

LA VENTA A DISTANCIA EN LA NUEVA ORDENACION DEL COMERCIO

■ JUAN JOSE MARIN LOPEZ



La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, contiene en sus artículos 38 a 48 la primera regulación estatal de las ventas a distancia. Con anterioridad, y en el ámbito de algunos territorios autonómicos, existía una normativa sobre esta materia, recogida en los arts. 32 y ss. de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia; arts. 23 y ss. de la Ley valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales; arts. 31 y ss. de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en la Comunidad Autónoma de Aragón; arts. 26 y ss. del Decreto Legislativo catalán 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el texto

refundido sobre Comercio Interior; arts. 27 y ss. de la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias, art. 22 de la Ley vasca 7/1994, de 27 de mayo, de Actividad Comercial; y arts. 28 y ss. de la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía.

Esta regulación autonómica persistirá ahora sólo en la medida en que lo permita el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas trazado por la nueva Ley (cfr. Disposición final de la Ley 7/1996).

El objeto de las páginas que siguen es dar una información sobre los aspectos más relevantes del novedoso régimen jurídico de la venta a distancia, bien entendido que la regulación con-

tenida en los arts. 38 a 48 se aplica no sólo a la venta a distancia, sino también a los contratos de prestación de servicios negociados a distancia, con las particularidades que señala la Disposición adicional primera de la Ley.

Con todo, los contratos de servicios celebrados a distancia plantean una problemática peculiar que reclamaba una atención del legislador superior a la que se le ha prestado a través de la escueta Disposición adicional primera.

En su tarea de regular la venta a distancia, el legislador estatal ha seguido muy de cerca las orientaciones comunitarias en la materia, ya que en el ámbito de la Unión Europea está prácticamente ultimada una Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

Resulta criticable, sin embargo, que el legislador haya tenido a la vista la primera propuesta de Directiva, que data de 1992, desconociendo las múltiples modificaciones que con posterioridad a esa fecha ha sufrido el texto comunitario. Al obrar así, la regulación de la venta a distancia contenida en la Ley de Ordenación del Comercio presenta bastantes e importantes disimilitudes con la Directiva que próximamente se aprobará en la Unión Europea.

CONCEPTO DE REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

Se entiende por venta a distancia la celebrada sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza (art. 38.1). Lo característico de esta modalidad de venta, por tanto, es el

empleo de un medio que sustituye la comunicación presencial de los futuros contratantes. Dada la amplitud de la definición legal, tienen la consideración legal de ventas a distancia, por ejemplo, la venta por correo o correspondencia, la televenta, la venta por cupón o la venta por teléfono, correo electrónico, radio o fax.

Estas ventas son en ocasiones denominadas por los especialistas de marketing con el nombre de "venta directa", aunque la Ley de Ordenación del Comercio Minorista reserva este nombre en su art. 35 para las ventas realizadas directamente por los mayoristas o fabricantes a los consumidores.

Es también venta a distancia la venta por catálogo, aunque la entrada en vigor de la Ley 7/1996 plantea algunos problemas de ajuste con las referencias que a esta modalidad de venta hacía con anterioridad la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

En efecto, el art. 2.1.7º de la Ley 26/1991 excluye de su ámbito de aplicación los contratos en los que concurren estas tres circunstancias: a) que se realicen sobre la base de un catálogo que el consumidor haya tenido ocasión de consultar en ausencia del empresario o de quien actúe por cuenta suya; b) que se haya previsto una continuidad de contacto entre el empresario y el consumidor en lo referente a la operación que se realiza o a otra posterior; y c) que el catálogo y el contrato mencionen claramente el derecho del consumidor a rescindir libremente el contrato durante un plazo que ha de ser, como mínimo, de siete días o que establezcan, en la misma forma, el derecho del consumidor a devolver las mercancías durante un plazo igual al anteriormente mencionado, que empezará a contarse desde la fecha de la recepción.

A mi juicio, el elemento decisivo es si el comprador tiene o no la oportunidad de consultar el catálogo sin la presencia del vendedor: en caso positivo, se aplicará la Ley 7/1996; de no ser así, parece preferible someter la venta a la Ley 26/1991.



No se aplican las normas sobre la venta a distancia a las ventas mediante máquinas automáticas (estas operaciones cuentan con una regulación propia en los arts. 49 a 52 de la Ley 7/1996), a los productos realizados a medida y a los contratos de suministros de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente.

La realización de ventas a distancia, en cuanto estrategia empresarial dirigida a la captación de clientes, está protegida por el art. 38 de la Constitución, que garantiza la libertad de empresa. Con todo, las empresas que pretendan dedicarse a la celebración de ventas a distancia necesitan una previa autorización administrativa, que será concedida, según los casos, por la Administración autonómica o por la estatal, y la inscripción en un registro específico. El Tribunal Constitucional estimó en una serie de sentencias dictadas en 1993 que estos requisitos no suponen una violación del derecho constitucional de libertad de empresa.

LA OFERTA CONTRACTUAL Y SU CONTENIDO

La oferta contractual, entendiendo por tal la manifestación de voluntad del empresario dirigida a la captación de potenciales contratantes, es denominada por la Ley propuesta de contrata-

ción. El art. 39.1 exige que en todas las propuestas conste "inequívocamente" su carácter "comercial", lo que obedece a la necesidad de que cualquier consumidor medio esté en condiciones de identificar la naturaleza contractual de la propuesta y ser consciente de que su respuesta afirmativa a la propuesta determinará la perfección de un contrato de compraventa y, en consecuencia, le obligará al pago del precio. El empresario puede valerse, para la realización de ofertas contractuales, de cualesquiera medios o técnicas de comunicación a distancia. Sin embargo, esa libertad se ve limitada por la necesidad de cumplir las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores (art. 39.3).

La normativa de referencia está constituida, en lo que concierne a la protección de la intimidad, por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y, en lo que toca a los menores, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (aunque no existe en esta ninguna disposición particularmente restrictiva de las propuestas de contratación dirigidas a menores).

Con el art. 39.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, el legislador pretende poner coto a los medios de comunicación a distancia



particularmente agresivos, molestos para los destinatarios de las propuestas y atentatorios para su propia privacidad e intimidad. De hecho, en el ámbito comunitario se baraja la posibilidad de que el uso de algunas técnicas de comunicación a distancia (v.gr., las llamadas telefónicas o el envío de ofertas por fax) sólo sea posible si existe un previo consentimiento del destinatario.

El art. 39.3 de la Ley ha despertado, prácticamente desde el mismo momento de su aprobación, notables divergencias interpretativas, allí donde considera que "el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos regulados en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, que regula el tratamiento automatizado de datos de carácter personal".

Según cierta interpretación, podría entenderse que la principal consecuencia de este pasaje de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista consistiría en hacer "datos accesibles al público" los recogidos en el censo electoral, con la inevitable consecuencia de reconocer a favor de los empresarios de venta a distancia un derecho para acceder a tales datos y tratarlos de modo automatizado en sus bases de datos.

En mi opinión, sin embargo, las cosas no son así. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en razón de su naturaleza de ley ordinaria, es insus-

ceptible de incidir en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en cuyo art. 41 se establece la prohibición absoluta de facilitar "cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial" y del suministro de datos "estadísticos" que "no revelen circunstancias personales de los electores". En resumen, la Ley 7/1996 no admite ser interpretada como de derogatoria de la prohibición, consagrada en la legislación electoral, de convertir en datos accesibles al público los que figuran en el censo electoral. Interpretado en su contexto, la virtualidad del art. 39.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es por tanto sensiblemente inferior a la que en principio podría pensarse.

En cualquier caso, y como una manifestación importante del derecho a la intimidad de las personas, la Ley reconoce la posibilidad de oponerse "a recibir comunicaciones comerciales". En garantía de este derecho, las asociaciones de empresarios de ventas a distancia han creado diversos sistemas como las "listas Robinson" o, en Francia, el stop publicit .

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 29.2 de la Ley Orgánica 5/1992, antes citada, permite que los ciudadanos puedan solicitar información al

titular del fichero de tratamiento automatizado de datos personales sobre "el origen de sus datos de carácter personal, así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaci nes que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud".

El legislador ha querido que las propuestas de contratación reúnan un mínimo de información para los destinatarios, de tal modo que éstos puedan hacerse, al recibir la propuesta, una representación fiable del alcance de la operación que se les ofrece. Por eso exige la Ley que en toda propuesta de contratación se incluyan las necesarias referencias a la identidad del proveedor, las características esenciales del producto, el precio (y, en su caso, debidamente separados, los gastos de transporte), las formas de pago, las modalidades de entrega o de ejecución y el plazo de validez de la oferta.

El empresario deberá igualmente informar al destinatario del carácter oneroso de la técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido, a menos que ese extremo resulte evidente. En el momento de entregar al comprador el bien adquirido, el empresario deberá reiterar esta información por escrito, en el supuesto de que con anterioridad no se hubiera entregado de ese modo.

Según el art. 65.1.  de la Ley, constituye infracción administrativa grave la omisión o falseamiento de los requisitos exigidos por la Ley en los anuncios y documentación de la venta a distancia; el empresario que cometa esta infracción podrá ser sancionado con multa de 500.001 a 2.500.000 pesetas.

LA ACEPTACION DE LA OFERTA Y LOS ENVÍOS NO SOLICITADOS

La venta a distancia, como cualquier otra compraventa, se perfecciona con la concurrencia del acuerdo de voluntades del vendedor y del comprador a propósito de la cosa y del precio objeto del contrato y, en su caso, de las restantes condiciones del mismo (p.ej.,

pago a plazos). La aceptación por el destinatario de la propuesta contractual recibe en la Ley el nombre de "respuesta", "demanda" o "pedido". No es necesario que la aceptación sea transmitida por el comprador a través del mismo medio de comunicación a distancia utilizado por el empresario para hacer la propuesta.

En ausencia de aceptación del destinatario no hay venta. Este principio, elemental en el Derecho de la contratación, es enérgicamente subrayado en la Ley cuando advierte que "en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de aquélla".

Así se trata de evitar la práctica, extendida en algún momento, consistente en que el empresario indica, en la propuesta de contratación, que la falta de respuesta en un plazo señalado se entenderá como aceptación de la oferta y se procederá en consecuencia al envío del bien sedicentemente adquirido. El único caso en que se permite el envío de bienes no solicitados es cuando se trate de "muestras comerciales".

Con todo, en previsión de que el empresario envíe al destinatario el bien sin previo consentimiento de éste, la Ley dedica alguna atención a los envíos no solicitados, esto es, aquéllos que no obedecen a una petición del destinatario. La sanción civil al envío no solicitado -al margen de la administrativa que en su caso proceda- es la más grave de las posibles: el empresario que realiza un envío no solicitado está en realidad regalándolo.

En efecto, según el art. 42.1, "el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio", y, en el caso de que decida devolverlo, "no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto". El destinatario del envío, por tanto, podrá hacer suyo el bien con carácter gratuito.

La situación es diversa cuando sea "evidente" que el envío se debía a un error, "ya que tenía la finalidad de responder a una demanda que, en realidad, no se había producido". Parece que el único tipo de error del empresa-



rio que para el legislador admite disculpa es el consistente en responder a un pedido efectivamente realizado pero remitiendo el bien a persona distinta de la peticionaria; se exige, además, que ese error sea "evidente", lo que pone de relieve el carácter claramente restrictivo con que el legislador admite el error en los envíos no solicitados.

Si el envío no solicitado obedece a un error como el descrito, el destinatario del bien debe comunicar la recepción al empresario; ello presupone que la evidencia del error debe ser apreciada por el destinatario, pues en tal caso no pesará sobre él ese deber de comunicación. Hecha ésta, el destinatario está obligado a custodiar el bien durante el mes posterior a la comunicación, pero a cambio tiene el derecho de recibir una indemnización equivalente al 10% del valor en venta del bien, con garantía de retener el producto, sin obligación de restituirlo al empresario, hasta tanto la indemnización no le sea satisfecha.

Esta indemnización le es debida siempre, aunque el destinatario puede solicitar un mayor montante indemnizatorio si acredita que los daños que ha padecido como consecuencia de la obligación legal de custodiar el bien exceden de esa cifra. En cualquier caso, si transcurre un mes (contado desde la comunicación de la recepción errónea) sin que el empresario retire el bien, el

destinatario puede hacerlo suya sin más trámites.

LA EJECUCION DEL CONTRATO. EL PAGO MEDIANTE TARJETA DE CREDITO

Perfeccionado el contrato por medio de la confluencia de la voluntad del empresario y del destinatario de la propuesta, cumple a las partes su ejecución mediante el intercambio de la cosa y el precio.

En lo que se refiere a la entrega del bien, la Ley protege al comprador ante retrasos inmoderados en la entrega del bien exigiendo que ésta se verifique en los treinta días siguientes a la recepción por el vendedor de la propuesta. Se permite que se fije otro plazo ("de no indicarse en la oferta el plazo de ejecución del pedido", reza el precepto), aunque estimo que no debe admitirse un plazo superior al legal.

El pago del precio se produce contra la recepción de bien, pues la Ley no admite, como principio, los pagos anticipados, esto es, los pagos realizados por el comprador antes de la recepción del bien.

A tenor del art. 43.2, "sólo" podrá exigirse el pago anticipado "cuando se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo".

En tal caso, el pago anticipado trata de cubrir el riesgo que para el vendedor supone elaborar un producto singular y concreto, atendiendo las indicaciones del futuro comprador, pues en tal situación, en caso de impago, el vendedor difícilmente logrará, dadas las especificidades del producto, recolocarlo en el mercado.

Con todo, se suscita el problema de distinguir este tipo de bienes, elaborados "con algún elemento diferenciados para un cliente específico y a solicitud del mismo", de los bienes "realizados a medida", que, según notamos, están excluidos de la aplicación de la normativa sobre venta a distancia.

La Ley 7/1996 dedica un precepto concreto, el art. 46, a la regulación del pago mediante tarjeta de crédito, tanto bancarias como comerciales (la ley no distingue). El presupuesto de hecho de la norma es que "el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente", en cuyo caso se reconoce al titular de la tarjeta el derecho a exigir "la inmediata anulación del cargo", realizándose entonces las anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular "a la mayor brevedad".

El hecho de que las tarjetas, cuando son utilizadas como modo de pago de una operación a distancia, no sean presentadas directamente al vendedor o identificadas a través de terminales electrónicos, sino simplemente mediante su número, incrementa las posibilidades de su uso fraudulento, esto es, que una persona se valga para pagar la compra de una tarjeta que no es de su pertenencia. En tal caso, la protección del verdadero titular de la tarjeta se articula reconociéndole el derecho a anular el cargo verificado en la cuenta corriente asociada a la tarjeta.

Sin embargo, tal como está redactado el precepto, ese derecho de anulación del cargo aparece contemplado tanto en caso de uso fraudulento como en cuando sea el propio titular de la tarjeta el que se vale de ella para pagar. Esta última posibilidad, por paradójica que parezca, está reconocida en la Ley, como lo prueba el hecho de que el art. 46.2 se refiera precisamente a que "la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular y, por lo tanto, hubiese exigido indebidamente la anulación del correspondiente cargo".



En tal caso, según el mismo precepto, el comprador titular de la tarjeta está obligado frente al vendedor a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.

Además, aunque el precepto no lo aclara debidamente, el vendedor podrá exigir el pago del precio, pues de no ser así el comprador que paga con tarjeta gozaría en la práctica de una posibilidad de desistir del contrato no sujeta a las condiciones generales del derecho de desistimiento recogidas en el art. 44, lo que no es asumible dado el carácter excepcional de tal derecho.

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El comprador tiene un derecho a desistir del contrato realizado (y ejecutado) que puede ejercitar en los siete días siguientes a la recepción del producto. Puesto que ese derecho puede ejercitarse "libremente" (art. 44), no es preciso que obedezca a causa alguna; en particular, no es necesario que se justifique en la falta de adecuación entre el bien efectivamente recibido por el comprador y el bien prometido o anunciado por el empresario en la propuesta de contratación.

Si así sucediera, el comprador, además de desistir del contrato, podrá resolverlo alegando el incumplimiento del vendedor. Pero cabrá el desistimiento incluso si el contrato ha sido escrupulosamente cumplido por el vendedor.

El ejercicio del derecho de desistimiento no está sujeto a requisito formal alguno. Puede verificarse, por tanto, de cualquier modo, aunque al comprador interesará normalmente ejercitarlo por escrito, preconstituyendo de este modo una prueba en su favor para caso de litigio.

La Ley, con la finalidad de que el comprador sea enteramente consciente del derecho de desistimiento que le asiste, y también con la de que no vea excesivamente dificultado su ejercicio, obliga a que el vendedor entregue al comprador un llamado "documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal", en el que figurará el nombre y dirección de la persona a quien debe de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere (art. 47.c).

Así las cosas, lo más frecuente será, aunque no constituya la única forma, que el comprador ejercite el derecho de desistimiento enviando al vendedor el mencionado documento.

El comprador que ejercita el derecho de desistimiento debe abonar los

gastos directos de devolución e indemnizar al vendedor por los desperfectos eventualmente causados al objeto del contrato mientras que el comprador lo tuvo en su poder.

Esta norma difiere de la que para la venta domiciliaria se establece en la Ley 26/1991, cuyo art. 6.2 libera al comprador de cualquier desembolso en caso que decida ejercitar el derecho de desistimiento. Y difiere también de lo previsto en el art. 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para el derecho de desistimiento en general.

Cuando para pagar el precio de la operación el comprador cuente con la financiación de un tercero, hay que preguntarse sobre la suerte que corre el contrato de crédito si el comprador desiste. A este propósito, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista contiene una regla particular, el art. 44.1, apartado segundo, según el cual "en el caso de que la adquisición del producto se efectuase mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento del contrato principal (léase compraventa) implicará la resolución de aquél".

En la práctica, la financiación de la compra responderá a la existencia de un convenio entre el financiador, normalmente una entidad bancaria, y el vendedor una asociación de vendedores, aunque la Ley no supedita la ineficacia sobrevenida del contrato de crédito a la existencia de un tal convenio. La resolución del contrato de crédito implica que bien el comprador directamente, bien el vendedor (si hay convenio de financiación entre éste y el prestamista), reintegrarán al financiador el dinero prestado, y que lógicamente cesará para el futuro la obligación del comprador-acreditado de atender al pago de los sucesivos recibos del préstamo.

Por su parte, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, concede en determinados casos la posibilidad de que el comprador oponga al

financiador las incidencias derivadas del contrato de compraventa (así, p.ej., la posibilidad de suspender el pago de los recibos del préstamo si la cosa presenta defectos de fabricación).

Como excepción, el art. 45 dispone que el comprador no podrá desistir en los concretos casos que con carácter taxativo menciona el precepto. Las razones que respaldan la ausencia de derecho de desistimiento varían según los casos. Así, la peculiaridad del mercado financiero justifica en principio la exclusión del desistimiento en las tran-

contornos difusos) y de los que en razón de su naturaleza no puedan ser devueltos (p. ej., productos que se consumen por su uso).

En el supuesto de los contratos celebrados con intervención de fedatario público, el legislador estima -lo que no es siempre es cierto- que esta intervención garantiza suficientemente los derechos del comprador.

En cualquier caso, tenga o no el comprador derecho de desistimiento, éste no excluye la posibilidad de acudir, si se cumplen los presupuestos respectivos de cada uno de ellos, a otros remedios legalmente previstos en valor del comprador contractualmente insatisfecho (v.gr., resolución por incumplimiento, saneamiento por vicios ocultos, etc...).

IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

Reiterando una regla que se ha hecho habitual en las normas dictadas en materia de protección de los consumidores, el art. 48 dispone que los derechos que la Ley reconoce a éstos en cuanto compradores a distancia son irrenunciables, por lo que toda renuncia a los mismos se entiende viciada de nulidad.

Las partes contratantes, por tanto, pueden mejorar la posición del comprador respecto a la prevista en la Ley (p. ej., confiriendo un plazo para desistir superior a los siete días legales, reconociéndole un derecho de desistimiento incluso en aquellos casos en que el art. 45 lo deniega, etc.), pero no empeorarla, so pena de nulidad. La irrenunciabilidad de los derechos no significa que el comprador debe necesariamente llevarlos a la práctica, sino de modo más limitado, que no puede abdicar de ellos antes de que tenga la posibilidad de ejercerlos. □

JUAN JOSE MARIN LOPEZ

Profesor Titular de Derecho Civil.
Universidad de Castilla-La Mancha.



sacciones de valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor.

También resulta lógica la ausencia de tal derecho cuando los bienes comprados son susceptibles de copia o reproducción inmediata (v. gr., discos compactos), pues entonces el comprador puede, mediante la copia o reproducción, obtener todo el aprovechamiento económico que el bien es capaz de aportar.

Es igualmente explicable la exclusión de los bienes destinados a la higiene corporal (concepto, sin embargo, de