Programas en desarrollo de una política de protección de los consumidores, y resulta ampliamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

ses públicos objeto de atención principal de la normativa que nos ocupa. «Una reglamentación que aumente la confianza en el sistema de ventas a distancia va en interés no sólo del consumidor, que quiere verse protegido, sino también de las empresas mismas del sector, porque acrecentará la credibilidad y, por tanto, las posibilidades de ampliar el volumen de ventas» (10).

Como quiera que algunos Estados miembros han adoptado ya disposiciones no coincidentes para la protección de los consumidores en materia de ventas a distancia (11), se justifica la necesidad de introducir unas normas comunes que eviten un efecto negativo sobre la competencia entre empresas en el mercado interior comunitario.

Estas normas comunes contenidas en la Directiva 7/97 abordan los aspectos esenciales en los que se basa hasta el momento el esquema protector de los consumidores ante este tipo de ventas, ya ensayado —con variantes— por las legislaciones nacionales que la preceden. En concreto, incluye:

- La imposición de obligaciones a cargo del comerciante en relación con la información a suministrar al consumidor (arts. 4 y 5).
- Una regulación detallada del derecho de resolución del contrato (art. 6).
- Reglas sobre la ejecución y el pago mediante tarjeta (arts. 7 y 8, respectivamente).
- Prohibición de suministros no solicitados y consecuencias civiles de su transgresión (art. 9).

De forma añadida se establecen reglas de naturaleza procesal (12) —legitimación procesal activa de las organizaciones de consumidores y profe-

las Comunidades Europeas (cfr. L. BERENGUER FUSTER, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección al consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 39, 1996, págs. 36-39). Igualmente ha sido señalada por nuestro Tribunal Constitucional la íntima conexión entre los principios de defensa de la competencia y protección de los consumidores como «dos aspectos de la ordenación del mercado», constatando que «... con frecuencia, las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantías de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de éstos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia» (STC 88/1986, de 1 de julio, sobre la Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales).

(10) Ap. 3.1 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia («DOCE», núm. C19, de 25 de enero de 1993, pág. 112).

(11) V.gr., Portugal, Decreto-Ley 272/87, de 3 de julio, sobre las ventas a domicilio, las ventas por correo y las ventas en cadena y forzadas (modificado por Decreto-Ley 243/95, de 13 de septiembre); Dinamarca, Ley modificada de contratos con consumidores de 23 de diciembre de 1987; Bélgica, Ley de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas de comercio y sobre la información y la protección de los consumidores; Francia, *Code de la Consommation*, aprobado por Ley de 26 de julio de 1993; Italia, Ley núm. 426, de 11 de junio de 1971, de disciplina del comercio, y Decreto Legislativo núm. 50, de 15 de enero de 1992.

(12) Téngase en cuenta en este terreno la reciente Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en mate-*

sionales; previsión sobre carga de la prueba—, al tiempo que se alienta la posibilidad de completar el contenido de la Directiva con disposiciones voluntariamente adoptadas por los profesionales del sector en el sentido indicado por la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (13).

Debe advertirse que la voluntad del legislador comunitario se encamina a la implantación de un núcleo de normas comunes mínimas para la protección de los consumidores, permitiendo a los Estados miembros el mantenimiento o la adopción de disposiciones más estrictas dirigidas a proveer una mayor protección de aquéllos respecto de las ventas a distancia, siempre a salvo su compatibilidad con el Tratado (art. 14).

En orden a su aplicación efectiva, la Directiva establece un plazo de transposición o adecuación de tres años a partir de su entrada en vigor, esto es, hasta el 4 de junio del año 2000 como fecha límite. Antes de esa fecha, tanto la legislación estatal como, en su caso, la contenida en las correspondientes leyes autonómicas que así lo requieran habrán de adaptar sus contenidos a las disposiciones de aquélla.

Llegada esa fecha sin que las instancias correspondientes hubieran procedido a las adaptaciones normativas pertinentes, cabría el planteamiento del eventual efecto directo de la Directiva al hilo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el particular. Tal contingencia presenta, no obstante, escasa operatividad en el caso que nos ocupa, toda vez que la indicada jurisprudencia viene negando la posibilidad de una eficacia directa «horizontal» (14) de las Directivas, esto es, referida a las relaciones *inter privatos* (15), y dado que la casi totalidad del texto dispositivo de la Directiva sobre ventas a distancia se ocupa de regular relaciones de dicha naturaleza. El Tribunal de Justicia comunitario ha afirmado que «de acuerdo con el artículo 189 del Tratado, la naturaleza obligatoria de la directiva, que constituye la base de la posibilidad de invocarla ante un tribunal nacional, existe sólo con relación a “cada Estado

ria de protección de los intereses de los consumidores («DOCE», núm. L 166, de 11 de junio de 1998).

(13) «DOCE», núm. L 156, de 10 de junio de 1992. Signos de la puesta en práctica de la sugerida autorregulación del sector, cabe citar la Convención Europea de la venta por correo y a distancia transfronteriza, suscrita el 4 de junio de 1992 por las Asociaciones nacionales miembros de la Asociación Europea de Venta por Correo; o el Código ético español de venta por correo con que se ha dotado la Asociación Española de Venta por Correo (AEMD). Vid. ambos documentos en MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo...*, cit., págs. 147 y 155, respectivamente.

(14) Al margen de los supuestos en que resulta admisible el denominado «efecto horizontal indirecto» a través de la interpretación por el juez nacional del Derecho interno conforme a la finalidad de la Directiva. Vid. un interesante estudio sobre un asunto concreto en que este tema se suscita en L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996). «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 41, 1997, págs. 27 ss.

(15) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pág. 269.

miembro al que se dirige". De donde se sigue que una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal frente a dicha persona» (Sentencia *Marshall*, de 26 de febrero de 1986, 152/84) (16). Asunto diferente es el relativo a la garantía patrimonial de los particulares frente a un incumplimiento de este tipo. Una vez afirmado por el Tribunal comunitario el principio de responsabilidad de los Estados miembros por los perjuicios derivados de violación de normas comunitarias atributivas de derechos, a partir de la Sentencia *Francovich*, de 19 de noviembre de 1991 (17), se mantienen abiertas las posibilidades de articulación de una acción de responsabilidad frente al Estado incumplidor por el motivo aquí contemplado.

2. DERECHO INTERNO

A nivel de Derecho interno, las ventas a distancia han sido objeto de regulación en los artículos 38 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista* (18).

Además, toda una serie de leyes autonómicas sobre ordenación de la actividad comercial se ocupan, en mayor o menor medida, de este tipo de ventas: *Cataluña*, artículos 26 a 28 del Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior, de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y la Ley 23/1991, de 29 de noviembre («DOGC», núm. 1748, de 21 de mayo); *País Vasco*, artículo 22 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de *Actividad Comercial* («BOPV», núm. 111, de 13 de junio); *Comunidad Valenciana*, artículo 23 de la Ley 8/1986, de 29 de

(16) Vid. sobre el particular Jean-Victor LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo, 1995, págs. 164 ss.

(17) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...*, cit., págs. 294 ss. Un recorrido por la posterior jurisprudencia recaída sobre este tema en E. GUICHOT, *La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho Comunitario: La Jurisprudencia post-Francovich*, «RAAP», núm. 30, 1997, págs. 97 ss. Sobre la Sentencia *Dillenkofer*, vid. M. C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias*, «Rev. de Derecho Comunitario Europeo», vol. I, núm. 1, 1997, págs. 261 ss.

(18) Objeto de desarrollo reglamentario por el RD 1133/1997, de 11 de julio, que regula la autorización de las ventas a distancia e inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.2 LOCMI: «La autorización de las ventas a distancia, así como la inscripción de las respectivas empresas en el correspondiente Registro y expedición de credenciales, corresponderán al Ministerio de Comercio y Turismo, cuando las propuestas se difundan por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma.» Posteriormente, el Real Decreto 1976/1998, de 18 de septiembre («BOE», núm. 239, del 6 de octubre), ha modificado, de manera radical, tanto el contenido como el planteamiento del RD 1133/1997. Dicha modificación es consecuencia de la aceptación por parte del Gobierno de la nación de un requerimiento de incompetencia contra el Real Decreto inicialmente citado formulado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, «fundamentado en que la gestión del Registro es una actividad encuadrable en el ámbito de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior» (Exp. de Motivos del RD 1976/1998, de 18 de septiembre).

diciembre, de *Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales* («DOGV», núm. 497, de 31 de diciembre); Galicia, artículos 32 y 33 de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de *Ordenación del Comercio Interior de Galicia* («DOG», núm. 164, de 26 de agosto); Aragón, artículos 31 a 33 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de *Ordenación de la Actividad Comercial en la Comunidad Autónoma de Aragón* («BOA», núm. 108, de 16 de octubre); Canarias, artículos 27 y 28 de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de *Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias* («BOC», núm. 53, de 29 de abril); Andalucía, artículos 28 a 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de *del Comercio Interior de Andalucía* («BOJA», núm. 7, de 18 de enero; corr. errores «BOJA», núm. 20, de 10 de febrero).

Básicamente, la regulación de las ventas a distancia contenida en los textos legislativos autonómicos se ha centrado en tres cuestiones: a) el establecimiento de requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad de venta a distancia (19); b) la prohibición de envíos no solicitados (20); y c) la determinación de los contenidos informativos obligatorios de las ofertas de venta a distancia.

Por su parte, la LOCMI ofrece una construcción mucho más amplia y acabada del régimen de las ventas a distancia próxima al esquema de contenidos mantenido en la Directiva (regulación de un derecho de desistimiento, obligaciones informativas, régimen de envíos no solicitados, reglas sobre la ejecución y pago, además de establecimiento de los deberes de obtener autorización administrativa e inscripción en el correspondiente Registro administrativo), como se tendrá ocasión de ir comprobando.

3. CONTRASTE ENTRE AMBOS ÓRDENES NORMATIVOS

A partir de lo expuesto, se procurará señalar los principales desajustes observados entre ambos grupos normativos. Ciertamente, algunas disonancias pueden ser salvadas atendiendo al recurso de una interpretación de la legislación española que resulte acorde con el texto de la Directiva, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (21). No obstante, la presencia de otras discrepan-

(19) En las Comunidades Autónomas que tienen atribuidas funciones legislativas en materia de comercio interior, la habilitación competencial para la imposición de determinados requisitos de cara a la práctica de ciertos tipos de ventas está confirmada por la jurisprudencia constitucional (STC 88/1986, FJ 8.º, C, y STC 225/1993, FJ 6.º, C). Tras la LOCMI, esta normativa ha de ser conectada con lo dispuesto en su artículo 37 en relación con la exigencia de autorización e inscripción registral, en su caso; debiendo proceder las Comunidades Autónomas que no tuvieran establecidos estos requisitos en sus respectivas normas a adecuarlas a aquellas exigencias dada la caracterización como normativa básica del precepto.

(20) Cfr. *infra*, fundamento de la habilitación competencial para el establecimiento de esta prohibición y límites de su ejercicio. La Ley gallega no recoge esta última previsión.

(21) Como ha señalado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (coord. por el propio R. BERCOVITZ y por J. LEGUINA VILLA), Madrid, 1997, pág. 665.

cias insalvables por este medio fuerza una intervención normativa del legislador español. En este sentido, sería deseable y de agradecer que se plantease una adaptación minuciosamente apegada a los postulados comunitarios, evitando así la necesidad de recurrir a la técnica de integración jurisprudencial aludida. En todo caso, la labor de contraste arroja lo siguiente:

a) *Respecto al ámbito de aplicación*

La Directiva dedica los artículos 1 (*Objeto*), 2 (*Definiciones*) y 3 (*Exenciones*) a determinar, por activa o pasiva, su ámbito de aplicación. Dado que su objetivo es la aproximación normativa de los Estados miembros en materia de ventas a distancia, se ocupa, en primer lugar, de la definición de su objeto material, disponiendo que se entenderá por:

«“contrato a distancia”: todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato» (art. 6.1).

Y por:

«“técnica de comunicación a distancia”: todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor» (art. 6.2).

Tanto el artículo 38.1 LOCFI como los correspondientes conceptos de venta a distancia establecidos por los textos legales autonómicos (22) sustentan una configuración abierta de estas ventas a las realizadas por todo medio de comunicación de cualquier naturaleza, a excepción de la Ley valenciana, que establece un concepto restringido a las ventas por correo. La entrada en vigor de la Directiva comunitaria proscribió una diversidad de trato entre distintos tipos de ventas a distancia, lo que debe forzar al legislativo valenciano a modificar el artículo 23 de su Ley 8/1986 ampliando su ámbito, adaptándolo a las exigencias de aquélla.

Aunque el objeto general de la LOCFI es la regulación del comercio minorista, concepto ceñido en su artículo 1.2 a la «venta de cualquier clase de artículos» a los destinatarios finales de los mismos, la Disposición adi-

(22) Artículo 22 Ley vasca, artículo 26 Ley catalana, artículo 32 Ley gallega, artículo 28 Ley andaluza, artículo 23 Ley valenciana, artículo 31 Ley aragonesa, artículo 27 Ley canaria.

cional primera amplía el ámbito de aplicación de la regulación de las ventas a distancia extendiéndolo a los contratos de esa naturaleza referentes a la prestación de servicios. Siendo la intención abiertamente expresada del legislador, al incluir la Disposición adicional referida, la adaptación de la LOCMI al entonces proyecto de Directiva comunitario sobre ventas a distancia (23), que también incluía los contratos de prestación de servicios, es censurable la manera en que ha procedido. De una parte, por basarse en la inicial Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, que databa de 1992, cuando en el curso de los trabajos parlamentarios se contaba ya con otros textos comunitarios más recientes que modificaban sustancialmente el contenido de la Propuesta inicial también en este punto. De otra, porque el tratamiento jurídico de la contratación a distancia de servicios requiere particularidades respecto al diseñado para las transacciones de bienes, no bastando una remisión global al régimen de estas últimas como la operada por el legislador estatal por medio de la Disposición adicional que se comenta. Basta repasar el texto de la Directiva comunitaria finalmente promulgada, que incluye en su ámbito de aplicación los contratos sobre servicios, para comprobar la oportunidad de dedicar reglas específicas y diferenciadas a la contratación a distancia a ellos referidas (arts. 5.2; 6.1), que figuran entre las que habrán de ser objeto de adaptación.

No resultan conformes al postulado comunitario los textos autonómicos gallego, valenciano y andaluz, en cuanto ciñen su objeto a la actividad de venta de bienes o productos, sin mención alguna a los servicios. Salvo que los legislativos autonómicos decidan la ampliación del ámbito de aplicación de los correspondientes textos a la contratación de servicios, resulta de aplicación al respecto en dichos territorios la totalidad de la regulación contenida en los artículos 38 a 48 de la LOCMI —o su futura versión adaptada a la Directiva—, vía supletoriedad.

La determinación del ámbito de aplicación de la disciplina jurídica de las ventas a distancia ha de completarse con la mención de una serie de supuestos que la Directiva declara exentos. En concreto, el artículo 3 de la Directiva excluye de la aplicación de su régimen:

— Los contratos «que se refieran a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en el Anexo II» (servicios de inversión, operaciones de seguro y reaseguro, servicios bancarios, operaciones relativas a fondos de pensiones, servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción) (24). La Disposición adicional primera de la LOCMI,

(23) «Dado que no es objeto de la ley regular los contratos de servicios, parece oportuno utilizar una Disposición Adicional para trasponer las disposiciones de la Directiva Comunitaria sobre ventas a distancia que se refiere a contratos de prestación de servicios» (motivación a la enmienda núm. 219 del Grupo Socialista, que junto a la idéntica núm. 480 del Grupo Catalán dieron origen a la actual Disposición Adicional primera; «BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, pág. 125).

(24) Acompaña a la Directiva una Declaración de la Comisión del siguiente tenor: «La Comisión reconoce la importancia de la protección de los consumidores en materia de servicios financieros, dado lo cual ha elaborado un Libro verde sobre "Los servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores". A la luz de las reacciones

por su parte, dispone la no aplicación de la normativa sobre ventas a distancia a la contratación de «Seguros, créditos, ni a los servicios de inversión, salvo, para este último caso, en lo que respecta al contenido de la oferta para contratar». La cautela de la Ley española declarando de aplicación a los servicios de inversión contratados a distancia las reglas relativas al contenido de la oferta, parece compatible con la previsión del artículo 14 de la Directiva permitiendo a los Estados miembros la adopción de disposiciones más estrictas en pro de una mayor protección del consumidor.

— Los contratos «celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados». Bajo un concepto asimilable, el legislador español ha estimado conveniente precisar que la regulación sobre ventas a distancia no es de aplicación a la venta realizada «mediante máquinas automáticas» —art. 38.3.a) LOCMI—, a las que dedica una regulación específica —arts. 49 a 52 LOCMI—.

— Los contratos «celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos» (25). No contiene la LOCMI una exención similar, aunque ello no significa una sumisión de estas operaciones al régimen allí previsto para las ventas a distancia, en el que tendrían difícil encaje. Realmente parece más adecuado la aplicación a dicha actividad de las normas previstas en la misma Ley para la venta automática (advertencias obligatorias, recuperación del importe, homologación de aparatos, responsabilidad solidaria del titular del local donde se encuentren instalados) toda vez que ha quedado expresamente prevista la posibilidad de su extensión a los servicios (26).

— Los contratos «celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles ni los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes

que suscite el Libro verde, la Comisión estudiará la forma de integrar la protección de los consumidores en la política de servicios financieros y sus posibles implicaciones jurídicas, y, en su caso, presentará las propuestas oportunas.» A raíz de las consultas realizadas en este contexto, la Comisión ha decidido promover un proyecto de Directiva específicamente encaminado a la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros. En tal sentido, el 19 de noviembre de 1998 ha presentado al Consejo de la Unión Europea una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* (COM —1998— 468 final; «Diario Oficial», núm. C 385, de 11 de diciembre de 1998). En el artículo 15 de este documento se propone la modificación del primer guión del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 97/7/CE —transcrito en nuestro texto— en el sentido de remitir la regulación de los servicios financieros prestados a distancia a lo dispuesto en la nueva disposición, así como la supresión del Anexo II de aquélla, que deja de tener sentido tras lo anterior.

(25) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, justificando su exclusión en «el carácter instantáneo del “contrato” correspondiente a la utilización de cabinas telefónicas públicas» (ap. 7, iii, tercer párrafo, de la Memoria que acompaña al documento indicado; «DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 10 *in fine*).

(26) El artículo 49.1 LOCMI dispone: «Es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe.»

inmuebles, con excepción del arriendo» (27). No parece que la LOCMÍ abarque la venta de inmuebles conforme a la propia definición de comercio minorista establecida en su artículo 1.2, ceñida, por su propia naturaleza, a la venta de bienes muebles (28). Otra cosa es la contratación para la construcción o para la gestión de venta de un inmueble (a favor de un API, por ejemplo), así como el arriendo, supuestos encajables entre los contratos de prestación de servicios a que se refiere en sentido amplio la Disposición adicional primera LOCMÍ, resultando un régimen más favorable para el consumidor, que podrá ser mantenido por el legislador español si éste es su criterio.

— Los contratos «celebrados en subastas» (29). La LOCMÍ no excluye expresamente del régimen de ventas a distancia esta modalidad de ventas, si bien dedica a la misma una regulación específica (arts. 56 a 61). Aunque nada impide *de facto* la acumulación simultánea de ambas modalidades de venta —oferta de venta en subasta contenida en un catálogo (30); pujas realizadas por un licitador ausente, a través de un medio de comunicación, en el curso del propio acto—, el régimen de las ventas a distancia, montado en torno al libre ejercicio de un derecho de resolución, casa mal con las singularidades propias de la celebración de subastas susceptible de causar un perjuicio difícilmente justificable a sus organizadores y a los terceros participantes como licitadores (necesidad de repetir convocatoria y celebración del acto de la subasta ante un desistimiento del contrato no motivado). Su exclusión parece, pues, justificada y probablemente no estaría de más que el legislador español se pronunciara expresamente en tal sentido, evitando eventuales problemas de deslinde entre ambos regímenes.

Junto a ello, el artículo 3.2 de la Directiva recoge dos supuestos de cuasi exención, en tanto, si bien los considera incluidos en su campo de apli-

(27) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, argumentando, en el Análisis que la acompaña, que las legislaciones nacionales presentan rasgos específicos en dicha materia y que, en gran parte, venía ya prevista su exclusión del derecho de rescisión al disponer la anterior Propuesta modificada la no aplicación de ese derecho a «los contratos celebrados mediante escritura pública». La posterior Decisión del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1995 propuso la supresión de esta exención a través de la Enmienda núm. 8 al texto de la Posición Común, con la que se mostró de acuerdo la Comisión en su Dictamen de 7 de febrero de 1996, lo que suponía la reintroducción de los contratos relativos al sector inmobiliario en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sorpresivamente, tras su paso por el Comité de Conciliación, es recogida nuevamente en el texto definitivo (todos los documentos aludidos aparecen referenciados en la nota primera).

(28) En este sentido, J. TORNOS MAS, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero* (coordinada por Arimany/Manubens & Asociados), Barcelona, 1996, pág. 37 *in fine*; también, E. BELTRÁN SÁNCHEZ, en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (dirigida por J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ), Madrid, 1997, pág. 30.

(29) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, aduciendo en el Análisis que la acompaña que «las modalidades prácticas de una subasta..., justifican igualmente su exclusión del campo de aplicación» («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 10 *in fine*).

(30) Práctica usual, prevista expresamente en el artículo 57.2, 2.º párrafo, LOCMÍ.

cación, los exime de la aplicación de las normas que constituyen el núcleo del régimen de las ventas a distancia: artículos 4 (*Información previa*), 5 (*Confirmación escrita de la información*), 6 (*Derecho de resolución*) y el apartado 1 del artículo 7 (*Plazo de ejecución*). Se trata de los «contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares» y de los «contratos de suministros de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto...» (31).

El legislador español, inspirándose claramente en el texto de la inicial Propuesta de Directiva de 1992 (32), excluye sin matices del ámbito de aplicación del régimen de ventas a distancia establecido en la LOCMI «los contratos de suministros de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente» —art. 38.3.c)— (33), así como los «contratos de servicios con reserva» (Disp. Adic. primera), lo que no es conforme con la Directiva finalmente aprobada. El texto que figuraba en la Posición Común de 1995 se acercaba ya bastante —con algún matiz diferenciador— a la redacción definitiva.

Todavía resta esbozar alguna consideración en torno al ámbito subjetivo de la normativa analizada, en concreto si existe identidad en la concepción del sujeto al que se procura dar protección en ambas normas: el consumidor en la Directiva, el comprador «destinatario final» en la LOCMI. Mientras que la Directiva opta claramente por una noción estricta de «consumidor final», restringida al destinatario final de bienes para un uso estrictamente privado, personal, familiar o doméstico, excluyendo cualquier uso profesional de los mismos (34), la noción de «destinatario final», utili-

(31) El precepto continúa estableciendo que «... excepcionalmente en el caso de las actividades de esparcimiento al aire libre, el suministrador puede reservarse el derecho de no aplicar el apartado 2 del artículo 7 en circunstancias específicas». El artículo 7.2 dispone: «En caso de no ejecución del contrato por parte de un proveedor por no encontrarse disponible el bien o el servicio objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.»

(32) Cuyo artículo 3 proponía la no aplicación de la Directiva a «los servicios con reserva» y a «los contratos de suministro: de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes de hogar de consumo corriente; de servicios de consumo corriente».

(33) El artículo 5.2.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece «la prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para venta al público. Reglamentariamente, se regulará el régimen de autorización de ventas directas a domicilio que vengán siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional». Por su parte, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, excluye de su ámbito de aplicación «a los contratos relativos a productos de alimentación, bebidas y otros bienes consumibles de uso corriente en el hogar, suministrados por proveedores que realicen a tales efectos desplazamientos frecuentes y regulares» (art. 2.1.6.º).

(34) Artículo 2, 2): «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por ... "consumi-

zada para la definición del comercio minorista a los efectos de la LOCMI, ha de entenderse referida a todo sujeto que adquiere un producto para su uso o disfrute según su naturaleza, ya sea un uso personal, doméstico o profesional (35), asemejándose más a aquella otra noción más amplia del consumidor como cliente (36). En nuestra opinión, la LOCMI extiende el beneficio de los derechos por ella reconocidos al comprador que se comporte como destinatario final —lo que excluye a aquellos adquirentes, comerciantes a su vez, que compren los productos con el objeto de reintroducirlos en el mercado— en el sentido amplio indicado, independientemente del destino y uso privado o profesional deparado a los bienes adquiridos (37).

No obstante, desde el punto de vista del objetivo trazado en este trabajo, ceñido, como se previno, a advertir determinados aspectos de la normativa española necesitados de adecuación a la Directiva, la cuestión planteada carece de relevancia. Si se concluye que el legislador español ha optado por otorgar una más amplia cobertura subjetiva respecto a la protección derivada del régimen de ventas a distancia, ello es conforme con el carácter de *cláusula mínima* de la Directiva. Esta última apreciación puede considerarse avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas formulada con ocasión de una cuestión en buena medida extrapolable a la planteada y referida a una materia cercana a la que contemplamos. La Sentencia *Di Pinto*, de 14 de marzo de 1991, considera que la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, no se opone a que una

dor”: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.»

(35) En este sentido, P. ESCRIBANO COLIADO, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (coord. por R. BERCOVITZ y J. LEGUINA), Madrid, 1997, pág. 40.

(36) Un estudio de las distintas nociones de consumidor y, en concreto, de la establecida en la LCU en A. BERCOVITZ, *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 3, 1984, págs. 11 ss. Trabajo reproducido en Alberto BERCOVITZ y Rodrigo BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 100 ss. Un resumen actualizado de aquel trabajo en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coordinado por R. BERCOVITZ y J. SALAS), Madrid, 1992, págs. 17 ss. También sobre la noción de consumidor, G. A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 18, 1990, págs. 51 ss.; Thierry BOURGOIGNIE, *Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 24, 1992, págs. 23 ss., en especial págs. 24-25; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *El Derecho del consumo: ¿Una disciplina jurídica autónoma?*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 22, 1991, págs. 11 ss., en concreto págs. 14-19.

(37) Coincidimos con R. BERCOVITZ en que, en el caso de los contratos a distancia, «hay que entender que los preceptos de la Ley se aplican también a los destinatarios finales no consumidores, aunque ciertamente con un carácter distinto, ya que, mientras que tienen naturaleza imperativa a favor de los consumidores, su naturaleza es únicamente dispositiva con respecto a los demás destinatarios finales (art. 48)»; en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 666.

normativa nacional sobre ventas a domicilio extienda su campo de protección a los comerciantes (38).

b) *Respecto a las obligaciones de información previa*

Uno de los medios con que se trata de paliar la inseguridad que genera en el consumidor la falta de presencia física del comerciante y de los productos en esta modalidad de venta es la imposición de abundantes requisitos informativos tanto previamente como a la ejecución del contrato.

Nuevamente en este punto se observa un desfase entre ambos órdenes normativos provocado por el apego del legislador español al texto de la Propuesta de Directiva inicial, toda vez que a partir de la Posición Común se produce un giro sustancial, con el abandono del planteamiento precedente en términos de «incitación a contratar» (39), que conduce a una reestructuración de los artículos correspondientes a la información al consumidor. De ahí ya surge el esquema finalmente aprobado, que distingue entre informaciones previas (art. 4) y confirmación escrita de la información (art. 5).

b.1) El primero de estos preceptos establece con bastante detalle toda una serie de aspectos sobre los que ha de informarse al consumidor previamente a la celebración del contrato (identidad del proveedor, características del producto, precio, modalidades de pago, etc.), las reglas y principios que deben regir dicha transmisión de información (expresión clara y comprensible, transmisión por un medio adecuado, principios de buena fe y protección de menores), así como una cláusula específica prescribiendo la identificación del proveedor y la declaración de la finalidad comercial del contacto al inicio de las ofertas telefónicas.

No sólo la LOCFI (arts. 39 y 40), los siete textos legales autonómicos señalados anteriormente se ocupan de esta cuestión en términos no demasiado disímiles, ligando en todos los casos a la realización de la oferta de venta —la Directiva no lo apareja estrictamente a dicha actividad— un contenido informativo obligatorio.

En líneas generales, todos estos textos coinciden entre sí y con el correspondiente de la Directiva en la exigencia de ciertos requisitos esenciales (identidad del proveedor, características del producto, precio, gastos de entrega...). No obstante, algunos requisitos informativos exigidos por la Directiva sólo son recogidos por algunos textos internos —como es el caso de la existencia de un derecho de resolución, únicamente previsto en los textos catalán y canario—, mientras que otros están ausentes en la totalidad

(38) Vid. al respecto L. BERENGUER FUSTER, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección del consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 39, 1996, pág. 46.

(39) Vid. punto 5 de la Memoria que acompaña a la Posición Común núm. 19/95, de 29 de junio («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 9).

de ellos, como la mención del «coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica», el «plazo de validez del precio», «la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida», o la cláusula que estipula que «en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada»; aspectos que habrán de ser oportunamente completados.

Un aspecto puntual, aparentemente menor pero muy controvertido en el proceso de elaboración de la Directiva, ha sido la conveniencia de incluir como dato obligatorio de la información previa la dirección del proveedor. Posicionado el Parlamento Europeo en el sentido de exigir dicho requisito (40), su pretensión es rechazada repetidamente por la Comisión en base a débiles argumentos (41), llegando a la solución de compromiso finalmente recogida en la Directiva en el sentido de exigir la dirección del proveedor solamente en caso de contratos que requieran pago por adelantado.

Algunos textos autonómicos exigen la mención del domicilio por parte del proveedor en todo caso (País Vasco, Andalucía); en otros pudiera interpretarse incluido en la exigencia de los «datos de identificación de la empresa oferente» (Valencia, Galicia, Aragón); los dos textos restantes (Cataluña, Canarias) no lo mencionan. La LOCMÍ tampoco recoge entre sus exigencias dicho requisito, no obstante lo cual las necesidades de adaptación a la Directiva en este punto se reducen al supuesto de un «pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo» (art. 43.2), único caso en que la Ley española admite el requerimiento de un pago por adelantado.

b.2) El segundo de los preceptos se ocupa de establecer la obligación, a cargo del proveedor, de facilitar al consumidor durante la ejecución del contrato un documento conteniendo toda una serie de datos allí determinados en garantía de la posición de este último.

El precepto correspondiente en la LOCMÍ se localiza en su artículo 47. Por su parte, en el actual estado de la legislación autonómica no existe una previsión similar.

Signo de los tiempos, llama la atención el debate suscitado en el curso de la elaboración de la norma comunitaria acerca del significado actual a

(40) Vid. enmienda núm. 19 sobre Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva inicial («DOCE», núm. C 176, de 28 de junio de 1993, pág. 90) y posterior enmienda núm. 10 a la Posición Común del Consejo, que tampoco recogía dicho requisito («DOCE», núm. C 17, de 22 de enero de 1996, pág. 53).

(41) «Para algunas tecnologías, no resulta fácil cumplir este requisito y, además, no es indispensable para los consumidores. ¿Acaso el consumidor que hace un pedido utilizando un microordenador (Minitel) necesita conocer la dirección exacta del proveedor?» Es la explicación que la Comisión ofrece al rechazo de la enmienda del Parlamento al texto de la Posición Común del Consejo en exigencia de dicho requisito [Serie COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 5].

otorgar a la expresión «por escrito», de tanta raigambre en el ámbito jurídico; asunto paradigmático en el campo de las ventas a distancia. «Si un documento se remite mediante correo electrónico y, en consecuencia, se almacena en la memoria del ordenador del consumidor, ¿puede considerarse un documento escrito?» (42). Desde luego que una información es «por escrito» en cuanto utilice ese medio de expresión, simplemente. La novedad reside en que actualmente es posible —y completamente usual— poner «lo escrito» sobre diferentes soportes además del tradicional soporte de papel (memoria del ordenador, *diskettes*, *CD rom*, etc.), siendo transmisible este escrito a sujetos alejados que, a su vez, tienen la posibilidad de recepcionarlo en el soporte de su elección.

El legislador comunitario ha sido certero al disponer sencillamente que la información ha de ser recibida por el consumidor en un soporte duradero a su disposición, cubriendo con ello debidamente el objetivo perseguido por la norma. No por ello debe dejarse de señalar cierto toque confuso en la redacción utilizada:

«El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero» (art. 5.1).

La sintaxis del párrafo parece contraponer dos términos —la confirmación o es por escrito o mediante otro soporte— que, sin embargo, no son excluyentes entre sí; por el contrario, es usual que se presenten integrados. Da la sensación de que se ha querido contraponer el tradicional escrito sobre papel al contenido en otro soporte durable. ¿Admitiría otra lectura la licencia de que tal información sea prestada por medio de la imagen, o del sonido, o de ambos, a través de un soporte duradero (*cassette*, vídeo, etc.)? La extensión de estas prácticas está a la vuelta de la esquina (43), por lo que conviene ir planteando si las mismas podrían menoscabar de alguna manera los legítimos intereses de los consumidores en relación con sus necesidades de información. A nuestro juicio, una información verbal susceptible de ser grabada puede cubrir sin reservas dichas necesidades, aunque parece conveniente seguir manteniendo la obligatoriedad de informar por escrito —tal como hace la Directiva— sobre los aspectos directamente relacionados con el ejercicio del derecho de resolución. Todas estas cuestiones deberían ser objeto de reflexión al plantear la adaptación europea del texto español, cuyas exigencias en este punto se circunscriben al deber de facilitar «información escrita» al comprador (art. 47, primer párrafo).

En todo caso, la Directiva mantiene la exigencia de dos facetas infor-

(42) Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la Posición Común del Consejo [Serie COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 4]. Vid. las interesantes consideraciones sobre los documentos electrónicos de M. A. DAVARA RODRIGUEZ, *El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica*, «Rev. Actualidad Informática Aranzadi», núm. 24, julio 1997, págs. 14 ss.; del mismo autor, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997, págs. 349 ss.

(43) Una vídeo-conferencia de escasa duración a través de *Internet* es, hoy por hoy, probablemente menos costosa que un envío postal.

mativas ausentes de la actual redacción de la LOCFI: la relativa a los servicios postventa y a las garantías comerciales existentes (44) y la concierne a las condiciones de rescisión en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año.

Por otra parte, el apartado segundo del artículo 5 de la Directiva exige del cumplimiento del deber de confirmación escrita de la información a los «servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten de una sola vez, y cuya facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación», a excepción del dato de la dirección del proveedor donde presentar reclamaciones. Este matiz no es tenido en cuenta por la Disposición adicional primera de la LOCFI, relativa a los contratos de prestación de servicios.

Por contra, la LOCFI va más allá de las exigencias de la Directiva en materia de información sobre las condiciones de ejercicio del derecho de resolución, implantando la obligación, a cargo del vendedor, de proporcionar al comprador un «documento de desistimiento o revocación» —art. 47.c)— que ha de facilitar el ejercicio del susodicho derecho a este último, por lo que no ha de ser incompatible con la Directiva (45).

c) *Respecto al derecho de resolución*

La regulación del derecho de resolución del contrato contenida en el artículo 6 de la Directiva ofrece diferencias notorias en relación a la fijada en los artículos 44 y 45 LOCFI, que son los que se ocupan de esta cuestión en nuestro Derecho interno, careciendo las Comunidades Autónomas de competencias normativas al respecto.

Para empezar, el plazo de siete días para rescindir el contrato, establecido por el artículo 44.1 LOCFI en cómputo civil, habrá de ser ajustado al fijado por la Directiva en días laborables.

La Directiva ofrece indicaciones específicas en relación con la determinación del *dies a quod* para el cálculo del plazo de ejercicio del derecho de resolución en relación con los contratos de servicios, de las que la LOCFI carece.

La Directiva establece la ampliación del plazo de ejercicio del derecho de resolución hasta un máximo de tres meses para los supuestos de inobservancia de las obligaciones informativas previstas en el artículo cinco. La

(44) Aspecto sugerido entre las observaciones específicas del Dictamen del Comité Económico y Social a la Propuesta de Directiva inicial («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993, ap. 4.6, pág. 113), posteriormente recogido en la Propuesta modificada.

(45) Semejante opción se adoptó en el artículo 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que tuvo por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo 85/577, de 20 de diciembre, que tampoco imponía exigencias en este sentido. Aunque —como ha señalado MARÍN LÓPEZ— la Ley 26/1991 establece al respecto un nivel de garantía y protección del comprador a domicilio mayor que el ahora establecido para el comprador a distancia por las condiciones en que allí ha quedado configurada la aludida obligación. Vid. J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 349-350.

norma española no contiene ningún tipo de previsión asociada al incumplimiento de las obligaciones de información estatuidas en su artículo 47, por lo que parece necesario completar la normativa actual en el sentido indicado (46), estableciendo como consecuencia civil (47) inmediata del incumplimiento de los deberes de confirmación de la información, la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento al menos hasta tres meses.

Otro aspecto que habrá de ser objeto de introducción por la norma de transposición, ante el silencio de la actual, es el mandato comunitario de celeridad en la devolución de las cantidades abonadas previamente por el consumidor en el caso de que se haya ejercido el derecho de rescisión, que, en todo caso, no deberá superar el plazo de treinta días (48).

Tanto la Directiva como la LOCMI establecen una serie de supuestos contractuales excepcionados de la aplicación del derecho de desistimiento (arts. 6.3 y 45, respectivamente). Tampoco hay coincidencia en la lista de contratos excluidos:

— La Directiva excepciona los contratos de «prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1». Debe manifestarse la conveniencia de recoger la regla expuesta en la norma de transposición. Aunque, aparentemente, toda nueva excepción a la posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento puede parecer una medida en detrimento del consumidor, la propia dinámica comercial reclama en este supuesto una disposición como la prevista atendiendo a las especificidades de los contratos de prestación de servicios. Dado que en éstos el plazo de reflexión de siete días se comienza a contar desde el día de celebración del contrato, y dada la pérdida, generalmente irreparable, que las empresas experimentan en los casos de ejercicio de un derecho de resolución sobre un servicio ya prestado en todo o en parte, éstas tenderán a retrasar la ejecución, al menos durante el plazo indicado, con el objeto de no correr riesgos en este sentido. La norma comunitaria transcrita permite al consumidor que así lo considere oportuno, en su propio beneficio, ganar en celeridad en la prestación efectiva de los servicios contratados a distancia.

— La Directiva excepciona los contratos «de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o pue-

(46) Así, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 719.

(47) Vid. comentario desde esta perspectiva de M. PASOUAU LIANO, en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (dirigida por J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ), Madrid, 1997, págs. 357 ss.

(48) En este sentido, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 721. Resultan ilustrativos los resultados del análisis comparativo que bajo el título *Televenda* publica la Revista «OCU-Compra Maestra», núm. 205, septiembre 1997, págs. 29 ss. (en especial, cuadro pág. 34), en el que se ponen de manifiesto las situaciones poco favorables para el consumidor provocadas por la ausencia de normativa al respecto, verificando plazos de devolución efectivos, en general, muy por encima del previsto en la norma comunitaria.

dan deteriorarse o caducar con rapidez». Ello obliga al legislador español a modificar el artículo 38.3.b) de la LOCMI, por el que se excluye del ámbito de aplicación del régimen de ventas a distancia en su totalidad a «los productos realizados a medida», en detrimento del consumidor en comparación con la disposición comunitaria.

— Otra excepción recogida por la Directiva que habrá de ser objeto de ajuste es la relativa a «suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor» (49). La correspondiente norma de la LOCMI (art. 45.3) extiende genéricamente la excepción a las «ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos». Como se puede observar, la norma comunitaria limita los supuestos excepcionados al mínimo, permitiendo el ejercicio del derecho de devolución para el caso de suministro de libros (50), de productos destinados a la higiene corporal (51), e incluso, en relación con los bienes enumerados susceptibles de reproducción, siempre que no hubiesen sido desprecintados por el consumidor.

— La excepción prevista en la LOCMI, relativa a «los contratos celebrados con intervención de fedatario público», debe ser eliminada para su ajuste a la Directiva, que no la contempla (52).

— Habrá de valorarse la conveniencia de introducir como excepciones al derecho de desistimiento los supuestos —recogidos por la Directiva y ausentes del texto estatal— de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas, «cuyo contenido pierde muy pronto actualidad», y de servicios de apuestas y loterías, «habida cuenta de sus formas específicas de funcionamiento» (53).

El artículo 6.4 de la Directiva dirige a los Estados miembros un mandamiento de adopción de las medidas necesarias para que, en caso de que

(49) Vid., en este sentido, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 726.

(50) La Comisión argumenta que «se ha observado que los sistemas de venta de libros (clubs) permiten ya que el consumidor consulte los libros». Incluirlos entre las excepciones al derecho de resolución sería, pues, «un paso atrás con relación a las prácticas comerciales existentes». Vid. Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la posición común del Consejo [COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 6].

(51) En la Exposición de Motivos que acompaña a la Posición Común de 1995 se manifiesta expresamente que «el Consejo no juzgó oportuno excluir los productos de higiene corporal», frente a las previsiones en tal sentido en textos anteriores («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12).

(52) Fue expresamente eliminada de la lista de supuestos excepcionados presente en textos anteriores, a partir de la Posición Común, por expreso deseo del Consejo. Vid. Exposición de Motivos que acompaña a la Posición Común de 1995 («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12). La necesidad de hacer desaparecer la indicada exclusión a la aprobación de la Directiva es señalada por M. PASQUAU LIAÑO, *Comentarios...*, cit., pág. 350.

(53) Vid. Memoria que acompaña a la Posición Común de 1995 («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12).

el precio de un bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor o mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quede resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución. Dicha previsión es verificada en la LOCMI en los siguientes términos: «En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquél» (art. 44.1, párrafo segundo). Además, resultan de aplicación al caso las normas de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; en especial las reglas dispuestas en su artículo 15 en relación con los contratos vinculados.

A la vista de este aparato dispositivo debe observarse la conveniencia de puntualizar en la norma de transposición el efecto resolutorio del contrato de crédito para el caso de que el prestatario sea un tercero ligado al proveedor por un acuerdo previo, en el sentido indicado por el segundo guión del artículo 6.4 de la Directiva. Su concreción en la correspondiente norma de Derecho interno, trabando estrechamente su suerte a la del contrato de venta a distancia del que trae causa, ha de ahorrar, a buen seguro, ulteriores problemas de interpretación que, con la redacción actual, ya se han comenzado a suscitar (54).

d) *En relación con la ejecución*

Dos aspectos concretos, no contemplados en la normativa española, habrán de ser tenidos en cuenta en el planteamiento de la incorporación de la Directiva en este terreno.

Por una parte, la previsión de la inexecución del contrato por el vendedor por indisponibilidad de lo encargado. Las consecuencias previstas para el caso de producirse tal evento en el artículo 7.2 de la Directiva se re-

(54) Así, PASQUAU LIAÑO plantea la posibilidad de una interpretación extensiva del artículo 44.1, párrafo 2.º: «Tal y como está redactado este precepto, se estaría yendo más lejos de lo que dispone el artículo 14.2 de la Ley de Créditos de Consumo, de 23 de marzo de 1995, pues parece abarcar también los supuestos de financiación externa, sin acuerdo previo entre proveedor y prestamista», argumentando a continuación a favor de una «interpretación en línea con la regla general, que es sin duda la que se establece en la Ley de Créditos de Consumo»; en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista...*, cit., págs. 345-346. Otros problemas aparecen conectados con las dificultades de aplicación, en sus propios términos, de las reglas estatuidas en la Ley de Crédito al Consumo para los contratos vinculados (art. 15), en cuanto que en este precepto se apareja el ejercicio de derechos frente al prestatario a eventuales incumplimientos por parte del proveedor; requisito ajeno al caso de las ventas a distancia en las que el desistimiento es un acto expresivo de la libre voluntad unilateral en uso de un derecho concedido por la Ley. Por otra parte, la Ley de Crédito al Consumo supedita el ejercicio de los derechos frente al prestatario a la existencia de una cláusula de exclusividad entre éste y el proveedor —art. 15.1.b)—, condición cuya aplicación al supuesto de ventas a distancia sería contraria a lo dispuesto en la Directiva; vid. al respecto J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 331-332.

conducen a la obligación de informar de la incidencia al consumidor, así como la rápida devolución de las sumas previamente abonadas, como máximo, en un plazo de treinta días. Este segundo aspecto carece prácticamente de relevancia entre nosotros atendiendo a la prohibición, casi general, de exigir pagos por anticipado en la contratación a distancia dimanante del artículo 43.2 LOCMI.

De otra parte, la cuestión de los llamados suministros de «sustitución». El artículo 7.3 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros permitan que el proveedor suministre al consumidor un producto de calidad y precio equivalentes al realmente solicitado si ello hubiere quedado previsto antes de la celebración del contrato, o en el propio contrato, informando al consumidor de esta posibilidad de forma clara y comprensible. En caso de ejercicio del derecho de resolución, los gastos de devolución correrán a cargo del proveedor en estos casos. Por otra parte, el suministro de un producto bajo estas condiciones no podrá ser calificado como «envío no solicitado». Dado el carácter potestativo del precepto, la norma de transposición debería pronunciarse en el sentido de, o bien no permitir estas prácticas o, caso de permitir las, someter su ejercicio a los requisitos establecidos en el precepto aludido, a los que se podrían añadir otros más restrictivos.

e) *Técnicas restringidas*

La norma de transposición deberá hacerse eco de que la utilización por el vendedor a distancia de un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o de fax, requerirá la obtención por su parte del consentimiento previo del consumidor (art. 10.1 Directiva).

4. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA INTERNA

No parece dudoso afirmar que la materia sobre la que viene a incidir la Directiva se halla sometida a reserva material de ley en cuanto afecta al ámbito de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 en relación con el 53.1) y, de manera añadida, conforme a la previsión del artículo 51.3 de la Constitución (55). La formalización legal operada en este terreno, tanto por el legislador estatal como por el autonómico, como se ha visto, permite confirmar la necesidad de actuar con normativa de este rango de cara a las correspondientes labores de integración normativa interna.

Mayor complejidad presenta la tarea de dilucidar el legislador obligado —estatal, autonómico y, en este último caso, en qué medida cada cual— a llevar a cabo las correspondientes adaptaciones. Evidentemente, ello ven-

(55) Artículo 51.3: «En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»

drá en función de la titularidad competencial asumida sobre cada una de las materias incididas por la Directiva. No obstante, el entrecruzamiento de títulos habitualmente señalado en este ámbito —defensa de los consumidores, comercio interior, bases de las obligaciones contractuales, defensa de la competencia— complica enormemente la tarea de determinar con cierta precisión cuáles sean las cuestiones asignadas a cada entidad territorial. Parece conveniente a dicho fin partir del examen del espacio ocupado respectivamente por los legisladores estatal y autonómico, que aparece plasmado en el desarrollo de las regulaciones reseñadas anteriormente, en cuanto se ajusta con bastante fidelidad al diseño de reparto competencial operado por el Tribunal Constitucional, una vez depurado por éste algún que otro aspecto puntual.

El espacio reservado al legislador estatal en materia de comercio interior experimenta una notable expansión manifestada a través de la LOCM. El artículo primero de esta Ley declara tener como objeto el establecimiento del régimen jurídico general del comercio minorista y la regulación de 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». Por su parte, la Disposición final única reitera que la Ley «será de aplicación supletoria en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en estas materias», para a continuación declarar la aplicación general de más de la mitad de los preceptos de la Ley, bien en calidad de normas de aplicación directa y excluyentes de cualquier otra, basadas en la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación civil y mercantil —listado de artículos de los párrafos segundo y tercero de la Disposición final— o las reglas de procedimiento administrativo común —párrafo quinto—, bien en calidad de normas básicas, susceptibles de desarrollo autonómico, dictadas al amparo de la competencia exclusiva del Estado para enunciar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica —lista de artículos del párrafo cuarto—.

Específicamente, cinco de los once artículos dedicados por la LOCM a la regulación de las ventas a distancia —arts. 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 los derechos*)— constituyen legislación civil y mercantil según la Disposición final indicada, por lo que son de aplicación general a todo el Estado. También es calificada como legislación civil y mercantil la Disposición adicional primera, que extiende la aplicación del régimen de las ventas a distancia a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios.

Otros preceptos, aun a falta de una calificación similar, resultan de hecho de aplicación general por su conexión necesaria con otros de esa cualidad. Es el caso del apartado 1 del artículo 38, que contiene la definición de lo que se consideran ventas a distancia, constituyendo, en consecuencia, un elemento integrante del presupuesto de hecho al que son de aplicación

las reglas contenidas en los cinco artículos mencionados (56). Dicho de otra manera, ello significa que esas reglas serán de aplicación a las ofertas o contratos de venta a distancia tal y como se encuentran definidos por el artículo 38.1 con alcance general, con independencia de la posibilidad de que una de las Leyes autonómicas en la materia pueda establecer un concepto distinto de venta a distancia a sus propios efectos.

Igualmente es conflictiva la caracterización como meramente supletorio del artículo 42 de la LOCMI, que establece la prohibición de envíos no solicitados y las consecuencias civiles aparejadas a la infracción de dicha prohibición. Por una parte, el precepto contenido en el artículo 41.2 se sustenta en el contenido del artículo 42, al que se remite: «*Si el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente*» (art. 41.2). Dada la consideración formal del artículo 41 como legislación civil y mercantil, parece un contrasentido no calificar de la misma manera el artículo 42, al que aquél reenvía (57).

De otra parte, la caracterización llevada a cabo por el legislador estatal del artículo 42 como precepto de aplicación meramente supletoria no es conforme con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional con ocasión de idéntico supuesto. La STC 264/1993, de 22 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno contra la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón, se ocupa, entre otras cosas, de delimitar las competencias estatales y autonómicas en materia de envíos no solicitados. Precisamente uno de los preceptos objeto de impugnación era el artículo 24 de la indicada Ley, que establecía:

«En ningún caso serán admisibles las modalidades de venta consistente en la remisión al comprador de bienes u ofertas de servicios con el fin de provocar su tácito consentimiento, de forma que si no desea su adquisición se vea obligado a devolverlos al vendedor. *En tales supuestos la persona a quien van dirigidos los bienes, productos y servicios no contrae ninguna obligación de pago, depósito o restitución de los objetos o documentos enviados*» (58).

El Tribunal resuelve declarando constitucionalmente lícito el primer inciso de este precepto, que establece «... una prohibición de una determinada modalidad de venta condicionada, prohibición la cual persigue impedir la coacción que para los clientes supone la presunción de adquisición de un producto, no concertada con anterioridad, caso de que no se

(56) Lo que se expresa respecto al artículo 38.1 es predicable *mutatis mutandi* del párrafo 3 del mismo artículo, referido a las exclusiones del régimen de ventas a distancia.

(57) Vid. comentario al respecto en J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 306 y 310.

(58) Se destaca en cursiva el segundo inciso, declarado inconstitucional.

proceda a su devolución. Esta norma legal, dirigida contra semejante práctica comercial abusiva, halla, pues, su fundamento competencial en la protección del consumidor...» (FJ 4, C). Por el contrario, considera que el segundo inciso «debe reputarse inconstitucional desde la perspectiva del orden competencial, puesto que, con independencia de que otras normas generales del ordenamiento lo conviertan en innecesario, la determinación de los supuestos de exención de las obligaciones civiles o mercantiles y, más en general, de las consecuencias *inter privados* del incumplimiento de las prohibiciones legales —en relación, en este caso, con el ejercicio de una modalidad de venta condicionada expresamente excluida por la Ley autonómica— corresponde indudablemente al legislador estatal, en virtud de los títulos competenciales invocados por el recurrente...» (FJ 5), que eran precisamente los dimanados del artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución (59).

Las Comunidades Autónomas ostentan competencias para establecer o no una prohibición de los envíos no solicitados. También para establecer, en su caso, el cuadro de sanciones aplicable en caso de infracción. Pero no están habilitadas competencialmente para disponer cuáles sean las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la aludida prohibición en el ámbito de las relaciones civiles, lo que constituye precisamente el grueso del contenido del artículo 42 de la LOCMI (60). En consecuencia, se estima que, pese a la falta de calificación legal, la mayor parte del contenido de este artículo (61) debe ser considerado legislación civil reservada al Estado y, por tanto, de aplicación directa en todo el territorio nacional.

Por las mismas razones, no parece acertada la consideración del contenido del artículo 43 como meramente supletorio. En este artículo se dispone un plazo máximo de treinta días para la ejecución del pedido de no indicarse en la oferta otro distinto, así como una regla aplicable al momento de pago; es decir, reglas moduladoras de las respectivas obligaciones de ejecución del contrato a cargo del vendedor y del comprador, de aplicación a un tipo específico de contratos: los de venta a distancia. No parece dudoso aventurar que dichas previsiones «contienen una reglamentación jurídica privada de tales ventas» (62), integrante, en consecuencia, del acervo de legislación civil y mercantil de competencia estatal, por lo que no se comprende bien la no inclusión del artículo 43 en el listado del párrafo segundo de la Disposición final única de la LOCMI. Es más, como ha notado MARÍN LÓPEZ, «la calificación del artículo 43 como precepto supletorio contrasta con la caracterización del artículo 46 como competencia exclusi-

(59) El Tribunal remite ambas argumentaciones a las anteriormente vertidas en la Sentencia 88/1986, de 1 de julio («Ley catalana de rebajas»), en su fundamento jurídico 8.^o, c).

(60) Vid. comentario de J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 310 y 311.

(61) En puridad, todo su contenido, excepto el primer inciso de su apartado primero.

(62) A. CARRASCO PERERA y E. CORDERO LOBATO, *Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales*, «Rev. Derecho Privado y Constitución», núm. 5, 1995, pág. 49.

va del Estado amparada en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, siendo así que también en este último precepto se refiere al pago, y más en concreto al pago con tarjeta de crédito» (63).

En todo caso, ninguna de las Leyes autonómicas de ordenación del comercio contiene previsiones similares a las contenidas en el artículo 43. En todas ellas, eso sí, se dispone como contenido informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia la mención del plazo de envío de los productos solicitados y, en la mayoría, la referencia a las condiciones de pago.

Por último, el artículo 47 LOCMI —considerado igualmente como de aplicación supletoria— establece la obligación a cargo del comerciante de facilitar un documento por escrito conteniendo la información exigida para las propuestas, su dirección (en su caso), las condiciones de crédito o pago escalonado, así como el documento de desistimiento o revocación. En el actual estado de la legislación autonómica en la materia no existe una previsión similar. Como se habrá notado, por parte de la Directiva se aparejan consecuencias civiles al incumplimiento, o al cumplimiento tardío, de la mencionada obligación.

A la vista de lo anterior, puede mantenerse que la espina dorsal del régimen jurídico dispensado por el ordenamiento jurídico español a las ventas a distancia viene constituida por las reglas contenidas en los diferentes artículos de la LOCMI, que gozan de aplicación directa en su mayor parte, en los términos expresados.

Afirmada la competencia del Estado sobre el grueso de las materias requeridas de adaptación a la Directiva, debe concluirse que corresponde al legislador estatal su ejecución normativa. Dos planteamientos de política legislativa parecen plausibles a dichos efectos. De una parte, operar una modificación de calado sobre el Capítulo II del Título III de la LOCMI, cuyo plantel actual de artículos bien pudieran adaptarse a las exigencias de adecuación requeridas con sólo reestructurar la localización de algunos preceptos. La otra posibilidad es la promulgación de una ley específica para las ventas a distancia que, derogando el Capítulo mencionado, abordase separadamente la transposición de la Directiva. De las dos opciones, parece preferible la primera por razones de sistemática, manteniendo la localización del régimen de las ventas a distancia en el Título III de la LOCMI, dedicado precisamente a la regulación de las «Ventas especiales». De operarse la segunda, serían ya dos las modalidades especiales de venta cuya regulación no constase entre las comprendidas en dicho Título (64).

(63) *Ordenación del comercio minorista...*, cit., pág. 318.

(64) La otra es la venta domiciliaria, cuya regulación se contiene en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre. La inclusión de dicha modalidad de venta dentro de la relación de ventas especiales contenida en el artículo 36.1 LOCMI fue postulada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado a través de la enmienda núm. 118 (vid. «BOCG», Senado, Serie III B, de 23 de octubre de 1995; y la defensa de la misma en el Pleno en el «Diario de Sesiones del Senado», núm. 98, 1995, pág. 5121). Es de señalar que la LOCMI contiene una referencia a esta modalidad comercial, tipificando como infracciones graves «el incumplimiento del régimen establecido en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, para las ventas domiciliaria» —art. 65.1.n)—. En su Informe sobre *La proposición de Ley de Comercio* (Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pág. 158), MARTÍNEZ LÓPEZ

Resta, sin embargo, un aspecto singular respecto al cual la respuesta difiere: el relativo a la determinación de los requisitos informativos de las ofertas comerciales de venta a distancia, necesitado de algunos ajustes, como se ha puesto de manifiesto en el contraste entre ambos órdenes normativos.

La caracterización como supletorios de los preceptos de la LOCMI que abordan dicha cuestión encaja con la unánime regulación que recibe por parte de los siete textos legales autonómicos a los que se ha hecho referencia. Lo que, a su vez, está en sintonía con la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional viene precisando al respecto, que vincula el tema de la imposición de obligaciones informativas a los comerciantes a la atribución competencial sobre defensa de los consumidores.

Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional ha confirmado que «la competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios comprende la de establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta, siempre, claro está, que se refieran a derechos que vengán reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello» (STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 5). Así, parece claro que las Comunidades Autónomas que tengan atribuida competencia legislativa sobre defensa de los consumidores y usuarios pueden establecer el contenido informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia en base a ese título, prescindiendo del que ostenten respecto a la ordenación del comercio interior. También, que ello no puede suponer el establecimiento por esa vía de un derecho para cuya regulación no se ostente la correspondiente competencia (65).

Conforme a ello, debe presuponerse que son las Comunidades Autónomas que tienen atribuida competencia exclusiva sobre defensa de los consumidores y usuarios las llamadas a cumplimentar la ejecución normativa

MUÑIZ/CALONGE VELÁZQUEZ/LAGUNA DE PAZ/GARCÍA DE COCA estiman «más adecuado... incorporar el contenido de la futura Directiva (sobre contratos a distancia) en la Ley de 1991 sobre contratos negociados fuera del establecimiento comercial, solución que ha sido adoptada en algún otro Estado miembro...».

(65) Este último fue el caso del artículo 12.e) de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, del Parlamento de Cataluña, de Comercio Interior, que establecía como dato informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia «el plazo máximo de reflexión, *no inferior a siete días*, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha». Precepto que fue depurado por el Tribunal Constitucional eliminando el inciso que hemos resaltado en cursiva, declarándolo inconstitucional, argumentando que «basta con eliminar del artículo... aquellos elementos que contengan regulación del derecho de devolución que en el mismo se establece, dejando subsistente lo referente a la obligación informativa, que en su consecuencia debe entenderse referida al derecho de devolución previsto en las leyes estatales» (STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 5). Conforme a este criterio jurisprudencial ha de señalarse la inconstitucionalidad en que incurre el artículo 28.1.e) de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, al imponer como dato informativo para las ofertas de venta a distancia «el período de reflexión durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha *que no podrá ser inferior a treinta días*». Obsérvese que, siendo seis meses posterior a la aludida Sentencia del Tribunal Constitucional, no recoge su doctrina. Por otra parte, salvo error por nuestra parte, no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

de la Directiva, ceñida a los aspectos estrictamente informativos. Es el caso de las siete Comunidades Autónomas a que nos venimos refiriendo, que cuentan con una normativa previa en este sentido que habrán de proceder a adaptar en la medida necesaria en cada caso. El examen de los diferentes preceptos autonómicos indica que bastará con añadir algunos requisitos exigidos por la norma comunitaria, y ausentes según qué textos, además de proceder a una redacción más precisa en relación a otros. En algunos de los textos, la operación exigirá la reforma de la delimitación del ámbito de aplicación, en el sentido ya señalado. La Comunidad Foral de Navarra, que también tiene atribuida competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores, debería proceder a dictar las correspondientes normas de transposición con el aludido contenido, en escrupuloso entendimiento de la doctrina constitucional.

El Estado, por su parte, debería incluir entre los contenidos de la norma de transposición que le corresponde dictar los requisitos de «información previa» bajo la consabida fórmula de «norma de aplicación supletoria en defecto de otras dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias». Dada la heterogeneidad del nivel de asunción competencial autonómico en este ámbito, puede corresponderle a dicha norma un triple papel que jugar: *a*) como norma básica en relación con aquellos territorios autonómicos cuya atribución competencial en este ámbito material se contrae a la función de «desarrollo legislativo y ejecución» (66); *b*) como norma única y de acabado completo para los territorios de las ciudades de Ceuta y Melilla, que carecen de competencia legislativa alguna; *c*) como norma supletoria para el caso de incumplimientos de sus deberes de ejecución normativa de la Directiva por parte de las Comunidades Autónomas obligadas a ello.

No parece que esta última función entre en contradicción con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional a propósito del papel de la cláusula de supletoriedad del 149.3 de la Constitución contenida en las Sentencias 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo. El propio Tribunal tiene declarado que «a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 CE, conforme al que ha de interpretarse también el alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE)» (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3). La garantía del cumplimiento del Derecho Comunitario asignada constitucionalmente al Estado, junto con la necesidad de precaver la eventual responsabilidad patrimonial por los daños derivados de su incumplimiento, justifican el recurso por éste a la vía de la supletoriedad en estos casos, como una autorizada doctrina se ha encargado de señalar (67).

(66) Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia.

(67) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del*

El planteamiento anterior da respuesta a posibles problemas de inactividad autonómica en este sentido, pero deja sin resolver otro asunto trascendente: la posibilidad de que una o varias Comunidades Autónomas añadan exigencias informativas en más respecto a las establecidas por otras Comunidades o el Estado, arropadas bajo la cláusula de mínimos del artículo 14 de la Directiva, que permite adoptar disposiciones más estrictas dirigidas a garantizar una mayor protección al consumidor.

Tal eventualidad no ha de ser contemplada como un futuro de laboratorio, siendo así que aparece verificada en el actual estado jurídico-positivo. Así ocurre con el mandato de especificar entre los datos informativos el «sistema de reembolso» exigido por las Leyes catalana, andaluza y canaria, o el «plazo de envío» exigido por todos los textos autonómicos; requisitos no contemplados por la LOCMI ni previstos expresamente por la Directiva.

Ello acarrea un problema práctico de primer orden de cara a todas aquellas empresas que realicen ofertas de venta a distancia por un medio de comunicación cuya cobertura supere un territorio autonómico; supuesto bastante normal, como se comprenderá (publicaciones de ámbito nacional, cadenas de televisión o de radio del mismo ámbito, ofertas realizadas a través de *Internet*...). Se coloca así a estas empresas ante la delicada tesitura de intentar dar cumplimiento a diferentes requisitos añadidos al núcleo informativo común exigidos sólo en determinados territorios, so pena de incurrir en las correspondientes infracciones previstas en cada una de las normativas. En la evidencia de que el diseño de campañas singularizadas para uno o varios territorios aparejará en ocasiones dificultades técnicas difícilmente soslayables y, en todo caso, un aumento de costes rechazable, la situación descrita ha de forzar a las empresas a ajustar los contenidos informativos de sus ofertas de venta a distancia a un modelo omnicompreensivo de todos los requisitos previstos por el conjunto de la legislación estatal-autonómica sobre el particular. De verificarse esta suposición se hubiera llegado a una uniformidad ajustada al mayor nivel de exigencia; resultado aberrante por cuanto implicaría de facto la extensión del régimen impuesto por alguna de las Comunidades Autónomas al conjunto de todas ellas.

Quizás convenga ir planteando que la propia naturaleza de la venta a distancia, la vocación transnacional que está experimentando al socaire del vertiginoso desarrollo de los medios de comunicación en que se sustenta, repelen un planteamiento territorialmente limitado de la figura.

Esta consideración, unida al cúmulo de problemas que, como se acaba de exponer, conlleva una adecuación de la norma comunitaria apegada al

Estado respecto del de las Comunidades Autónomas (Sentencias constitucionales 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo), «REDA», núm. 95, 1997, pág. 414 (también en *Curso de Derecho Administrativo* —en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ—, vol. I., 8.ª ed., 1997, págs. 348-349); R. ALONSO GARCÍA, *Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CE», Boletín núm. 123, mayo 1997; E. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*, núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 197-198.

actual *status* en que ha devenido el sistema de reparto competencial en la materia, nos lleva a sugerir la posibilidad de que el legislador estatal se plantease activar una alternativa de transposición de la Directiva diferente a la anteriormente considerada. En concreto, la caracterización como norma básica *ex* artículo 149.1.13.^a CE del precepto de la norma estatal de transposición relativo a las cargas de información previa, limitando las posibilidades autonómicas de desarrollo a prescripciones sobre las ventas a distancia practicadas a través de un medio cuya cobertura no superase el territorio autonómico (68). La licitud constitucional de dicha operación creemos que encuentra cumplida cobertura al amparo del genérico título estatal de ordenación general de la economía, respaldado por una nutrida jurisprudencia constitucional. Este título competencial construido por el Tribunal Constitucional, que —como explica TORNOS— viene presentando el efecto de permitir al Estado imponer su política económica y reducir el contenido de las materias económicas asumidas estatutariamente (69), en tanto «responde al principio de unidad económica» (STC 186/1988, de 17 de octubre), encuentra una de las justificaciones para su ejercicio en aquellos supuestos en que «la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación» (STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4).

De esta manera se propiciaría la descable resulta de un marco jurídico uniforme para las ventas a distancia (70) que garantice la protección de los consumidores pero, a la vez, respete la posición de los comerciantes, permitiendo el legítimo ejercicio de su actividad bajo unas reglas válidas en el

(68) Cfr. la anterior proposición, con la opinión vertida en otro contexto por M. SÁNCHEZ MORÓN: «En realidad, no hay más remedio que entender que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las ventas a distancia se limita a aquellas en que la propuesta sólo se difunde dentro de su respectivo territorio. En caso contrario, las diferencias de regulación pueden, aparte de crear confusión en los consumidores, alterar las reglas de la libre e igual competencia» (en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. LEGUINA VILLA, Madrid 1997, pág. 1112). En relación con la regulación sobre ventas fuera de establecimiento, entienden A. CARRASCO y E. CORDERO que «al oferente que ingresa en el mercado nacional no se le puede exigir el cumplimiento de normativas diversas en función de la localización del potencial comprador del producto. En este caso, el capital puesto por el oferente en el ciclo de comercialización sí que circula en todo el mercado interior. Por el contrario, no infringe el principio de unidad de mercado una reglamentación autonómica de la venta a distancia que se aplique sólo a los oferentes ubicados en el territorio afectado por la regulación, y cuando la oferta se proyecte exclusivamente sobre tal territorio» (*Modalidades de venta...*, cit., pág. 44). Al respecto cabe señalar que la Ley canaria contrae el ámbito de aplicación de su normativa sobre ventas a distancia a los supuestos en los que «el establecimiento oferente esté ubicado en Canarias y la oferta se proyecte en exclusiva al territorio de esta Comunidad Autónoma» (art. 28.3).

(69) Vid. J. TORNOS MAS, «Ordenación constitucional del comercio», en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA)*, vol. V, Madrid, 1991, pág. 4129 *in fine*.

(70) A. CARRASCO PERERA y E. CORDERO LOBATO estimaban —respecto a la proposición de Ley de Comercio— «particularmente criticable que no se prevea la aplicación general de todos los preceptos destinados a las ventas a distancia»; en *Modalidades de venta: competencias estatales...*, cit., pág. 49.

contexto europeo. La intervención de la Conferencia sectorial para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (71), que asume entre sus funciones el tratamiento y resolución de los problemas acerca de la «técnica normativa (...) para incorporar las directivas al Derecho interno», bien pudiera resultar providencial de cara a la formación de una decisión al respecto (72).

(71) Regulada por Ley 2/1997, de 13 de marzo («BOE», núm. 64, de 15 de marzo).

(72) Al tiempo de corrección de pruebas tenemos noticia de la promulgación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de *Comercio Minorista de Castilla-La Mancha* («DOCLM», núm. 52, de 6 de noviembre). Como indica su Exposición de Motivos, esta Ley «respeta enteramente la regulación estatal de la venta a distancia», limitando su atención a la autorización de las ventas a distancia de difusión intrarregional y remitiendo en bloque a la aplicación de los preceptos de la LOCM, vía supletoriedad. Las mismas circunstancias de tiempo excusan la ausencia de referencias puntuales al reciente trabajo de G. BOTANA GARCÍA, *Los contratos a distancia y la protección de los consumidores*, «Revista Estudios sobre Consumo», núm. 46, 1988, págs. 61 y ss.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

LA DIRECTIVA SOBRE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA Y EL DERECHO INTERNO

Por

JAVIER SOLA TEYSSIERE

Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—1. LA DIRECTIVA.—2. DERECHO INTERNO.—3. CONTRASTE ENTRE AMBOS ÓRDENES NORMATIVOS: a) *Respecto al ámbito de aplicación.* b) *Respecto a las obligaciones de información previa.* c) *Respecto al derecho de resolución.* d) *En relación con la ejecución.* e) *Técnicas restringidas.*—4. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA INTERNA.

PLANTEAMIENTO

El «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de 4 de junio de 1997 (núm. L 144) publica la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*, tras un largo período de elaboración (1). Dado que el Estado español cuenta con una normativa previa en la materia, contenida fundamentalmente en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista* (LOCFMI), y en varias disposiciones legales autonómicas que más adelante se describirán, se trata de analizar si esta normativa interna resulta suficiente y adecuada para el logro de los resultados pretendidos por la norma comunitaria.

Conviene adelantar que, en lo que hace a la LOCFMI, sorprende el ba-

(1) Con fecha 20 de mayo de 1992, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó una *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia* («DOCE», núm. C 156, de 23 de junio de 1992), sometida, desde el 1 de enero de 1993, al procedimiento de codecisión. Una vez dictaminada por el Comité Económico y Social («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993) y por el Parlamento Europeo («DOCE», núm. C 176, de 28 de junio de 1993), fue de nuevo presentada bajo el título de *Propuesta modificada...* («DOCE», núm. C 308, de 15 de noviembre de 1993). Posteriormente, el Consejo aprobó la Posición Común núm. 19/1995, de 29 de junio, en relación con el indicado proyecto de Directiva («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995); tras ello se produjo la Decisión del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1995 relativa a la posición común adoptada por el Consejo («DOCE», núm. C 17, de 22 de enero de 1996) y posterior Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la posición común del Consejo [COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996]. Finalmente, a la vista del texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación, el 27 de noviembre de 1996, Parlamento y Consejo adoptan las correspondientes Decisiones en orden a su definitiva aprobación.

lance de disparidades significativas que lo separan del texto comunitario que forzosamente había de servirle de norte, habida cuenta de la coincidencia temporal en los respectivos procesos de elaboración (2). En concreto, se comprueba con facilidad cómo el legislador español se mantiene apegado al texto de la Propuesta de Directiva inicial de 1992 a lo largo de todo el periplo de la tramitación parlamentaria de la LOCMI, ignorando las sucesivas modificaciones introducidas en el proyecto comunitario por aquellas mismas fechas (3). Especialmente es de lamentar la falta de atención al texto de la Posición Común adoptada por el Consejo a mediados de 1995, texto muy cercano ya al definitivo, cuando por esas mismas fechas se mostraba plenamente activo el proceso de discusión del texto español. Sólo las prisas en aprobar un texto legislativo que responde a unos intereses políticos definidos —la protección del pequeño comercio—, ante la perspectiva de unas elecciones generales anticipadas, pueden ofrecer una insatisfactoria explicación de la incuria exhibida por el legislador estatal. Se ha dado al traste de esta forma con una oportunidad al alcance de la mano, malogrando una correcta aplicación de criterios mínimos exigibles de economía y eficacia parlamentarias, forzando a la pronta revisión de unos preceptos legales que apenas están comenzando a ser objeto de aplicación efectiva.

La operación de ejecución normativa de una Directiva en el ordenamiento jurídico interno exige, cuando menos, prestar atención a un triple orden de factores: *a)* preexistencia o no de una regulación interna sobre la materia y, en caso afirmativo, la correspondiente operación de cotejo y contraste entre ambos órdenes normativos orientada a señalar eventuales disonancias necesitadas de adaptación; *b)* rango de las disposiciones necesarias para su adaptación o transposición; *c)* instancia obligada a su pro-

(2) Contrástanse las fechas ofrecidas en nota anterior con las correspondientes a la tramitación parlamentaria del texto español: el 20 de julio de 1993 es admitida a trámite una proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario Catalán («BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 26 de julio de 1993), tomada en consideración por el Pleno de la Cámara el 26 de octubre del mismo año («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 20, 1993), que, después de sucesivas ampliaciones de plazo, es finalmente objeto de 488 enmiendas (publicadas en «BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-14, de 11 de octubre de 1994). Tras el Informe de la Ponencia («BOCG», CD, núm. 10-16, de 25 de septiembre de 1995), es aprobado por la Comisión con competencia legislativa plena («BOCG», CD, núm. 10-17, de 26 de septiembre de 1995). Remitido al Senado es objeto de 163 enmiendas (publicadas en «BOCG», Senado, Serie III B, de 23 de octubre de 1995), que, tras su paso por Comisión, dan lugar a la aprobación de un texto en sesión plenaria celebrada el 29 de noviembre de 1995 («Diario de Sesiones del Senado», núm. 98, 1995). Devuelto al Congreso, y tras desgajarse del texto los preceptos relativos a horarios comerciales, que fueron objeto de aprobación por medio de Ley orgánica, fue definitivamente aprobado en el Pleno de 21 de diciembre de 1995 («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 194).

(3) Circunstancia sobre la que alertó en su día J. J. MARÍN LÓPEZ en relación con la Proposición de Ley (*Prácticas comerciales y protección de los consumidores*, «Rev. Derecho Privado y Constitución», núm. 5, enero-abril 1995, págs. 147-148) y que posteriormente ha sido objeto de abierta crítica por el mismo autor, una vez promulgada la LOCMI (en ob. col. *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, coordinada por Arimany/Manubens & Asociados, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pág. 491).

ducción en función del tipo de norma necesaria y de la titularidad competencial. Conforme a este esquema, el presente trabajo pretende resaltar los aspectos más sobresalientes de la normativa interna sobre ventas a distancia que se consideran necesitados de adecuación a la Directiva comunitaria. Detectados los mismos se planteará, a continuación, la correosa cuestión de las instancias —estatal, autonómicas— llamadas a su ejecución normativa conforme al reparto competencial interno establecido.

1. LA DIRECTIVA

Inscríbese la Directiva como un eslabón más en el dilatado y sostenido empeño de profundización en la realización efectiva de un mercado único comunitario. Se argumenta, con razón, que la venta transfronteriza a distancia «puede ser, para los consumidores, una de las principales manifestaciones concretas del establecimiento del mercado interior» (4). Los nuevos medios de comunicación, cada vez más al alcance de los consumidores, van a posibilitar de manera creciente la adquisición de productos fuera de las fronteras del país de su residencia a través de los distintos canales de venta a distancia; modalidad de venta que «se presta particularmente a un desarrollo transnacional» (5) y que recientemente está experimentando un significativo auge.

La especialidad común al conjunto de las ventas a distancia (por correo, por teléfono, *televenda*, a través de *Internet*...) radica en que la relación contractual —desde la oferta a la celebración del contrato— se produce a través de un medio de comunicación y, por lo tanto, sin la presencia física simultánea de comprador y vendedor y, sobre todo, sin la posibilidad de examen físico del producto por parte del comprador antes de adoptar su decisión de compra. Ello genera un potencial riesgo añadido a la habitualmente señalada situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente a unos comerciantes profesionalizados; problema ínsito en la propia sistemática de este tipo de ventas.

El núcleo de las regulaciones existentes de las ventas a distancia suele apoyarse en el despliegue de una batería de respuestas directamente dirigidas a soslayar, o minorar en lo posible, las consecuencias derivadas del riesgo indicado. Las distintas obligaciones informativas sobre el producto o servicio ofertados y el reconocimiento de un derecho de resolución del contrato una vez éstos examinados —reglas típicas en dichas normativas— se estatuyen en esa dirección.

(4) Considerando (3) de la Directiva. Para un detenido examen de la Directiva vid. J. JUSTE MENCIA, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 (I) y (II)*, «Rev. La Ley», núms. 4434 y 4435, 9 y 10 de diciembre de 1997, respectivamente.

(5) Ap. 3.2 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993, pág. 112.)

La protección de los consumidores es el título habilitante, el interés público protegido como finalidad específica por estas disposiciones.

Junto a ello se detectan ciertos problemas generados, normalmente, por un mal uso de las técnicas comerciales propias de la venta a distancia. Los envíos de productos al domicilio del consumidor, sin que se haya producido una petición previa por parte del mismo, fuerzan muchas veces la aceptación para evitar la incomodidad que supone su devolución, concurriendo frecuentemente la circunstancia de su escaso valor. El empleo de ciertas prácticas de comunicación especialmente insistentes puede producir una inadmisibile inmisión en la vida privada y en el círculo protegible de intimidad del consumidor. El uso consistente en admitir como medio de pago el cargo en una cuenta ligada a una tarjeta de crédito, cuyo número es facilitado por el mismo medio de comunicación por el que se realiza el pedido sin su presentación o identificación electrónica, implica unos riesgos añadidos de utilización fraudulenta de la tarjeta que su titular no debe verse obligado a soportar. El frecuente retraso en los plazos de entrega de los productos comprometidos por la empresa vendedora es otro de los motivos frecuentes por los que el consumidor siente sus expectativas defraudadas (6).

Se trata de prácticas que atentan contra los intereses de los consumidores pero que, a la vez, son susceptibles de causar un daño objetivo al conjunto de las empresas activas en el sector (7). Tratándose de sistemas novedosos y, por ende, poco conocidos, el consumidor es proclive a achacar una experiencia insatisfactoria con una determinada empresa al tipo de venta en sí; extendiendo y trasladando las causas y efectos perniciosos al conjunto del sector y proyectando una mala imagen del sistema de venta en abstracto (8). Lo que nos lleva a señalar la transparencia de los usos comerciales y, de manera más genérica, la defensa del propio sistema competitivo de mercado como segundo título habilitante de la intervención normativa, junto al señalado anteriormente. Es la protección de los consumidores, pero también la salvaguarda de un sistema de limpia competencia, como principios en estrecha vinculación (9), los que constituyen los intere-

(6) «Según un informe de la Federación de Usuarios-Consumidores Independientes (FUCI), la mitad de las quejas recibidas son debidas, precisamente, al retraso en las entregas de los productos». Vid. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo y otros nuevos sistemas de venta*, núm. 59 de la Colección «Estudios de Comercio Interior», Madrid, 1995, pág. 90.

(7) Vid. los resultados del análisis comparativo que bajo el título *Televenta* publica la Revista «OCU-Compra Maestra», núm. 205, septiembre 1997, págs. 29 ss., en el que se ponen de manifiesto las principales carencias percibidas en este sistema de venta.

(8) De hecho, «la mala imagen del sistema debido a unos comienzos un tanto engañosos» es una de las explicaciones aducidas al lento desarrollo inicial de las ventas por correspondencia en España en comparación con su importante desarrollo en otros países europeos. Vid. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo...*, cit., pág. 110.

(9) Vinculación que se señala con alcance general, no ceñida al supuesto considerado. La íntima trabazón entre las políticas de protección de los consumidores y la defensa de la libre competencia se viene poniendo de manifiesto insistentemente a nivel comunitario en los sucesivos Programas en desarrollo de una política de protección de los consumidores, y resulta ampliamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

ses públicos objeto de atención principal de la normativa que nos ocupa. «Una reglamentación que aumente la confianza en el sistema de ventas a distancia va en interés no sólo del consumidor, que quiere verse protegido, sino también de las empresas mismas del sector, porque acrecentará la credibilidad y, por tanto, las posibilidades de ampliar el volumen de ventas» (10).

Como quiera que algunos Estados miembros han adoptado ya disposiciones no coincidentes para la protección de los consumidores en materia de ventas a distancia (11), se justifica la necesidad de introducir unas normas comunes que eviten un efecto negativo sobre la competencia entre empresas en el mercado interior comunitario.

Estas normas comunes contenidas en la Directiva 7/97 abordan los aspectos esenciales en los que se basa hasta el momento el esquema protector de los consumidores ante este tipo de ventas, ya ensayado —con variantes— por las legislaciones nacionales que la preceden. En concreto, incluye:

- La imposición de obligaciones a cargo del comerciante en relación con la información a suministrar al consumidor (arts. 4 y 5).
- Una regulación detallada del derecho de resolución del contrato (art. 6).
- Reglas sobre la ejecución y el pago mediante tarjeta (arts. 7 y 8, respectivamente).
- Prohibición de suministros no solicitados y consecuencias civiles de su transgresión (art. 9).

De forma añadida se establecen reglas de naturaleza procesal (12) —legitimación procesal activa de las organizaciones de consumidores y profe-

las Comunidades Europeas (cfr. L. BERENGUER FUSTER, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección al consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 39, 1996, págs. 36-39). Igualmente ha sido señalada por nuestro Tribunal Constitucional la íntima conexión entre los principios de defensa de la competencia y protección de los consumidores como «dos aspectos de la ordenación del mercado», constatando que «... con frecuencia, las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantías de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de éstos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia» (STC 88/1986, de 1 de julio, sobre la Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales).

(10) Ap. 3.1 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia («DOCE», núm. C19, de 25 de enero de 1993, pág. 112).

(11) V.gr., Portugal, Decreto-Ley 272/87, de 3 de julio, sobre las ventas a domicilio, las ventas por correo y las ventas en cadena y forzadas (modificado por Decreto-Ley 243/95, de 13 de septiembre); Dinamarca, Ley modificada de contratos con consumidores de 23 de diciembre de 1987; Bélgica, Ley de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas de comercio y sobre la información y la protección de los consumidores; Francia, *Code de la Consommation*, aprobado por Ley de 26 de julio de 1993; Italia, Ley núm. 426, de 11 de junio de 1971, de disciplina del comercio, y Decreto Legislativo núm. 50, de 15 de enero de 1992.

(12) Téngase en cuenta en este terreno la reciente Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en mate-*

sionales; previsión sobre carga de la prueba—, al tiempo que se alienta la posibilidad de completar el contenido de la Directiva con disposiciones voluntariamente adoptadas por los profesionales del sector en el sentido indicado por la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (13).

Debe advertirse que la voluntad del legislador comunitario se encamina a la implantación de un núcleo de normas comunes mínimas para la protección de los consumidores, permitiendo a los Estados miembros el mantenimiento o la adopción de disposiciones más estrictas dirigidas a proveer una mayor protección de aquéllos respecto de las ventas a distancia, siempre a salvo su compatibilidad con el Tratado (art. 14).

En orden a su aplicación efectiva, la Directiva establece un plazo de transposición o adecuación de tres años a partir de su entrada en vigor, esto es, hasta el 4 de junio del año 2000 como fecha límite. Antes de esa fecha, tanto la legislación estatal como, en su caso, la contenida en las correspondientes leyes autonómicas que así lo requieran habrán de adaptar sus contenidos a las disposiciones de aquélla.

Llegada esa fecha sin que las instancias correspondientes hubieran procedido a las adaptaciones normativas pertinentes, cabría el planteamiento del eventual efecto directo de la Directiva al hilo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el particular. Tal contingencia presenta, no obstante, escasa operatividad en el caso que nos ocupa, toda vez que la indicada jurisprudencia viene negando la posibilidad de una eficacia directa «horizontal» (14) de las Directivas, esto es, referida a las relaciones *inter privatos* (15), y dado que la casi totalidad del texto dispositivo de la Directiva sobre ventas a distancia se ocupa de regular relaciones de dicha naturaleza. El Tribunal de Justicia comunitario ha afirmado que «de acuerdo con el artículo 189 del Tratado, la naturaleza obligatoria de la directiva, que constituye la base de la posibilidad de invocarla ante un tribunal nacional, existe sólo con relación a “cada Estado

ria de protección de los intereses de los consumidores («DOCE», núm. L 166, de 11 de junio de 1998).

(13) «DOCE», núm. L 156, de 10 de junio de 1992. Signos de la puesta en práctica de la sugerida autorregulación del sector, cabe citar la Convención Europea de la venta por correo y a distancia transfronteriza, suscrita el 4 de junio de 1992 por las Asociaciones nacionales miembros de la Asociación Europea de Venta por Correo; o el Código ético español de venta por correo con que se ha dotado la Asociación Española de Venta por Correo (AEMD). Vid. ambos documentos en MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO, *La venta por correo...*, cit., págs. 147 y 155, respectivamente.

(14) Al margen de los supuestos en que resulta admisible el denominado «efecto horizontal indirecto» a través de la interpretación por el juez nacional del Derecho interno conforme a la finalidad de la Directiva. Vid. un interesante estudio sobre un asunto concreto en que este tema se suscita en L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996). «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 41, 1997, págs. 27 ss.

(15) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pág. 269.

miembro al que se dirige". De donde se sigue que una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal frente a dicha persona» (Sentencia *Marshall*, de 26 de febrero de 1986, 152/84) (16). Asunto diferente es el relativo a la garantía patrimonial de los particulares frente a un incumplimiento de este tipo. Una vez afirmado por el Tribunal comunitario el principio de responsabilidad de los Estados miembros por los perjuicios derivados de violación de normas comunitarias atributivas de derechos, a partir de la Sentencia *Francovich*, de 19 de noviembre de 1991 (17), se mantienen abiertas las posibilidades de articulación de una acción de responsabilidad frente al Estado incumplidor por el motivo aquí contemplado.

2. DERECHO INTERNO

A nivel de Derecho interno, las ventas a distancia han sido objeto de regulación en los artículos 38 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de Ordenación del Comercio Minorista* (18).

Además, toda una serie de leyes autonómicas sobre ordenación de la actividad comercial se ocupan, en mayor o menor medida, de este tipo de ventas: *Cataluña*, artículos 26 a 28 del Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, *por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Comercio Interior, de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y la Ley 23/1991, de 29 de noviembre* («DOGC», núm. 1748, de 21 de mayo); *País Vasco*, artículo 22 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, *de Actividad Comercial* («BOPV», núm. 111, de 13 de junio); *Comunidad Valenciana*, artículo 23 de la Ley 8/1986, de 29 de

(16) Vid. sobre el particular Jean-Victor LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo, 1995, págs. 164 ss.

(17) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...*, cit., págs. 294 ss. Un recorrido por la posterior jurisprudencia recaída sobre este tema en E. GUICHOT, *La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho Comunitario: La Jurisprudencia post-Francovich*, «RAAP», núm. 30, 1997, págs. 97 ss. Sobre la Sentencia *Dillenkofer*, vid. M. C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias*, «Rev. de Derecho Comunitario Europeo», vol. I, núm. 1, 1997, págs. 261 ss.

(18) Objeto de desarrollo reglamentario por el RD 1133/1997, de 11 de julio, que regula la autorización de las ventas a distancia e inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.2 LOCMI: «La autorización de las ventas a distancia, así como la inscripción de las respectivas empresas en el correspondiente Registro y expedición de credenciales, corresponderán al Ministerio de Comercio y Turismo, cuando las propuestas se difundan por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma.» Posteriormente, el Real Decreto 1976/1998, de 18 de septiembre («BOE», núm. 239, del 6 de octubre), ha modificado, de manera radical, tanto el contenido como el planteamiento del RD 1133/1997. Dicha modificación es consecuencia de la aceptación por parte del Gobierno de la nación de un requerimiento de incompetencia contra el Real Decreto inicialmente citado formulado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, «fundamentado en que la gestión del Registro es una actividad encuadrable en el ámbito de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior» (Exp. de Motivos del RD 1976/1998, de 18 de septiembre).

diciembre, de *Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales* («DOGV», núm. 497, de 31 de diciembre); Galicia, artículos 32 y 33 de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de *Ordenación del Comercio Interior de Galicia* («DOG», núm. 164, de 26 de agosto); Aragón, artículos 31 a 33 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de *Ordenación de la Actividad Comercial en la Comunidad Autónoma de Aragón* («BOA», núm. 108, de 16 de octubre); Canarias, artículos 27 y 28 de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de *Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias* («BOC», núm. 53, de 29 de abril); Andalucía, artículos 28 a 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de *del Comercio Interior de Andalucía* («BOJA», núm. 7, de 18 de enero; corr. errores «BOJA», núm. 20, de 10 de febrero).

Básicamente, la regulación de las ventas a distancia contenida en los textos legislativos autonómicos se ha centrado en tres cuestiones: a) el establecimiento de requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad de venta a distancia (19); b) la prohibición de envíos no solicitados (20); y c) la determinación de los contenidos informativos obligatorios de las ofertas de venta a distancia.

Por su parte, la LOCMI ofrece una construcción mucho más amplia y acabada del régimen de las ventas a distancia próxima al esquema de contenidos mantenido en la Directiva (regulación de un derecho de desistimiento, obligaciones informativas, régimen de envíos no solicitados, reglas sobre la ejecución y pago, además de establecimiento de los deberes de obtener autorización administrativa e inscripción en el correspondiente Registro administrativo), como se tendrá ocasión de ir comprobando.

3. CONTRASTE ENTRE AMBOS ÓRDENES NORMATIVOS

A partir de lo expuesto, se procurará señalar los principales desajustes observados entre ambos grupos normativos. Ciertamente, algunas disonancias pueden ser salvadas atendiendo al recurso de una interpretación de la legislación española que resulte acorde con el texto de la Directiva, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (21). No obstante, la presencia de otras discrepan-

(19) En las Comunidades Autónomas que tienen atribuidas funciones legislativas en materia de comercio interior, la habilitación competencial para la imposición de determinados requisitos de cara a la práctica de ciertos tipos de ventas está confirmada por la jurisprudencia constitucional (STC 88/1986, FJ 8.º, C, y STC 225/1993, FJ 6.º, C). Tras la LOCMI, esta normativa ha de ser conectada con lo dispuesto en su artículo 37 en relación con la exigencia de autorización e inscripción registral, en su caso; debiendo proceder las Comunidades Autónomas que no tuvieran establecidos estos requisitos en sus respectivas normas a adecuarlas a aquellas exigencias dada la caracterización como normativa básica del precepto.

(20) Cfr. *infra*, fundamento de la habilitación competencial para el establecimiento de esta prohibición y límites de su ejercicio. La Ley gallega no recoge esta última previsión.

(21) Como ha señalado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (coord. por el propio R. BERCOVITZ y por J. LEGUINA VILLA), Madrid, 1997, pág. 665.

cias insalvables por este medio fuerza una intervención normativa del legislador español. En este sentido, sería deseable y de agradecer que se plantease una adaptación minuciosamente apegada a los postulados comunitarios, evitando así la necesidad de recurrir a la técnica de integración jurisprudencial aludida. En todo caso, la labor de contraste arroja lo siguiente:

a) *Respecto al ámbito de aplicación*

La Directiva dedica los artículos 1 (*Objeto*), 2 (*Definiciones*) y 3 (*Exenciones*) a determinar, por activa o pasiva, su ámbito de aplicación. Dado que su objetivo es la aproximación normativa de los Estados miembros en materia de ventas a distancia, se ocupa, en primer lugar, de la definición de su objeto material, disponiendo que se entenderá por:

«“contrato a distancia”: todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato» (art. 6.1).

Y por:

«“técnica de comunicación a distancia”: todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor» (art. 6.2).

Tanto el artículo 38.1 LOCFI como los correspondientes conceptos de venta a distancia establecidos por los textos legales autonómicos (22) sustentan una configuración abierta de estas ventas a las realizadas por todo medio de comunicación de cualquier naturaleza, a excepción de la Ley valenciana, que establece un concepto restringido a las ventas por correo. La entrada en vigor de la Directiva comunitaria proscribió una diversidad de trato entre distintos tipos de ventas a distancia, lo que debe forzar al legislativo valenciano a modificar el artículo 23 de su Ley 8/1986 ampliando su ámbito, adaptándolo a las exigencias de aquella.

Aunque el objeto general de la LOCFI es la regulación del comercio minorista, concepto ceñido en su artículo 1.2 a la «venta de cualquier clase de artículos» a los destinatarios finales de los mismos, la Disposición adi-

(22) Artículo 22 Ley vasca, artículo 26 Ley catalana, artículo 32 Ley gallega, artículo 28 Ley andaluza, artículo 23 Ley valenciana, artículo 31 Ley aragonesa, artículo 27 Ley canaria.

cional primera amplía el ámbito de aplicación de la regulación de las ventas a distancia extendiéndolo a los contratos de esa naturaleza referentes a la prestación de servicios. Siendo la intención abiertamente expresada del legislador, al incluir la Disposición adicional referida, la adaptación de la LOCMI al entonces proyecto de Directiva comunitario sobre ventas a distancia (23), que también incluía los contratos de prestación de servicios, es censurable la manera en que ha procedido. De una parte, por basarse en la inicial Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, que databa de 1992, cuando en el curso de los trabajos parlamentarios se contaba ya con otros textos comunitarios más recientes que modificaban sustancialmente el contenido de la Propuesta inicial también en este punto. De otra, porque el tratamiento jurídico de la contratación a distancia de servicios requiere particularidades respecto al diseñado para las transacciones de bienes, no bastando una remisión global al régimen de estas últimas como la operada por el legislador estatal por medio de la Disposición adicional que se comenta. Basta repasar el texto de la Directiva comunitaria finalmente promulgada, que incluye en su ámbito de aplicación los contratos sobre servicios, para comprobar la oportunidad de dedicar reglas específicas y diferenciadas a la contratación a distancia a ellos referidas (arts. 5.2; 6.1), que figuran entre las que habrán de ser objeto de adaptación.

No resultan conformes al postulado comunitario los textos autonómicos gallego, valenciano y andaluz, en cuanto ciñen su objeto a la actividad de venta de bienes o productos, sin mención alguna a los servicios. Salvo que los legislativos autonómicos decidan la ampliación del ámbito de aplicación de los correspondientes textos a la contratación de servicios, resulta de aplicación al respecto en dichos territorios la totalidad de la regulación contenida en los artículos 38 a 48 de la LOCMI —o su futura versión adaptada a la Directiva—, vía supletoriedad.

La determinación del ámbito de aplicación de la disciplina jurídica de las ventas a distancia ha de completarse con la mención de una serie de supuestos que la Directiva declara exentos. En concreto, el artículo 3 de la Directiva excluye de la aplicación de su régimen:

— Los contratos «que se refieran a los servicios financieros enumerados en la lista no exhaustiva que figura en el Anexo II» (servicios de inversión, operaciones de seguro y reaseguro, servicios bancarios, operaciones relativas a fondos de pensiones, servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción) (24). La Disposición adicional primera de la LOCMI,

(23) «Dado que no es objeto de la ley regular los contratos de servicios, parece oportuno utilizar una Disposición Adicional para trasponer las disposiciones de la Directiva Comunitaria sobre ventas a distancia que se refiere a contratos de prestación de servicios» (motivación a la enmienda núm. 219 del Grupo Socialista, que junto a la idéntica núm. 480 del Grupo Catalán dieron origen a la actual Disposición Adicional primera; «BOCG», Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, pág. 125).

(24) Acompaña a la Directiva una Declaración de la Comisión del siguiente tenor: «La Comisión reconoce la importancia de la protección de los consumidores en materia de servicios financieros, dado lo cual ha elaborado un Libro verde sobre "Los servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores". A la luz de las reacciones

por su parte, dispone la no aplicación de la normativa sobre ventas a distancia a la contratación de «Seguros, créditos, ni a los servicios de inversión, salvo, para este último caso, en lo que respecta al contenido de la oferta para contratar». La cautela de la Ley española declarando de aplicación a los servicios de inversión contratados a distancia las reglas relativas al contenido de la oferta, parece compatible con la previsión del artículo 14 de la Directiva permitiendo a los Estados miembros la adopción de disposiciones más estrictas en pro de una mayor protección del consumidor.

— Los contratos «celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados». Bajo un concepto asimilable, el legislador español ha estimado conveniente precisar que la regulación sobre ventas a distancia no es de aplicación a la venta realizada «mediante máquinas automáticas» —art. 38.3.a) LOCMI—, a las que dedica una regulación específica —arts. 49 a 52 LOCMI—.

— Los contratos «celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos» (25). No contiene la LOCMI una exención similar, aunque ello no significa una sumisión de estas operaciones al régimen allí previsto para las ventas a distancia, en el que tendrían difícil encaje. Realmente parece más adecuado la aplicación a dicha actividad de las normas previstas en la misma Ley para la venta automática (advertencias obligatorias, recuperación del importe, homologación de aparatos, responsabilidad solidaria del titular del local donde se encuentren instalados) toda vez que ha quedado expresamente prevista la posibilidad de su extensión a los servicios (26).

— Los contratos «celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles ni los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes

que suscite el Libro verde, la Comisión estudiará la forma de integrar la protección de los consumidores en la política de servicios financieros y sus posibles implicaciones jurídicas, y, en su caso, presentará las propuestas oportunas.» A raíz de las consultas realizadas en este contexto, la Comisión ha decidido promover un proyecto de Directiva específicamente encaminado a la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros. En tal sentido, el 19 de noviembre de 1998 ha presentado al Consejo de la Unión Europea una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* (COM —1998— 468 final; «Diario Oficial», núm. C 385, de 11 de diciembre de 1998). En el artículo 15 de este documento se propone la modificación del primer guión del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 97/7/CE —transcrito en nuestro texto— en el sentido de remitir la regulación de los servicios financieros prestados a distancia a lo dispuesto en la nueva disposición, así como la supresión del Anexo II de aquélla, que deja de tener sentido tras lo anterior.

(25) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, justificando su exclusión en «el carácter instantáneo del “contrato” correspondiente a la utilización de cabinas telefónicas públicas» (ap. 7, iii, tercer párrafo, de la Memoria que acompaña al documento indicado; «DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 10 *in fine*).

(26) El artículo 49.1 LOCMI dispone: «Es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe.»

inmuebles, con excepción del arriendo» (27). No parece que la LOCMÍ abarque la venta de inmuebles conforme a la propia definición de comercio minorista establecida en su artículo 1.2, ceñida, por su propia naturaleza, a la venta de bienes muebles (28). Otra cosa es la contratación para la construcción o para la gestión de venta de un inmueble (a favor de un API, por ejemplo), así como el arriendo, supuestos encajables entre los contratos de prestación de servicios a que se refiere en sentido amplio la Disposición adicional primera LOCMÍ, resultando un régimen más favorable para el consumidor, que podrá ser mantenido por el legislador español si éste es su criterio.

— Los contratos «celebrados en subastas» (29). La LOCMÍ no excluye expresamente del régimen de ventas a distancia esta modalidad de ventas, si bien dedica a la misma una regulación específica (arts. 56 a 61). Aunque nada impide *de facto* la acumulación simultánea de ambas modalidades de venta —oferta de venta en subasta contenida en un catálogo (30); pujas realizadas por un licitador ausente, a través de un medio de comunicación, en el curso del propio acto—, el régimen de las ventas a distancia, montado en torno al libre ejercicio de un derecho de resolución, casa mal con las singularidades propias de la celebración de subastas susceptible de causar un perjuicio difícilmente justificable a sus organizadores y a los terceros participantes como licitadores (necesidad de repetir convocatoria y celebración del acto de la subasta ante un desistimiento del contrato no motivado). Su exclusión parece, pues, justificada y probablemente no estaría de más que el legislador español se pronunciara expresamente en tal sentido, evitando eventuales problemas de deslinde entre ambos regímenes.

Junto a ello, el artículo 3.2 de la Directiva recoge dos supuestos de cuasi exención, en tanto, si bien los considera incluidos en su campo de apli-

(27) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, argumentando, en el Análisis que la acompaña, que las legislaciones nacionales presentan rasgos específicos en dicha materia y que, en gran parte, venía ya prevista su exclusión del derecho de rescisión al disponer la anterior Propuesta modificada la no aplicación de ese derecho a «los contratos celebrados mediante escritura pública». La posterior Decisión del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1995 propuso la supresión de esta exención a través de la Enmienda núm. 8 al texto de la Posición Común, con la que se mostró de acuerdo la Comisión en su Dictamen de 7 de febrero de 1996, lo que suponía la reintroducción de los contratos relativos al sector inmobiliario en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sorpresivamente, tras su paso por el Comité de Conciliación, es recogida nuevamente en el texto definitivo (todos los documentos aludidos aparecen referenciados en la nota primera).

(28) En este sentido, J. TORNOS MAS, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero* (coordinada por Arimany/Manubens & Asociados), Barcelona, 1996, pág. 37 *in fine*; también, E. BELTRÁN SÁNCHEZ, en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (dirigida por J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ), Madrid, 1997, pág. 30.

(29) Exención introducida por la Posición Común del Consejo núm. 19/1995, de 29 de junio, aduciendo en el Análisis que la acompaña que «las modalidades prácticas de una subasta..., justifican igualmente su exclusión del campo de aplicación» («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 10 *in fine*).

(30) Práctica usual, prevista expresamente en el artículo 57.2, 2.º párrafo, LOCMÍ.

cación, los exime de la aplicación de las normas que constituyen el núcleo del régimen de las ventas a distancia: artículos 4 (*Información previa*), 5 (*Confirmación escrita de la información*), 6 (*Derecho de resolución*) y el apartado 1 del artículo 7 (*Plazo de ejecución*). Se trata de los «contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares» y de los «contratos de suministros de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto...» (31).

El legislador español, inspirándose claramente en el texto de la inicial Propuesta de Directiva de 1992 (32), excluye sin matices del ámbito de aplicación del régimen de ventas a distancia establecido en la LOCMI «los contratos de suministros de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente» —art. 38.3.c)— (33), así como los «contratos de servicios con reserva» (Disp. Adic. primera), lo que no es conforme con la Directiva finalmente aprobada. El texto que figuraba en la Posición Común de 1995 se acercaba ya bastante —con algún matiz diferenciador— a la redacción definitiva.

Todavía resta esbozar alguna consideración en torno al ámbito subjetivo de la normativa analizada, en concreto si existe identidad en la concepción del sujeto al que se procura dar protección en ambas normas: el consumidor en la Directiva, el comprador «destinatario final» en la LOCMI. Mientras que la Directiva opta claramente por una noción estricta de «consumidor final», restringida al destinatario final de bienes para un uso estrictamente privado, personal, familiar o doméstico, excluyendo cualquier uso profesional de los mismos (34), la noción de «destinatario final», utili-

(31) El precepto continúa estableciendo que «... excepcionalmente en el caso de las actividades de esparcimiento al aire libre, el suministrador puede reservarse el derecho de no aplicar el apartado 2 del artículo 7 en circunstancias específicas». El artículo 7.2 dispone: «En caso de no ejecución del contrato por parte de un proveedor por no encontrarse disponible el bien o el servicio objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes las sumas que haya abonado y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.»

(32) Cuyo artículo 3 proponía la no aplicación de la Directiva a «los servicios con reserva» y a «los contratos de suministro: de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes de hogar de consumo corriente; de servicios de consumo corriente».

(33) El artículo 5.2.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece «la prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para venta al público. Reglamentariamente, se regulará el régimen de autorización de ventas directas a domicilio que vengán siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional». Por su parte, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, excluye de su ámbito de aplicación «a los contratos relativos a productos de alimentación, bebidas y otros bienes consumibles de uso corriente en el hogar, suministrados por proveedores que realicen a tales efectos desplazamientos frecuentes y regulares» (art. 2.1.6.º).

(34) Artículo 2, 2): «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por ... "consumi-

zada para la definición del comercio minorista a los efectos de la LOCMI, ha de entenderse referida a todo sujeto que adquiere un producto para su uso o disfrute según su naturaleza, ya sea un uso personal, doméstico o profesional (35), asemejándose más a aquella otra noción más amplia del consumidor como cliente (36). En nuestra opinión, la LOCMI extiende el beneficio de los derechos por ella reconocidos al comprador que se comporte como destinatario final —lo que excluye a aquellos adquirentes, comerciantes a su vez, que compren los productos con el objeto de reintroducirlos en el mercado— en el sentido amplio indicado, independientemente del destino y uso privado o profesional deparado a los bienes adquiridos (37).

No obstante, desde el punto de vista del objetivo trazado en este trabajo, ceñido, como se previno, a advertir determinados aspectos de la normativa española necesitados de adecuación a la Directiva, la cuestión planteada carece de relevancia. Si se concluye que el legislador español ha optado por otorgar una más amplia cobertura subjetiva respecto a la protección derivada del régimen de ventas a distancia, ello es conforme con el carácter de *cláusula mínima* de la Directiva. Esta última apreciación puede considerarse avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas formulada con ocasión de una cuestión en buena medida extrapolable a la planteada y referida a una materia cercana a la que contemplamos. La Sentencia *Di Pinto*, de 14 de marzo de 1991, considera que la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, no se opone a que una

dor”: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.»

(35) En este sentido, P. ESCRIBANO COLIADO, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (coord. por R. BERCOVITZ y J. LEGUINA), Madrid, 1997, pág. 40.

(36) Un estudio de las distintas nociones de consumidor y, en concreto, de la establecida en la LCU en A. BERCOVITZ, *Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 3, 1984, págs. 11 ss. Trabajo reproducido en Alberto BERCOVITZ y Rodrigo BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 100 ss. Un resumen actualizado de aquel trabajo en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coordinado por R. BERCOVITZ y J. SALAS), Madrid, 1992, págs. 17 ss. También sobre la noción de consumidor, G. A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 18, 1990, págs. 51 ss.; Thierry BOURGOIGNIE, *Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 24, 1992, págs. 23 ss., en especial págs. 24-25; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *El Derecho del consumo: ¿Una disciplina jurídica autónoma?*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 22, 1991, págs. 11 ss., en concreto págs. 14-19.

(37) Coincidimos con R. BERCOVITZ en que, en el caso de los contratos a distancia, «hay que entender que los preceptos de la Ley se aplican también a los destinatarios finales no consumidores, aunque ciertamente con un carácter distinto, ya que, mientras que tienen naturaleza imperativa a favor de los consumidores, su naturaleza es únicamente dispositiva con respecto a los demás destinatarios finales (art. 48)»; en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 666.

normativa nacional sobre ventas a domicilio extienda su campo de protección a los comerciantes (38).

b) *Respecto a las obligaciones de información previa*

Uno de los medios con que se trata de paliar la inseguridad que genera en el consumidor la falta de presencia física del comerciante y de los productos en esta modalidad de venta es la imposición de abundantes requisitos informativos tanto previamente como a la ejecución del contrato.

Nuevamente en este punto se observa un desfase entre ambos órdenes normativos provocado por el apego del legislador español al texto de la Propuesta de Directiva inicial, toda vez que a partir de la Posición Común se produce un giro sustancial, con el abandono del planteamiento precedente en términos de «incitación a contratar» (39), que conduce a una reestructuración de los artículos correspondientes a la información al consumidor. De ahí ya surge el esquema finalmente aprobado, que distingue entre informaciones previas (art. 4) y confirmación escrita de la información (art. 5).

b.1) El primero de estos preceptos establece con bastante detalle toda una serie de aspectos sobre los que ha de informarse al consumidor previamente a la celebración del contrato (identidad del proveedor, características del producto, precio, modalidades de pago, etc.), las reglas y principios que deben regir dicha transmisión de información (expresión clara y comprensible, transmisión por un medio adecuado, principios de buena fe y protección de menores), así como una cláusula específica prescribiendo la identificación del proveedor y la declaración de la finalidad comercial del contacto al inicio de las ofertas telefónicas.

No sólo la LOCFI (arts. 39 y 40), los siete textos legales autonómicos señalados anteriormente se ocupan de esta cuestión en términos no demasiado disímiles, ligando en todos los casos a la realización de la oferta de venta —la Directiva no lo apareja estrictamente a dicha actividad— un contenido informativo obligatorio.

En líneas generales, todos estos textos coinciden entre sí y con el correspondiente de la Directiva en la exigencia de ciertos requisitos esenciales (identidad del proveedor, características del producto, precio, gastos de entrega...). No obstante, algunos requisitos informativos exigidos por la Directiva sólo son recogidos por algunos textos internos —como es el caso de la existencia de un derecho de resolución, únicamente previsto en los textos catalán y canario—, mientras que otros están ausentes en la totalidad

(38) Vid. al respecto L. BERENGUER FUSTER, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de protección del consumidor*, «Rev. Estudios sobre Consumo», núm. 39, 1996, pág. 46.

(39) Vid. punto 5 de la Memoria que acompaña a la Posición Común núm. 19/95, de 29 de junio («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 9).

de ellos, como la mención del «coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica», el «plazo de validez del precio», «la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida», o la cláusula que estipula que «en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada»; aspectos que habrán de ser oportunamente completados.

Un aspecto puntual, aparentemente menor pero muy controvertido en el proceso de elaboración de la Directiva, ha sido la conveniencia de incluir como dato obligatorio de la información previa la dirección del proveedor. Posicionado el Parlamento Europeo en el sentido de exigir dicho requisito (40), su pretensión es rechazada repetidamente por la Comisión en base a débiles argumentos (41), llegando a la solución de compromiso finalmente recogida en la Directiva en el sentido de exigir la dirección del proveedor solamente en caso de contratos que requieran pago por adelantado.

Algunos textos autonómicos exigen la mención del domicilio por parte del proveedor en todo caso (País Vasco, Andalucía); en otros pudiera interpretarse incluido en la exigencia de los «datos de identificación de la empresa oferente» (Valencia, Galicia, Aragón); los dos textos restantes (Cataluña, Canarias) no lo mencionan. La LOCMÍ tampoco recoge entre sus exigencias dicho requisito, no obstante lo cual las necesidades de adaptación a la Directiva en este punto se reducen al supuesto de un «pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo» (art. 43.2), único caso en que la Ley española admite el requerimiento de un pago por adelantado.

b.2) El segundo de los preceptos se ocupa de establecer la obligación, a cargo del proveedor, de facilitar al consumidor durante la ejecución del contrato un documento conteniendo toda una serie de datos allí determinados en garantía de la posición de este último.

El precepto correspondiente en la LOCMÍ se localiza en su artículo 47. Por su parte, en el actual estado de la legislación autonómica no existe una previsión similar.

Signo de los tiempos, llama la atención el debate suscitado en el curso de la elaboración de la norma comunitaria acerca del significado actual a

(40) Vid. enmienda núm. 19 sobre Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva inicial («DOCE», núm. C 176, de 28 de junio de 1993, pág. 90) y posterior enmienda núm. 10 a la Posición Común del Consejo, que tampoco recogía dicho requisito («DOCE», núm. C 17, de 22 de enero de 1996, pág. 53).

(41) «Para algunas tecnologías, no resulta fácil cumplir este requisito y, además, no es indispensable para los consumidores. ¿Acaso el consumidor que hace un pedido utilizando un microordenador (Minitel) necesita conocer la dirección exacta del proveedor?» Es la explicación que la Comisión ofrece al rechazo de la enmienda del Parlamento al texto de la Posición Común del Consejo en exigencia de dicho requisito [Serie COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 5].

otorgar a la expresión «por escrito», de tanta raigambre en el ámbito jurídico; asunto paradigmático en el campo de las ventas a distancia. «Si un documento se remite mediante correo electrónico y, en consecuencia, se almacena en la memoria del ordenador del consumidor, ¿puede considerarse un documento escrito?» (42). Desde luego que una información es «por escrito» en cuanto utilice ese medio de expresión, simplemente. La novedad reside en que actualmente es posible —y completamente usual— poner «lo escrito» sobre diferentes soportes además del tradicional soporte de papel (memoria del ordenador, *diskettes*, *CD rom*, etc.), siendo transmisible este escrito a sujetos alejados que, a su vez, tienen la posibilidad de recepcionarlo en el soporte de su elección.

El legislador comunitario ha sido certero al disponer sencillamente que la información ha de ser recibida por el consumidor en un soporte duradero a su disposición, cubriendo con ello debidamente el objetivo perseguido por la norma. No por ello debe dejarse de señalar cierto toque confuso en la redacción utilizada:

«El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero» (art. 5.1).

La sintaxis del párrafo parece contraponer dos términos —la confirmación o es por escrito o mediante otro soporte— que, sin embargo, no son excluyentes entre sí; por el contrario, es usual que se presenten integrados. Da la sensación de que se ha querido contraponer el tradicional escrito sobre papel al contenido en otro soporte durable. ¿Admitiría otra lectura la licencia de que tal información sea prestada por medio de la imagen, o del sonido, o de ambos, a través de un soporte duradero (*cassette*, vídeo, etc.)? La extensión de estas prácticas está a la vuelta de la esquina (43), por lo que conviene ir planteando si las mismas podrían menoscabar de alguna manera los legítimos intereses de los consumidores en relación con sus necesidades de información. A nuestro juicio, una información verbal susceptible de ser grabada puede cubrir sin reservas dichas necesidades, aunque parece conveniente seguir manteniendo la obligatoriedad de informar por escrito —tal como hace la Directiva— sobre los aspectos directamente relacionados con el ejercicio del derecho de resolución. Todas estas cuestiones deberían ser objeto de reflexión al plantear la adaptación europea del texto español, cuyas exigencias en este punto se circunscriben al deber de facilitar «información escrita» al comprador (art. 47, primer párrafo).

En todo caso, la Directiva mantiene la exigencia de dos facetas infor-

(42) Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la Posición Común del Consejo [Serie COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 4]. Vid. las interesantes consideraciones sobre los documentos electrónicos de M. A. DAVARA RODRIGUEZ, *El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica*, «Rev. Actualidad Informática Aranzadi», núm. 24, julio 1997, págs. 14 ss.; del mismo autor, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997, págs. 349 ss.

(43) Una vídeo-conferencia de escasa duración a través de *Internet* es, hoy por hoy, probablemente menos costosa que un envío postal.

mativas ausentes de la actual redacción de la LOCFI: la relativa a los servicios postventa y a las garantías comerciales existentes (44) y la concierne a las condiciones de rescisión en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año.

Por otra parte, el apartado segundo del artículo 5 de la Directiva exige el cumplimiento del deber de confirmación escrita de la información a los «servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten de una sola vez, y cuya facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación», a excepción del dato de la dirección del proveedor donde presentar reclamaciones. Este matiz no es tenido en cuenta por la Disposición adicional primera de la LOCFI, relativa a los contratos de prestación de servicios.

Por contra, la LOCFI va más allá de las exigencias de la Directiva en materia de información sobre las condiciones de ejercicio del derecho de resolución, implantando la obligación, a cargo del vendedor, de proporcionar al comprador un «documento de desistimiento o revocación» —art. 47.c)— que ha de facilitar el ejercicio del susodicho derecho a este último, por lo que no ha de ser incompatible con la Directiva (45).

c) *Respecto al derecho de resolución*

La regulación del derecho de resolución del contrato contenida en el artículo 6 de la Directiva ofrece diferencias notorias en relación a la fijada en los artículos 44 y 45 LOCFI, que son los que se ocupan de esta cuestión en nuestro Derecho interno, careciendo las Comunidades Autónomas de competencias normativas al respecto.

Para empezar, el plazo de siete días para rescindir el contrato, establecido por el artículo 44.1 LOCFI en cómputo civil, habrá de ser ajustado al fijado por la Directiva en días laborables.

La Directiva ofrece indicaciones específicas en relación con la determinación del *dies a quod* para el cálculo del plazo de ejercicio del derecho de resolución en relación con los contratos de servicios, de las que la LOCFI carece.

La Directiva establece la ampliación del plazo de ejercicio del derecho de resolución hasta un máximo de tres meses para los supuestos de inobservancia de las obligaciones informativas previstas en el artículo cinco. La

(44) Aspecto sugerido entre las observaciones específicas del Dictamen del Comité Económico y Social a la Propuesta de Directiva inicial («DOCE», núm. C 19, de 25 de enero de 1993, ap. 4.6, pág. 113), posteriormente recogido en la Propuesta modificada.

(45) Semejante opción se adoptó en el artículo 3 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que tuvo por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo 85/577, de 20 de diciembre, que tampoco imponía exigencias en este sentido. Aunque —como ha señalado MARÍN LÓPEZ— la Ley 26/1991 establece al respecto un nivel de garantía y protección del comprador a domicilio mayor que el ahora establecido para el comprador a distancia por las condiciones en que allí ha quedado configurada la aludida obligación. Vid. J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 349-350.

norma española no contiene ningún tipo de previsión asociada al incumplimiento de las obligaciones de información estatuidas en su artículo 47, por lo que parece necesario completar la normativa actual en el sentido indicado (46), estableciendo como consecuencia civil (47) inmediata del incumplimiento de los deberes de confirmación de la información, la ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento al menos hasta tres meses.

Otro aspecto que habrá de ser objeto de introducción por la norma de transposición, ante el silencio de la actual, es el mandato comunitario de celeridad en la devolución de las cantidades abonadas previamente por el consumidor en el caso de que se haya ejercido el derecho de rescisión, que, en todo caso, no deberá superar el plazo de treinta días (48).

Tanto la Directiva como la LOCFI establecen una serie de supuestos contractuales excepcionados de la aplicación del derecho de desistimiento (arts. 6.3 y 45, respectivamente). Tampoco hay coincidencia en la lista de contratos excluidos:

— La Directiva excepciona los contratos de «prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1». Debe manifestarse la conveniencia de recoger la regla expuesta en la norma de transposición. Aunque, aparentemente, toda nueva excepción a la posibilidad de ejercicio del derecho de desistimiento puede parecer una medida en detrimento del consumidor, la propia dinámica comercial reclama en este supuesto una disposición como la prevista atendiendo a las especificidades de los contratos de prestación de servicios. Dado que en éstos el plazo de reflexión de siete días se comienza a contar desde el día de celebración del contrato, y dada la pérdida, generalmente irreparable, que las empresas experimentan en los casos de ejercicio de un derecho de resolución sobre un servicio ya prestado en todo o en parte, éstas tenderán a retrasar la ejecución, al menos durante el plazo indicado, con el objeto de no correr riesgos en este sentido. La norma comunitaria transcrita permite al consumidor que así lo considere oportuno, en su propio beneficio, ganar en celeridad en la prestación efectiva de los servicios contratados a distancia.

— La Directiva excepciona los contratos «de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o pue-

(46) Así, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 719.

(47) Vid. comentario desde esta perspectiva de M. PASOUAU LIANO, en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (dirigida por J. L. PIÑAR MAÑAS y E. BELTRÁN SÁNCHEZ), Madrid, 1997, págs. 357 ss.

(48) En este sentido, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 721. Resultan ilustrativos los resultados del análisis comparativo que bajo el título *Televenda* publica la Revista «OCU-Compra Maestra», núm. 205, septiembre 1997, págs. 29 ss. (en especial, cuadro pág. 34), en el que se ponen de manifiesto las situaciones poco favorables para el consumidor provocadas por la ausencia de normativa al respecto, verificando plazos de devolución efectivos, en general, muy por encima del previsto en la norma comunitaria.

dan deteriorarse o caducar con rapidez». Ello obliga al legislador español a modificar el artículo 38.3.b) de la LOCMI, por el que se excluye del ámbito de aplicación del régimen de ventas a distancia en su totalidad a «los productos realizados a medida», en detrimento del consumidor en comparación con la disposición comunitaria.

— Otra excepción recogida por la Directiva que habrá de ser objeto de ajuste es la relativa a «suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor» (49). La correspondiente norma de la LOCMI (art. 45.3) extiende genéricamente la excepción a las «ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos». Como se puede observar, la norma comunitaria limita los supuestos excepcionados al mínimo, permitiendo el ejercicio del derecho de devolución para el caso de suministro de libros (50), de productos destinados a la higiene corporal (51), e incluso, en relación con los bienes enumerados susceptibles de reproducción, siempre que no hubiesen sido desprecintados por el consumidor.

— La excepción prevista en la LOCMI, relativa a «los contratos celebrados con intervención de fedatario público», debe ser eliminada para su ajuste a la Directiva, que no la contempla (52).

— Habrá de valorarse la conveniencia de introducir como excepciones al derecho de desistimiento los supuestos —recogidos por la Directiva y ausentes del texto estatal— de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas, «cuyo contenido pierde muy pronto actualidad», y de servicios de apuestas y loterías, «habida cuenta de sus formas específicas de funcionamiento» (53).

El artículo 6.4 de la Directiva dirige a los Estados miembros un mandamiento de adopción de las medidas necesarias para que, en caso de que

(49) Vid., en este sentido, R. BERCOVITZ, en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación...*, cit., pág. 726.

(50) La Comisión argumenta que «se ha observado que los sistemas de venta de libros (clubs) permiten ya que el consumidor consulte los libros». Incluirlos entre las excepciones al derecho de resolución sería, pues, «un paso atrás con relación a las prácticas comerciales existentes». Vid. Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento a la posición común del Consejo [COM (96) 36 final COD 411, de 7 de febrero de 1996, pág. 6].

(51) En la Exposición de Motivos que acompaña a la Posición Común de 1995 se manifiesta expresamente que «el Consejo no juzgó oportuno excluir los productos de higiene corporal», frente a las previsiones en tal sentido en textos anteriores («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12).

(52) Fue expresamente eliminada de la lista de supuestos excepcionados presente en textos anteriores, a partir de la Posición Común, por expreso deseo del Consejo. Vid. Exposición de Motivos que acompaña a la Posición Común de 1995 («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12). La necesidad de hacer desaparecer la indicada exclusión a la aprobación de la Directiva es señalada por M. PASQUAU LIAÑO, *Comentarios...*, cit., pág. 350.

(53) Vid. Memoria que acompaña a la Posición Común de 1995 («DOCE», núm. C 288, de 30 de octubre de 1995, pág. 12).

el precio de un bien o servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor o mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quede resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución. Dicha previsión es verificada en la LOCMI en los siguientes términos: «En el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal implicará la resolución de aquél» (art. 44.1, párrafo segundo). Además, resultan de aplicación al caso las normas de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; en especial las reglas dispuestas en su artículo 15 en relación con los contratos vinculados.

A la vista de este aparato dispositivo debe observarse la conveniencia de puntualizar en la norma de transposición el efecto resolutorio del contrato de crédito para el caso de que el prestatario sea un tercero ligado al proveedor por un acuerdo previo, en el sentido indicado por el segundo guión del artículo 6.4 de la Directiva. Su concreción en la correspondiente norma de Derecho interno, trabando estrechamente su suerte a la del contrato de venta a distancia del que trae causa, ha de ahorrar, a buen seguro, ulteriores problemas de interpretación que, con la redacción actual, ya se han comenzado a suscitar (54).

d) *En relación con la ejecución*

Dos aspectos concretos, no contemplados en la normativa española, habrán de ser tenidos en cuenta en el planteamiento de la incorporación de la Directiva en este terreno.

Por una parte, la previsión de la inexecución del contrato por el vendedor por indisponibilidad de lo encargado. Las consecuencias previstas para el caso de producirse tal evento en el artículo 7.2 de la Directiva se re-

(54) Así, PASQUAU LIAÑO plantea la posibilidad de una interpretación extensiva del artículo 44.1, párrafo 2.º: «Tal y como está redactado este precepto, se estaría yendo más lejos de lo que dispone el artículo 14.2 de la Ley de Créditos de Consumo, de 23 de marzo de 1995, pues parece abarcar también los supuestos de financiación externa, sin acuerdo previo entre proveedor y prestamista», argumentando a continuación a favor de una «interpretación en línea con la regla general, que es sin duda la que se establece en la Ley de Créditos de Consumo»; en ob. col. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista...*, cit., págs. 345-346. Otros problemas aparecen conectados con las dificultades de aplicación, en sus propios términos, de las reglas estatuidas en la Ley de Crédito al Consumo para los contratos vinculados (art. 15), en cuanto que en este precepto se apareja el ejercicio de derechos frente al prestatario a eventuales incumplimientos por parte del proveedor; requisito ajeno al caso de las ventas a distancia en las que el desistimiento es un acto expresivo de la libre voluntad unilateral en uso de un derecho concedido por la Ley. Por otra parte, la Ley de Crédito al Consumo supedita el ejercicio de los derechos frente al prestatario a la existencia de una cláusula de exclusividad entre éste y el proveedor —art. 15.1.b)—, condición cuya aplicación al supuesto de ventas a distancia sería contraria a lo dispuesto en la Directiva; vid. al respecto J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 331-332.

conducen a la obligación de informar de la incidencia al consumidor, así como la rápida devolución de las sumas previamente abonadas, como máximo, en un plazo de treinta días. Este segundo aspecto carece prácticamente de relevancia entre nosotros atendiendo a la prohibición, casi general, de exigir pagos por anticipado en la contratación a distancia dimanante del artículo 43.2 LOCMI.

De otra parte, la cuestión de los llamados suministros de «sustitución». El artículo 7.3 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros permitan que el proveedor suministre al consumidor un producto de calidad y precio equivalentes al realmente solicitado si ello hubiere quedado previsto antes de la celebración del contrato, o en el propio contrato, informando al consumidor de esta posibilidad de forma clara y comprensible. En caso de ejercicio del derecho de resolución, los gastos de devolución correrán a cargo del proveedor en estos casos. Por otra parte, el suministro de un producto bajo estas condiciones no podrá ser calificado como «envío no solicitado». Dado el carácter potestativo del precepto, la norma de transposición debería pronunciarse en el sentido de, o bien no permitir estas prácticas o, caso de permitir las, someter su ejercicio a los requisitos establecidos en el precepto aludido, a los que se podrían añadir otros más restrictivos.

e) *Técnicas restringidas*

La norma de transposición deberá hacerse eco de que la utilización por el vendedor a distancia de un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o de fax, requerirá la obtención por su parte del consentimiento previo del consumidor (art. 10.1 Directiva).

4. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA INTERNA

No parece dudoso afirmar que la materia sobre la que viene a incidir la Directiva se halla sometida a reserva material de ley en cuanto afecta al ámbito de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 en relación con el 53.1) y, de manera añadida, conforme a la previsión del artículo 51.3 de la Constitución (55). La formalización legal operada en este terreno, tanto por el legislador estatal como por el autonómico, como se ha visto, permite confirmar la necesidad de actuar con normativa de este rango de cara a las correspondientes labores de integración normativa interna.

Mayor complejidad presenta la tarea de dilucidar el legislador obligado —estatal, autonómico y, en este último caso, en qué medida cada cual— a llevar a cabo las correspondientes adaptaciones. Evidentemente, ello ven-

(55) Artículo 51.3: «En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»

drá en función de la titularidad competencial asumida sobre cada una de las materias incididas por la Directiva. No obstante, el entrecruzamiento de títulos habitualmente señalado en este ámbito —defensa de los consumidores, comercio interior, bases de las obligaciones contractuales, defensa de la competencia— complica enormemente la tarea de determinar con cierta precisión cuáles sean las cuestiones asignadas a cada entidad territorial. Parece conveniente a dicho fin partir del examen del espacio ocupado respectivamente por los legisladores estatal y autonómico, que aparece plasmado en el desarrollo de las regulaciones reseñadas anteriormente, en cuanto se ajusta con bastante fidelidad al diseño de reparto competencial operado por el Tribunal Constitucional, una vez depurado por éste algún que otro aspecto puntual.

El espacio reservado al legislador estatal en materia de comercio interior experimenta una notable expansión manifestada a través de la LOCM. El artículo primero de esta Ley declara tener como objeto el establecimiento del régimen jurídico general del comercio minorista y la regulación de 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». Por su parte, la Disposición final única reitera que la Ley «será de aplicación supletoria en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en estas materias», para a continuación declarar la aplicación general de más de la mitad de los preceptos de la Ley, bien en calidad de normas de aplicación directa y excluyentes de cualquier otra, basadas en la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación civil y mercantil —listado de artículos de los párrafos segundo y tercero de la Disposición final— o las reglas de procedimiento administrativo común —párrafo quinto—, bien en calidad de normas básicas, susceptibles de desarrollo autonómico, dictadas al amparo de la competencia exclusiva del Estado para enunciar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica —lista de artículos del párrafo cuarto—.

Específicamente, cinco de los once artículos dedicados por la LOCM a la regulación de las ventas a distancia —arts. 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 los derechos*)— constituyen legislación civil y mercantil según la Disposición final indicada, por lo que son de aplicación general a todo el Estado. También es calificada como legislación civil y mercantil la Disposición adicional primera, que extiende la aplicación del régimen de las ventas a distancia a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios.

Otros preceptos, aun a falta de una calificación similar, resultan de hecho de aplicación general por su conexión necesaria con otros de esa cualidad. Es el caso del apartado 1 del artículo 38, que contiene la definición de lo que se consideran ventas a distancia, constituyendo, en consecuencia, un elemento integrante del presupuesto de hecho al que son de aplicación

las reglas contenidas en los cinco artículos mencionados (56). Dicho de otra manera, ello significa que esas reglas serán de aplicación a las ofertas o contratos de venta a distancia tal y como se encuentran definidos por el artículo 38.1 con alcance general, con independencia de la posibilidad de que una de las Leyes autonómicas en la materia pueda establecer un concepto distinto de venta a distancia a sus propios efectos.

Igualmente es conflictiva la caracterización como meramente supletorio del artículo 42 de la LOCMI, que establece la prohibición de envíos no solicitados y las consecuencias civiles aparejadas a la infracción de dicha prohibición. Por una parte, el precepto contenido en el artículo 41.2 se sustenta en el contenido del artículo 42, al que se remite: «*Si el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente*» (art. 41.2). Dada la consideración formal del artículo 41 como legislación civil y mercantil, parece un contrasentido no calificar de la misma manera el artículo 42, al que aquél reenvía (57).

De otra parte, la caracterización llevada a cabo por el legislador estatal del artículo 42 como precepto de aplicación meramente supletoria no es conforme con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional con ocasión de idéntico supuesto. La STC 264/1993, de 22 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno contra la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón, se ocupa, entre otras cosas, de delimitar las competencias estatales y autonómicas en materia de envíos no solicitados. Precisamente uno de los preceptos objeto de impugnación era el artículo 24 de la indicada Ley, que establecía:

«En ningún caso serán admisibles las modalidades de venta consistente en la remisión al comprador de bienes u ofertas de servicios con el fin de provocar su tácito consentimiento, de forma que si no desea su adquisición se vea obligado a devolverlos al vendedor. *En tales supuestos la persona a quien van dirigidos los bienes, productos y servicios no contrae ninguna obligación de pago, depósito o restitución de los objetos o documentos enviados*» (58).

El Tribunal resuelve declarando constitucionalmente lícito el primer inciso de este precepto, que establece «... una prohibición de una determinada modalidad de venta condicionada, prohibición la cual persigue impedir la coacción que para los clientes supone la presunción de adquisición de un producto, no concertada con anterioridad, caso de que no se

(56) Lo que se expresa respecto al artículo 38.1 es predicable *mutatis mutandi* del párrafo 3 del mismo artículo, referido a las exclusiones del régimen de ventas a distancia.

(57) Vid. comentario al respecto en J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 306 y 310.

(58) Se destaca en cursiva el segundo inciso, declarado inconstitucional.

proceda a su devolución. Esta norma legal, dirigida contra semejante práctica comercial abusiva, halla, pues, su fundamento competencial en la protección del consumidor...» (FJ 4, C). Por el contrario, considera que el segundo inciso «debe reputarse inconstitucional desde la perspectiva del orden competencial, puesto que, con independencia de que otras normas generales del ordenamiento lo conviertan en innecesario, la determinación de los supuestos de exención de las obligaciones civiles o mercantiles y, más en general, de las consecuencias *inter privados* del incumplimiento de las prohibiciones legales —en relación, en este caso, con el ejercicio de una modalidad de venta condicionada expresamente excluida por la Ley autonómica— corresponde indudablemente al legislador estatal, en virtud de los títulos competenciales invocados por el recurrente...» (FJ 5), que eran precisamente los dimanados del artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución (59).

Las Comunidades Autónomas ostentan competencias para establecer o no una prohibición de los envíos no solicitados. También para establecer, en su caso, el cuadro de sanciones aplicable en caso de infracción. Pero no están habilitadas competencialmente para disponer cuáles sean las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la aludida prohibición en el ámbito de las relaciones civiles, lo que constituye precisamente el grueso del contenido del artículo 42 de la LOCMI (60). En consecuencia, se estima que, pese a la falta de calificación legal, la mayor parte del contenido de este artículo (61) debe ser considerado legislación civil reservada al Estado y, por tanto, de aplicación directa en todo el territorio nacional.

Por las mismas razones, no parece acertada la consideración del contenido del artículo 43 como meramente supletorio. En este artículo se dispone un plazo máximo de treinta días para la ejecución del pedido de no indicarse en la oferta otro distinto, así como una regla aplicable al momento de pago; es decir, reglas moduladoras de las respectivas obligaciones de ejecución del contrato a cargo del vendedor y del comprador, de aplicación a un tipo específico de contratos: los de venta a distancia. No parece dudoso aventurar que dichas previsiones «contienen una reglamentación jurídica privada de tales ventas» (62), integrante, en consecuencia, del acervo de legislación civil y mercantil de competencia estatal, por lo que no se comprende bien la no inclusión del artículo 43 en el listado del párrafo segundo de la Disposición final única de la LOCMI. Es más, como ha notado MARÍN LÓPEZ, «la calificación del artículo 43 como precepto supletorio contrasta con la caracterización del artículo 46 como competencia exclusi-

(59) El Tribunal remite ambas argumentaciones a las anteriormente vertidas en la Sentencia 88/1986, de 1 de julio («Ley catalana de rebajas»), en su fundamento jurídico 8.^o, c).

(60) Vid. comentario de J. J. MARÍN LÓPEZ, en ob. col. *Ordenación del comercio minorista...*, cit., págs. 310 y 311.

(61) En puridad, todo su contenido, excepto el primer inciso de su apartado primero.

(62) A. CARRASCO PERERA y E. CORDERO LOBATO, *Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales*, «Rev. Derecho Privado y Constitución», núm. 5, 1995, pág. 49.

va del Estado amparada en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, siendo así que también en este último precepto se refiere al pago, y más en concreto al pago con tarjeta de crédito» (63).

En todo caso, ninguna de las Leyes autonómicas de ordenación del comercio contiene previsiones similares a las contenidas en el artículo 43. En todas ellas, eso sí, se dispone como contenido informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia la mención del plazo de envío de los productos solicitados y, en la mayoría, la referencia a las condiciones de pago.

Por último, el artículo 47 LOCMI —considerado igualmente como de aplicación supletoria— establece la obligación a cargo del comerciante de facilitar un documento por escrito conteniendo la información exigida para las propuestas, su dirección (en su caso), las condiciones de crédito o pago escalonado, así como el documento de desistimiento o revocación. En el actual estado de la legislación autonómica en la materia no existe una previsión similar. Como se habrá notado, por parte de la Directiva se aparejan consecuencias civiles al incumplimiento, o al cumplimiento tardío, de la mencionada obligación.

A la vista de lo anterior, puede mantenerse que la espina dorsal del régimen jurídico dispensado por el ordenamiento jurídico español a las ventas a distancia viene constituida por las reglas contenidas en los diferentes artículos de la LOCMI, que gozan de aplicación directa en su mayor parte, en los términos expresados.

Afirmada la competencia del Estado sobre el grueso de las materias requeridas de adaptación a la Directiva, debe concluirse que corresponde al legislador estatal su ejecución normativa. Dos planteamientos de política legislativa parecen plausibles a dichos efectos. De una parte, operar una modificación de calado sobre el Capítulo II del Título III de la LOCMI, cuyo plantel actual de artículos bien pudieran adaptarse a las exigencias de adecuación requeridas con sólo reestructurar la localización de algunos preceptos. La otra posibilidad es la promulgación de una ley específica para las ventas a distancia que, derogando el Capítulo mencionado, abordase separadamente la transposición de la Directiva. De las dos opciones, parece preferible la primera por razones de sistemática, manteniendo la localización del régimen de las ventas a distancia en el Título III de la LOCMI, dedicado precisamente a la regulación de las «Ventas especiales». De operarse la segunda, serían ya dos las modalidades especiales de venta cuya regulación no constase entre las comprendidas en dicho Título (64).

(63) *Ordenación del comercio minorista...*, cit., pág. 318.

(64) La otra es la venta domiciliaria, cuya regulación se contiene en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre. La inclusión de dicha modalidad de venta dentro de la relación de ventas especiales contenida en el artículo 36.1 LOCMI fue postulada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado a través de la enmienda núm. 118 (vid. «BOCG», Senado, Serie III B, de 23 de octubre de 1995; y la defensa de la misma en el Pleno en el «Diario de Sesiones del Senado», núm. 98, 1995, pág. 5121). Es de señalar que la LOCMI contiene una referencia a esta modalidad comercial, tipificando como infracciones graves «el incumplimiento del régimen establecido en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, para las ventas domiciliaria» —art. 65.1.n)—. En su Informe sobre *La proposición de Ley de Comercio* (Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pág. 158), MARTÍNEZ LÓPEZ

Resta, sin embargo, un aspecto singular respecto al cual la respuesta difiere: el relativo a la determinación de los requisitos informativos de las ofertas comerciales de venta a distancia, necesitado de algunos ajustes, como se ha puesto de manifiesto en el contraste entre ambos órdenes normativos.

La caracterización como supletorios de los preceptos de la LOCMI que abordan dicha cuestión encaja con la unánime regulación que recibe por parte de los siete textos legales autonómicos a los que se ha hecho referencia. Lo que, a su vez, está en sintonía con la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional viene precisando al respecto, que vincula el tema de la imposición de obligaciones informativas a los comerciantes a la atribución competencial sobre defensa de los consumidores.

Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional ha confirmado que «la competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios comprende la de establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta, siempre, claro está, que se refieran a derechos que vengán reconocidos en normas aprobadas por el legislador que ostente la competencia para ello» (STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 5). Así, parece claro que las Comunidades Autónomas que tengan atribuida competencia legislativa sobre defensa de los consumidores y usuarios pueden establecer el contenido informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia en base a ese título, prescindiendo del que ostenten respecto a la ordenación del comercio interior. También, que ello no puede suponer el establecimiento por esa vía de un derecho para cuya regulación no se ostente la correspondiente competencia (65).

Conforme a ello, debe presuponerse que son las Comunidades Autónomas que tienen atribuida competencia exclusiva sobre defensa de los consumidores y usuarios las llamadas a cumplimentar la ejecución normativa

MUÑIZ/CALONGE VELÁZQUEZ/LAGUNA DE PAZ/GARCÍA DE COCA estiman «más adecuado... incorporar el contenido de la futura Directiva (sobre contratos a distancia) en la Ley de 1991 sobre contratos negociados fuera del establecimiento comercial, solución que ha sido adoptada en algún otro Estado miembro...».

(65) Este último fue el caso del artículo 12.e) de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, del Parlamento de Cataluña, de Comercio Interior, que establecía como dato informativo obligatorio de las ofertas de venta a distancia «el plazo máximo de reflexión, *no inferior a siete días*, durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha». Precepto que fue depurado por el Tribunal Constitucional eliminando el inciso que hemos resaltado en cursiva, declarándolo inconstitucional, argumentando que «basta con eliminar del artículo... aquellos elementos que contengan regulación del derecho de devolución que en el mismo se establece, dejando subsistente lo referente a la obligación informativa, que en su consecuencia debe entenderse referida al derecho de devolución previsto en las leyes estatales» (STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 5). Conforme a este criterio jurisprudencial ha de señalarse la inconstitucionalidad en que incurre el artículo 28.1.e) de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, al imponer como dato informativo para las ofertas de venta a distancia «el período de reflexión durante el cual el consumidor puede devolver el producto y recibir la cantidad satisfecha *que no podrá ser inferior a treinta días*». Obsérvese que, siendo seis meses posterior a la aludida Sentencia del Tribunal Constitucional, no recoge su doctrina. Por otra parte, salvo error por nuestra parte, no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

de la Directiva, ceñida a los aspectos estrictamente informativos. Es el caso de las siete Comunidades Autónomas a que nos venimos refiriendo, que cuentan con una normativa previa en este sentido que habrán de proceder a adaptar en la medida necesaria en cada caso. El examen de los diferentes preceptos autonómicos indica que bastará con añadir algunos requisitos exigidos por la norma comunitaria, y ausentes según qué textos, además de proceder a una redacción más precisa en relación a otros. En algunos de los textos, la operación exigirá la reforma de la delimitación del ámbito de aplicación, en el sentido ya señalado. La Comunidad Foral de Navarra, que también tiene atribuida competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores, debería proceder a dictar las correspondientes normas de transposición con el aludido contenido, en escrupuloso entendimiento de la doctrina constitucional.

El Estado, por su parte, debería incluir entre los contenidos de la norma de transposición que le corresponde dictar los requisitos de «información previa» bajo la consabida fórmula de «norma de aplicación supletoria en defecto de otras dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias». Dada la heterogeneidad del nivel de asunción competencial autonómico en este ámbito, puede corresponderle a dicha norma un triple papel que jugar: *a)* como norma básica en relación con aquellos territorios autonómicos cuya atribución competencial en este ámbito material se contrae a la función de «desarrollo legislativo y ejecución» (66); *b)* como norma única y de acabado completo para los territorios de las ciudades de Ceuta y Melilla, que carecen de competencia legislativa alguna; *c)* como norma supletoria para el caso de incumplimientos de sus deberes de ejecución normativa de la Directiva por parte de las Comunidades Autónomas obligadas a ello.

No parece que esta última función entre en contradicción con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional a propósito del papel de la cláusula de supletoriedad del 149.3 de la Constitución contenida en las Sentencias 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo. El propio Tribunal tiene declarado que «a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (art. 93 CE, conforme al que ha de interpretarse también el alcance de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE)» (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 3). La garantía del cumplimiento del Derecho Comunitario asignada constitucionalmente al Estado, junto con la necesidad de precaver la eventual responsabilidad patrimonial por los daños derivados de su incumplimiento, justifican el recurso por éste a la vía de la supletoriedad en estos casos, como una autorizada doctrina se ha encargado de señalar (67).

(66) Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia.

(67) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del*

El planteamiento anterior da respuesta a posibles problemas de inactividad autonómica en este sentido, pero deja sin resolver otro asunto trascendente: la posibilidad de que una o varias Comunidades Autónomas añadan exigencias informativas en más respecto a las establecidas por otras Comunidades o el Estado, arropadas bajo la cláusula de mínimos del artículo 14 de la Directiva, que permite adoptar disposiciones más estrictas dirigidas a garantizar una mayor protección al consumidor.

Tal eventualidad no ha de ser contemplada como un futurible de laboratorio, siendo así que aparece verificada en el actual estado jurídico-positivo. Así ocurre con el mandato de especificar entre los datos informativos el «sistema de reembolso» exigido por las Leyes catalana, andaluza y canaria, o el «plazo de envío» exigido por todos los textos autonómicos; requisitos no contemplados por la LOCMI ni previstos expresamente por la Directiva.

Ello acarrea un problema práctico de primer orden de cara a todas aquellas empresas que realicen ofertas de venta a distancia por un medio de comunicación cuya cobertura supere un territorio autonómico; supuesto bastante normal, como se comprenderá (publicaciones de ámbito nacional, cadenas de televisión o de radio del mismo ámbito, ofertas realizadas a través de *Internet*...). Se coloca así a estas empresas ante la delicada tesitura de intentar dar cumplimiento a diferentes requisitos añadidos al núcleo informativo común exigidos sólo en determinados territorios, so pena de incurrir en las correspondientes infracciones previstas en cada una de las normativas. En la evidencia de que el diseño de campañas singularizadas para uno o varios territorios aparejará en ocasiones dificultades técnicas difícilmente soslayables y, en todo caso, un aumento de costes rechazable, la situación descrita ha de forzar a las empresas a ajustar los contenidos informativos de sus ofertas de venta a distancia a un modelo omnicompreensivo de todos los requisitos previstos por el conjunto de la legislación estatal-autonómica sobre el particular. De verificarse esta suposición se hubiera llegado a una uniformidad ajustada al mayor nivel de exigencia; resultado aberrante por cuanto implicaría de facto la extensión del régimen impuesto por alguna de las Comunidades Autónomas al conjunto de todas ellas.

Quizás convenga ir planteando que la propia naturaleza de la venta a distancia, la vocación transnacional que está experimentando al socaire del vertiginoso desarrollo de los medios de comunicación en que se sustenta, repelen un planteamiento territorialmente limitado de la figura.

Esta consideración, unida al cúmulo de problemas que, como se acaba de exponer, conlleva una adecuación de la norma comunitaria apegada al

Estado respecto del de las Comunidades Autónomas (Sentencias constitucionales 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo), «REDA», núm. 95, 1997, pág. 414 (también en *Curso de Derecho Administrativo* —en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ—, vol. I., 8.ª ed., 1997, págs. 348-349); R. ALONSO GARCÍA, *Supletoriedad del Derecho estatal y ejecución del Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CE», Boletín núm. 123, mayo 1997; E. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*, núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 197-198.

actual *status* en que ha devenido el sistema de reparto competencial en la materia, nos lleva a sugerir la posibilidad de que el legislador estatal se plantease activar una alternativa de transposición de la Directiva diferente a la anteriormente considerada. En concreto, la caracterización como norma básica *ex* artículo 149.1.13.^a CE del precepto de la norma estatal de transposición relativo a las cargas de información previa, limitando las posibilidades autonómicas de desarrollo a prescripciones sobre las ventas a distancia practicadas a través de un medio cuya cobertura no superase el territorio autonómico (68). La licitud constitucional de dicha operación creemos que encuentra cumplida cobertura al amparo del genérico título estatal de ordenación general de la economía, respaldado por una nutrida jurisprudencia constitucional. Este título competencial construido por el Tribunal Constitucional, que —como explica TORNOS— viene presentando el efecto de permitir al Estado imponer su política económica y reducir el contenido de las materias económicas asumidas estatutariamente (69), en tanto «responde al principio de unidad económica» (STC 186/1988, de 17 de octubre), encuentra una de las justificaciones para su ejercicio en aquellos supuestos en que «la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación» (STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4).

De esta manera se propiciaría la descable resulta de un marco jurídico uniforme para las ventas a distancia (70) que garantice la protección de los consumidores pero, a la vez, respete la posición de los comerciantes, permitiendo el legítimo ejercicio de su actividad bajo unas reglas válidas en el

(68) Cfr. la anterior proposición, con la opinión vertida en otro contexto por M. SÁNCHEZ MORÓN: «En realidad, no hay más remedio que entender que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las ventas a distancia se limita a aquellas en que la propuesta sólo se difunde dentro de su respectivo territorio. En caso contrario, las diferencias de regulación pueden, aparte de crear confusión en los consumidores, alterar las reglas de la libre e igual competencia» (en ob. col. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. LEGUINA VILLA, Madrid 1997, pág. 1112). En relación con la regulación sobre ventas fuera de establecimiento, entienden A. CARRASCO y E. CORDERO que «al oferente que ingresa en el mercado nacional no se le puede exigir el cumplimiento de normativas diversas en función de la localización del potencial comprador del producto. En este caso, el capital puesto por el oferente en el ciclo de comercialización sí que circula en todo el mercado interior. Por el contrario, no infringe el principio de unidad de mercado una reglamentación autonómica de la venta a distancia que se aplique sólo a los oferentes ubicados en el territorio afectado por la regulación, y cuando la oferta se proyecte exclusivamente sobre tal territorio» (*Modalidades de venta...*, cit., pág. 44). Al respecto cabe señalar que la Ley canaria contrae el ámbito de aplicación de su normativa sobre ventas a distancia a los supuestos en los que «el establecimiento oferente esté ubicado en Canarias y la oferta se proyecte en exclusiva al territorio de esta Comunidad Autónoma» (art. 28.3).

(69) Vid. J. TORNOS MAS, «Ordenación constitucional del comercio», en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA)*, vol. V, Madrid, 1991, pág. 4129 *in fine*.

(70) A. CARRASCO PERERA y E. CORDERO LOBATO estimaban —respecto a la proposición de Ley de Comercio— «particularmente criticable que no se prevea la aplicación general de todos los preceptos destinados a las ventas a distancia»; en *Modalidades de venta: competencias estatales...*, cit., pág. 49.

contexto europeo. La intervención de la Conferencia sectorial para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (71), que asume entre sus funciones el tratamiento y resolución de los problemas acerca de la «técnica normativa (...) para incorporar las directivas al Derecho interno», bien pudiera resultar providencial de cara a la formación de una decisión al respecto (72).

(71) Regulada por Ley 2/1997, de 13 de marzo («BOE», núm. 64, de 15 de marzo).

(72) Al tiempo de corrección de pruebas tenemos noticia de la promulgación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de *Comercio Minorista de Castilla-La Mancha* («DOCLM», núm. 52, de 6 de noviembre). Como indica su Exposición de Motivos, esta Ley «respeta enteramente la regulación estatal de la venta a distancia», limitando su atención a la autorización de las ventas a distancia de difusión intrarregional y remitiendo en bloque a la aplicación de los preceptos de la LOCMI, vía supletoriedad. Las mismas circunstancias de tiempo excusan la ausencia de referencias puntuales al reciente trabajo de G. BOTANA GARCÍA, *Los contratos a distancia y la protección de los consumidores*, «Revista Estudios sobre Consumo», núm. 46, 1988, págs. 61 y ss.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

