

¿EL EMPRESARIO QUE CONTRATA ON LINE PUEDE MODIFICAR EL CRITERIO LEGAL SOBRE PERFECCIÓN DEL CONTRATO?*

Àngel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

M^a Sagrario Bermúdez Ballesteros

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El proceso de contratación electrónica, a través de página web, puede resumirse en tres fases: en la primera, el empresario ofrece a través de la página web la venta de un bien o la prestación de un servicio (oferta contractual); en la segunda, el consumidor realiza un pedido por el mismo medio (aceptación de la oferta); y, en la tercera, el empresario debe remitir un acuse de recibo de la aceptación que el consumidor envió (confirmación contractual posterior). Además, al tratarse de contratos de adhesión, integrados por condiciones generales de la contratación (o términos de uso), en algún momento del proceso se exige al consumidor la aceptación de tales condiciones para poder seguir y concluir la contratación.

El objetivo de este estudio es plantear y resolver cuestiones esenciales respecto a la perfección del contrato electrónico celebrado a través de páginas web, como: ¿cuándo

* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" dirigido por Àngel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 20212027, dirigido por Àngel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Àngel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

manifiesta el consumidor su consentimiento para obligarse?, ¿en qué momento y en qué tipo de soporte han de transmitirse al consumidor las condiciones generales del contrato? o ¿podría el empresario modificar el criterio legal sobre perfección de contratos realizados a través de páginas web incluyendo entre las condiciones generales o términos de uso aplicables, la que establezca que el contrato no se perfeccionará hasta que el consumidor reciba la confirmación posterior del mismo?

Palabras clave: Contratos electrónicos, contratos clickwrap, perfección contractual, condiciones generales de la contratación, confirmación contractual, autonomía de la voluntad, cláusulas abusivas.

Title: Can the entrepreneur, who contracts online, modify the legal criteria on perfection of the contract?

Abstract: The electronic contracting process, via website, can be summarized in three phases. Firstly, the entrepreneur offers the sale of a good or the provision of a service via website (contractual offer). Secondly, the consumer places an order using the same means (acceptance of the offer). Finally, the entrepreneur must send an acknowledgement of receipt of the acceptance sent by the consumer (subsequent contractual confirmation). Furthermore, as these are adhesion contracts, made up of general contracting conditions (or terms of use), at some point in the process the consumer is required to accept such conditions in order to continue and conclude the contract.

This study aims to raise and resolve essential questions regarding the perfection of the electronic contract concluded via websites, such as: when does the consumer express his consent to be bound? At what time and on what type of medium must the general contracting conditions be transmitted to the consumer? Or could the entrepreneur modify the legal criteria on the perfection of contracts made through web pages by including among the general conditions or applicable terms of use, the one that establishes that the contract will not be perfected until the consumer receives subsequent confirmation of the same?

Keywords: Electronic contracts, clickwrap contracts, consumer, offer, acceptance, contractual perfection, general conditions of contracting, contractual confirmation, autonomy of the will, abusive clauses.

Sumario: 1. Planteamiento general. 2. Marco jurídico. 3. Perfección de contratos electrónicos. 3.1. Criterio legal de determinación del momento de perfección del contrato. 3.2. ¿Adhesión a las condiciones generales y aceptación de la oferta son una misma cuestión? 3.3. ¿En qué momento y de qué forma han de ponerse a disposición del consumidor las condiciones generales o términos de uso? 3.4. ¿La confirmación contractual posterior influye en la perfección del contrato? 3.5. ¿Cumple con el deber de confirmación contractual la inserción de la información precontractual en las condiciones generales de la página web del empresario? Doctrina del TJUE. 3. 6. ¿Queda vinculado en todo caso el consumidor que pulsa el "botón de pedido"? 4. ¿Podría el empresario modificar el criterio legal sobre perfeccionamiento del contrato?

4.1. Límites a la autonomía de la voluntad del empresario para modificar el criterio legal de perfección contractual. 4.2. ¿Interferiría el cambio del criterio legal de perfección contractual en el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor? 4.3. Repercusiones del cargo del importe del producto antes de la confirmación contractual que “ratifique” la perfección del contrato. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El contrato celebrado por medios electrónicos recibe el mismo tratamiento que los contratos tradicionales, con las adaptaciones propias del campo de las tecnologías de la información. Lo característico de estos contratos se encuentra en que su celebración se lleva a cabo a través de medios electrónicos o con la asistencia de tecnologías de la información. La esencia del contrato no se ve afectada por el uso de tales recursos electrónicos, pero se producen cambios en la forma de manifestación de la voluntad con el objetivo de conseguir operaciones más rápidas y masivas.

En términos generales, el proceso de contratación electrónica puede resumirse en tres fases: en la primera, el empresario ofrece a través de una página web la venta de un bien o la prestación de un servicio (oferta contractual); en la segunda, el consumidor realiza un pedido por el mismo medio (aceptación de la oferta); y, en la tercera, el empresario debe remitir un acuse de recibo de la aceptación que el consumidor envió (confirmación contractual posterior).

Además, al tratarse de contratos de adhesión, integrados por condiciones generales de la contratación (o términos de uso), en algún momento del proceso se exige al consumidor la aceptación de tales condiciones para poder seguir y concluir la contratación.

A la vista de la secuencia procedimental expuesta, en este estudio se van a plantear y resolver las siguientes preguntas respecto a los contratos electrónicos celebrados a través de páginas web:

- (i) ¿Cuándo manifiesta el consumidor su consentimiento para obligarse?:
¿Cuándo ha aceptado las condiciones generales o términos de uso?
¿Cuándo ha pulsado el botón o tecla de pedido, *en cualquier caso*?
¿Cuándo ha recibido la confirmación posterior de la compra?
- (ii) ¿En qué momento y en qué tipo de soporte han de transmitirse al consumidor las condiciones generales del contrato?
- (iii) ¿Podría el empresario modificar el criterio legal sobre perfección de contratos realizados a través de páginas web incluyendo entre las condiciones generales o términos de uso aplicables, la que establezca que el contrato no se perfeccionará hasta que el consumidor reciba la confirmación posterior del mismo? Además, esta posibilidad sugiere otras cuestiones, como: ¿qué limitaciones tendría, en su caso, la

autonomía de la voluntad del empresario? ¿el cambio del criterio legal de perfección del contrato afectaría a otros derechos del consumidor?

2. MARCO JURÍDICO

En el ámbito comunitario, la normativa clave en materia de contratos electrónicos es la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (DCE). Además, es necesario mencionar la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDC).

A nivel nacional, son dos las normas que desarrollan las Directivas comunitarias en la materia. Por un lado, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), que se encargó de transponer a nuestro ordenamiento la DCE y que, expresamente, se ocupa de regular la contratación por vía electrónica.

La LSSI define en la letra h) del anexo al «contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico» como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*¹.

Por otro, teniendo en cuenta que la contratación electrónica es un tipo de contratación a distancia, se aplica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), cuyo Título III (arts. 92 a 113) se encarga de regular los contratos celebrados a distancia en los que interviene un consumidor.

Además, si el contrato electrónico contiene condiciones generales, rige la Ley 7/1998, 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), así como lo establecido en el citado TRLGDCU sobre cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas (arts. 80 y ss.).

Respecto al marco jurídico aplicable a los contratos electrónicos, señala la LSSI (art. 23) que *“Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en la LSSI (correspondiente título), por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes*

¹ Un primer acercamiento al concepto de contrato electrónico lo encontramos en la Ley Modelo de la CNUDMI-UNICITRAL sobre Comercio Electrónico (1998) que, en relación con la formación y validez de los contratos, señala en su artículo 11: *«En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos...»*. Una segunda aproximación la hallamos en la Directiva 2000/31/CE, sobre Comercio Electrónico (DCE), donde en su art. 9, referido a la formación y validez de los contratos, señala: *«Los Estados miembros velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica...»*.

normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”.

3. PERFECCIÓN DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS

3.1. Criterio legal de determinación del momento de perfección del contrato

Los contratos electrónicos tienen, en cuanto a la determinación del momento de perfección, el mismo trato que la ley dispensa en este aspecto al resto de contratos. Es decir, la formación del contrato por medios electrónicos y la tradicional no presentan diferencias, en la medida que ambas modalidades se rigen por la emisión de la oferta y su aceptación.

En este sentido, rige el criterio consensual, que constituye la regla general en nuestro derecho de contratos. Es decir, la existencia del contrato precisa del consentimiento de ambas partes, manifestado por la concurrencia de oferta y aceptación sobre el objeto y la causa del contrato. Dispone al respecto el art. 1262.I. CC que el consentimiento se manifiesta *“Por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato”*.

Entre las distintas clasificaciones existentes en el ámbito de los contratos electrónicos, interesa la diferenciación entre dos modalidades, distinguidas por la forma en que se realizan la oferta y la aceptación:

1. Contratos celebrados mediante el intercambio de correos electrónicos u otros medios de comunicación electrónica equivalente (por ejemplo, mediante el intercambio de mensajes cortos o SMS).
2. Contratos en los que la aceptación por parte del consumidor se manifiesta mediante un *click* en los correspondientes iconos o botones de un determinado sitio web (también denominados contratos *click-wrap*)². Se trata de contratos en los que a través de un sitio web, un proveedor ofrece bienes, servicios o contenido digital a los consumidores, a cambio de un precio. Es esta segunda modalidad contractual la protagonista del presente estudio.

Doctrinalmente, se equipará la contratación realizada mediante página web -es decir, aquella en la que el consumidor realiza el pedido a través de la web mediante pulsación del botón que aparece en la misma (página web activa)- a la *“contratación celebrada por dispositivo automático”* a que alude el art. 1262.III CC. Este precepto señala: *“En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”*.

En cuanto a la oferta realizada por vía electrónica, el art. 27 LSSI dispone que *“las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas*

² Respecto al concepto y antecedentes del contrato *click-wrap*, puede consultarse BENEVIDES QUINTÁN, S.L., y otros, *“La manifestación del consentimiento en los contratos *click-wrap*: análisis del poder vinculante de un *click*”*, *Univ. Estud. Bogotá*. (Colombia) N° 26: 73-102, julio-diciembre 2022, pp. 78 y ss.

durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.

Se entiende que cuando el empresario expone y describe en su página web el producto o servicio, fija su precio y condiciones de pago y entrega y dota a la página de los requisitos técnicos para que quien se conecte a ella pueda «aceptar» (v. gr., pulsando el «botón de pedido» o icono correspondiente en que se incluye la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar), no se está ante una simple comunicación publicitaria, sino que se trata de una oferta contractual³.

Por tanto, como regla general, en la perfección de los contratos electrónicos rige la teoría de la emisión, recogida en el citado art. 1262.III CC. Se estima que el contrato se ha perfeccionado desde el momento en que el consumidor emite o manifiesta su aceptación, es decir, al pulsar el botón de «aceptar» o «botón de pedido», sin importar o tener relevancia el hecho de que el prestador haya, siquiera, recibido dicha declaración de voluntad que contiene la aceptación, ni otras circunstancias, como el momento o método de pago elegido para la transacción.

3.2. ¿Adhesión a las condiciones generales y aceptación de la oferta son una misma cuestión?

Se adelantaba al comienzo de este trabajo que -al tratarse de contratos de adhesión- en algún momento del procedimiento, el consumidor se veía obligado a aceptar las condiciones o términos de uso aplicables para poder seguir y concluir el proceso de contratación. La cuestión que se plantea es: ¿La adhesión a las condiciones generales o términos de uso suponen la aceptación del contrato? La respuesta es negativa: la aceptación de las condiciones generales aplicables no supone vinculación contractual para el consumidor. La explicación es la siguiente:

La vinculación contractual en el proceso de contratación electrónica implica la pulsación de un doble *click* por parte del consumidor: (i) en el primero, al aceptar las condiciones generales del contrato (comprensivas de la información precontractual obligada, ex arts. 60, 97 y 98.2 TRLGDCU), el consumidor estará *asintiendo* el clausulado impuesto y facilitado por el empresario. Se trataría de un “asentimiento adhesivo” que no da lugar a un auténtico contrato⁴ y (ii) en el segundo, mediante la pulsación del “botón de pedido”, es cuando el consumidor estaría *consintiendo*. Esta

³ Véase, en este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000, pp. 78 y 79; DÍAZ BRITO, F. J., “Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, 2001, p. 5; GUILLÉN CATALÁN, R., “Oferta contractual y nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Navarra, núm. 7, 2009, p. 76 y 77.

⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales <<gratuitos>>)?”, *Estudios de Derecho contractual europeo*, GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I.(dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 361 y ss.

segunda pulsación supondría una genuina aceptación contractual, generadora de vínculo obligacional⁵.

Por tanto, el primer *click* de aceptación de las condiciones generales prerredactadas e impuestas por el empresario, se situaría en la fase de control de incorporación de las mismas al contrato. Mediante este control se persigue que las condiciones sean accesibles para el consumidor y las comprenda. De forma que no quedarán incorporadas al contrato aquellas cláusulas que el adherente no hubiera tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato, las no firmadas cuando ello fuera preceptivo, así como las condiciones generales ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (ex. arts. 5 y 7 LCGC y arts. 80 TRLGDCU).

3.3. ¿En qué momento y de qué forma han de ponerse a disposición del consumidor las condiciones generales o términos de uso?

La libertad de elección del consumidor a la hora de celebrar un contrato, así como la correcta formación de su consentimiento contractual, dependen directamente de que esté debidamente informado acerca de la naturaleza y características de la prestación objeto del contrato y de las condiciones jurídicas y económicas del mismo. Esta es, fundamentalmente, la razón que justifica la imposición a los empresarios, por parte del TRLGDCU y la LSSI, de la obligación de cumplir determinados requisitos formales a la hora de contratar con consumidores. Nos referimos al deber que se impone al empresario de facilitar, con carácter previo a la perfección contractual, las condiciones generales o términos de uso aplicables.

La LSSI obliga al empresario -prestador de servicios de la sociedad de la información⁶- a poner a disposición del consumidor las condiciones generales de la contratación a que se sujete el contrato. Debe hacerlo *con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, de manera que puedan ser almacenadas y reproducidas por éste* (art. 27.4 LSSI).

La obligación se cumple cuando (i) aparezcan directamente en la pantalla principal de la tienda virtual o (ii) cuando se pueda acceder a ellas a través de otra ventana de la que se avise en la página principal o (iii) cuando se inserten en otra página por la que necesariamente tenga que pasar el consumidor antes de aceptar el pago. No se cumpliría la obligación si el acceso a las cláusulas no pudiera realizarse desde la misma página web o se impusiera cualquier otro procedimiento (por ejemplo, el envío posterior por correo electrónico) que impidiera el conocimiento previo al momento de contratar. Lo determinante es que las condiciones se transmitan al consumidor al iniciarse el proceso de contratación, por tanto, *antes de la perfección del contrato*.

⁵ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a S., "Contratos celebrados a distancia", *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, CARRASCO PERERA (dir.), Aranzadi, 2023, pp. 345 y 346.

⁶ Se entiende por tal, la *persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*, Anexo, definición c) Ley 34/2002.

También el TRLGDCU impone al empresario, como regla, que antes de que haya contrato obligatorio (antes de que el consumidor se obligue), debe suministrar información que contenga las condiciones generales (art. 60.1 TRLGDCU). En los contratos celebrados a distancia, el art. 97.1 TRLGDCU señala que el empresario, antes de que el consumidor o usuario quede vinculado por cualquier contrato celebrado a distancia o por cualquier oferta, deberá facilitar a éste de forma clara y comprensible el elenco de menciones informativas previstas en el artículo. Se reitera la obligación de información previa en el art. 98.1⁷. Por último, para los contratos electrónicos que impliquen una obligación de pago para el consumidor, insiste en esta obligación el art. 98.2 TRLGDCU.

Respecto a la forma en que la información previa ha de transmitirse al consumidor, el TRLGDCU no exige que, en principio, la información precontractual se proporcione al consumidor mediante el empleo de algún soporte duradero⁸. Así, cuando el contrato se celebre a través de una página web, la información precontractual podrá facilitarse al consumidor en línea sin necesidad de emplear soporte duradero alguno. Pero, si el soporte duradero no se utilizó en fase previa, deberá aportarse en fase posterior, cuando el empresario realice la confirmación contractual impuesta por el art. 98.7 TRLGDCU.

3.4. ¿La confirmación contractual posterior influye en la perfección del contrato?

El envío de confirmación contractual posterior es una obligación que, tanto la LSSI como el TRLGDCU, impone al empresario que contrata on line, pero no tiene que ver con el momento de perfección del contrato que, por regla, se ha producido previamente (mediante la pulsación del segundo *click* de aceptación).

La LSSI señala que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al consumidor bien a través del envío de un "acuse de recibo" electrónico en un plazo máximo de 24 horas desde que recibe dicha aceptación o bien por un medio

⁷ Dicha información -la contenida en el art. 97.1- se facilitará al consumidor, por parte del empresario, al menos en castellano así como en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y siempre respetando, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

⁸ Por soporte duradero, a los efectos aquí analizados, habrá que entender, según se infiere de la Directiva 2011/83/UE, todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios. Así pues, podemos considerar que cumplen los requisitos exigidos la información suministrada en papel, memoria USB, CD-ROM, DVD, tarjetas de memoria, discos duros de ordenador, email, entre otros soportes.

equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, que permita que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario⁹.

De este modo, la obligación de confirmación documental que el precepto anterior exige al oferente debe ejecutarse *una vez que el contrato ya se ha celebrado*. No se vincula legalmente, por tanto, con el perfeccionamiento del contrato.

La finalidad del deber de confirmación es otra: permitir que el consumidor tenga constancia de que, como consecuencia de la recepción de su aceptación por el prestador de servicios, se ha perfeccionado el contrato, y dotarle de un medio de prueba de la contratación efectuada.

También el TRLGDCU obliga al empresario a facilitar al consumidor la confirmación del contrato concluido en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación deberá incluir toda la información previa que figura en el art. 97.1 TRLGDCU, salvo si el empresario ya la hubiese facilitado en un soporte duradero antes de la celebración (art. 98.7 TRLGDCU).

Insistimos en que el soporte duradero se requiere en todo caso, si no es con carácter previo (en fase de información precontractual), si después, tras la celebración del contrato (en fase de confirmación posterior). De esta manera, el empresario que pone a disposición del consumidor determinada información previa utilizando técnicas de contratación a distancia, si no lo hace por escrito o en soporte duradero, está obligado a confirmar posteriormente en estos soportes [STJUE 5.7.2012, *Content Services*, (Asunto C-49/11)]. La obligación de confirmación del contrato en soporte duradero se considera debidamente cumplida cuando, con el consentimiento del consumidor, el empresario la envíe por correo electrónico.

No se exige que la confirmación del contrato se facilite en soporte legible, sólo se establece que sea duradero, mientras que la información precontractual sí debe constar en un soporte duradero que sea legible (art. 98.1 TRLGDCU).

3.5. ¿Cumple con el deber de confirmación contractual la inserción de la información precontractual en las condiciones generales de la página web del empresario? Doctrina del TJUE

El TJUE entiende que facilitar la información precontractual exigida en las condiciones generales que figuran en el sitio de Internet del intermediario del empresario, aprobadas por el consumidor marcando la casilla prevista a tal efecto, si bien es suficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación de información prevista en la DDC (arts. 6. 1, y 8. 1 y 7), *no puede reemplazar a la entrega al consumidor*

⁹ El deber de confirmar que se ha recibido la aceptación sólo es eludible por acuerdo entre las partes cuando no se trate de contratación con consumidores o el contrato se realice exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico, es decir, fuera también del ámbito en que se desarrolla ordinariamente la contratación electrónica con consumidores, esto es, las páginas web del empresario (art. 28 LSSI).

de la confirmación del contrato en un soporte duradero, en el sentido del art. 8. 7 DDC, circunstancia que no afecta al hecho de que esa información forme parte integrante del contrato a distancia [STJUE 24 febrero 2022, *Tiketa*, (Asunto C-536/20)].

Tampoco cumple la obligación de confirmar a través de soporte duradero el hecho de *dar acceso a la información precontractual mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa*. A estos efectos, se considera que (i) tal información no es ni "facilitada" por esa empresa ni "recibida" por el consumidor, en el sentido exigido legalmente y (ii) un sitio de Internet no puede considerarse un "soporte duradero" a efectos de cumplir con el deber de confirmación contractual [STJUE 5 julio 2012, *Content Services*, (Asunto C-49/11)].

No obstante, se admite que determinados sitios web pueden clasificarse como «soportes duraderos», siempre que el sitio de Internet permita al consumidor almacenar la información que se le envía personalmente de manera que pueda acceder a ella y reproducirla sin cambios, durante un período de tiempo adecuado, sin que sea posible ninguna modificación unilateral de su contenido por el proveedor de servicios o por cualquier otro profesional.

3.6. ¿Queda vinculado en todo caso el consumidor que pulsa el "botón de pedido"?

El TRLGDCU se preocupa especialmente de reforzar la información previa al consumidor en los contratos electrónicos que impliquen una obligación de pago para éste. Resulta esencial asegurar que pueda leer y comprender debidamente los aspectos más importantes del contrato antes de vincularse, sin verse obligado a salir de la página web en cuestión.

La vinculación contractual del consumidor se condiciona a un hecho: que cuando pulse el botón o la tecla correspondiente (segundo *click*) sea consciente de que está asumiendo una obligación de pago. Para ello se imponen al empresario dos obligaciones en el art. 98.2 TRLGDCU:

(1) Poner en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, e inmediatamente antes de que realice el pedido -mediante la activación del correspondiente botón-, la información relativa a las características principales, precio total, duración del contrato y condiciones de resolución y, cuando proceda, duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato¹⁰.

(2) Velar por que el consumidor, al efectuar la compra, confirme expresamente que es consciente de que la transacción implica una obligación de pago. Para ello, debe etiquetar claramente el botón utilizado para realizar el pedido en el sitio web. La etiqueta admite diferentes diseños, siempre y cuando transmita clara e

¹⁰ Para su cumplimiento, no basta incluir un enlace que el consumidor pueda visitar para informarse sobre las condiciones del contrato y especialmente sobre el precio o que permita la descarga de un archivo con tal información, ni el reenvío a otra página web o a otra ventana.

inequívocamente el mensaje sobre la obligación de pagar. Puede utilizarse la expresión “pedido con obligación de pago” o una formulación análoga (por ejemplo, fórmulas como «comprar ahora», «pagar ahora» o «confirmar compra»). *En caso contrario, el consumidor o usuario no queda obligado por el contrato.* El momento en el que ha de solicitarse al consumidor que verifique el pedido es antes de hacer click en el botón «comprar»¹¹. Se trata de garantizar una aceptación inequívoca de la oferta.

Si el empresario incumple las anteriores previsiones no podrá acreditar que existió consentimiento contractual válido ni, por tanto, vinculación contractual con el consumidor. Si éste recibe bienes o prestación de servicios del empresario, podrá acogerse al régimen de los suministros no solicitados (art. 66 *quáter* LGDCU).

3.7. ¿El método de pago elegido por el consumidor tiene alguna influencia/repercusión en el perfeccionamiento del contrato?

La normativa aplicable en ningún caso vincula la perfección del contrato con el momento o método de pago, sino con el momento de la aceptación, que puede coincidir o no con el pago real, ya sea por transferencia o mediante tarjeta. Es decir, aunque puedan coincidir, no es el pago lo relevante, sino la aceptación (esto es el “doble *click*” del art. 98.2 TRLGDCU). La regla básica de aceptación es el momento del *click* de confirmación de compra.

4. ¿PODRÍA EL EMPRESARIO MODIFICAR EL CRITERIO LEGAL SOBRE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO?

La respuesta a la cuestión planteada debe partir del carácter dispositivo del art. 1262 CC. Ello permite que las partes puedan pactar reglas distintas a las previstas en él para regular la formación del consentimiento. La posibilidad de modificación del criterio legal de perfección contractual se fundamenta en el principio básico de autonomía de la voluntad. De acuerdo con este principio, las partes tienen libertad para pactar los términos del contrato, siempre que no contravengan la ley, la moral

¹¹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a S., “El TJUE se pronuncia sobre cómo deberá etiquetarse el “botón de pedido” en los contratos electrónicos con obligación de pago de cara a considerar vinculado contractualmente al consumidor. STJUE de 7 abril 2020 (Sala Octava), Asunto C-249/2, *CESCO*, 11 de mayo 2022, [El TJUE se pronuncia sobre cómo deberá etiquetarse el “botón de pedido” en los contratos electrónicos con obligación de pago de cara a considerar vinculado contractualmente al consumidor \(centrodeestudiosdeconsumo.com\)](#) y “En los contratos electrónicos, el botón de pedido debe informar claramente al consumidor de la obligación de pago que asume, incluso si el pago depende de condiciones futuras. STJUE (Sala quinta), de 30 de mayo de 2024 (asunto c-400/22) (ECLI:EU:C:2024:436), *CESCO*, 6 de septiembre 2024, disponible en: [En los contratos electrónicos, el botón de pedido debe informar claramente al consumidor de la obligación de pago que asume, incluso si el pago depende de condiciones futuras](#)

o el orden público (art. 1255 CC). Esta libertad incluye la posibilidad de fijar cuándo y cómo se entiende perfeccionado el contrato.

No obstante, al estar en presencia de contratos de consumo, esta autonomía se encuentra limitada por las normas imperativas en materia de protección al consumidor.

4.1. Límites a la autonomía de la voluntad del empresario para modificar el criterio legal de perfección contractual

Al tratarse de contratos integrados por condiciones generales de la contratación, la autonomía del empresario para definir el momento de perfección contractual - apartándose del criterio legal de la emisión de la aceptación- debe respetar dos exigencias legales, que tienen que ver con el tiempo y la forma en que tales condiciones generales han de ponerse a disposición del consumidor.

En este sentido, el empresario que -vía condiciones generales- modifique el criterio legal sobre perfeccionamiento del contrato debe comunicarlo al consumidor *de forma clara y comprensible antes de la aceptación* por su parte (antes de pulsar el *click* de aceptación del art. 98.2.II TRLGDCU), no después.

De no cumplirse esta obligación de información previa, podría argumentarse que la cláusula en cuestión limita los derechos del consumidor o introduce desequilibrios significativos entre las partes (en perjuicio del primero), de manera que pudiera ser considerada abusiva y, por tanto, nula. Podría argüirse al respecto que es un principio básico en materia de contratos en el Código Civil el que prohíbe que la validez y el cumplimiento de los mismos quede al arbitrio de una de las partes (ex art. 1256)¹².

La discrecionalidad a favor de una de las partes prohibida por el art. 1256 CC inspira la elaboración del repertorio de cláusulas abusivas que contiene el TRLGDCU (arts. 85 a 91). De esta manera, al tratarse de contratos de adhesión celebrados con consumidores, en los que los contenidos esenciales han sido redactados previa y unilateralmente por una de las partes (el empresario), el contrato está sujeto a lo establecido en el art. 82 y siguientes del TRLGDCU. El art. 82.1 LGDCU señala: "*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*"

En concreto y para lo que aquí interesa, el art. 86 TRLGDCU (rubricado "*Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario*"), dispone que,

¹² PALOMINO MORALED A, H., "Modificación unilateral del contrato: caso Netflix", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, NÚM. 45/2023, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3310/262>

en cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas.

De este modo, la modificación por parte del empresario del criterio legal de perfección del contrato electrónico sería legalmente posible y admisible siempre que: (i) se insertara el criterio elegido sobre perfeccionamiento en las condiciones generales; (ii) se pusieran las mismas a disposición del consumidor *antes de la perfección del contrato, de forma clara y comprensible* y (ii) fueran aceptadas por éste (mediante pulsación del primer *click*).

La trascendencia de la dispensación previa de las condiciones generales al consumidor se refleja en el art. 89.1 TRLGDCU, que considera cláusulas abusivas *las declaraciones de adhesión del consumidor a las cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.*

Además, una vez aceptadas las condiciones generales por el consumidor, deberán tenerse presente las siguientes reglas: 1) No podrán modificarse unilateralmente por el empresario. En este sentido, el art. 85.3 TRLGDCU dispone que, *en todo caso, serán abusivas, "las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato".* 2) La aceptación de las condiciones generales o términos de uso por parte del consumidor no "purificará" el carácter abusivo que pudieran tener determinadas cláusulas del contrato. 3) La aceptación de las condiciones generales no eximirá al empresario de cumplir con los deberes específicos que, respecto a contratos electrónicos onerosos para el consumidor, se imponen legalmente; particularmente, el deber de etiquetar de forma clara el "botón de pedido", según las reglas dispuestas en el art. 98.2.II TRLGDCU.

La notificación posterior -en la fase ulterior de confirmación contractual- del cambio de criterio legal sobre perfeccionamiento estaría vulnerando el deber de comunicación previa de las condiciones generales. De aceptarse lo contrario, se estaría privando al consumidor del derecho a la información precontractual, calificado por la propia norma como un derecho "irrenunciable". En este sentido, el art. 10 TRLGDCU (titulado "*Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario*"), persigue impedir que mediante el juego de la autonomía de la voluntad se pudiera llegar a reducir el nivel de protección que el legislador ha decidido otorgar al consumidor¹³. En la misma línea, el apartado 3 del art. 92 TRLGDCU, afirma la irrenunciabilidad de derechos reconocidos al consumidor que celebra un contrato a distancia, salvo para mejorar su posición contractual con cláusulas más beneficiosas, nunca para empeorarla¹⁴.

En definitiva, siempre que se comunique al consumidor con carácter previo, el empresario puede incluir entre las condiciones generales la que dilate el

¹³ PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al art. 10", *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 104.

¹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ P. "Comentario al art. 92", *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p.1413.

perfeccionamiento del contrato al momento posterior de la confirmación contractual. Es decir, el empresario puede otorgarse “la última palabra” sobre la efectividad del contrato, que podrá dirigirse en dos sentidos: (i) “ratificar” la perfección del contrato o (ii) reservarse el derecho a “revocar” la oferta realizada, siempre que ello se deba a razones objetivas, nunca discrecionales (inexistencia o agotamiento de stock).

4.2. ¿Interferiría el cambio del criterio legal de perfección contractual en el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor?

No, sea cual fuere el momento de perfeccionamiento del contrato fijado por el empresario (y aceptado por el consumidor) distinto del criterio legal, el derecho a desistir del contrato no podrá ser suprimido, condicionado, ni alterado en perjuicio del consumidor.

En todo caso, el cambio de pauta legal sobre perfeccionamiento conllevará el acatamiento de dos exigencias:

(i) Por un lado, la dispensación una previa información al consumidor respecto al inicio del cómputo del plazo de ejercicio del derecho a desistir [art. 97.1 j) TRLGDCU]. Este deber es especialmente trascendente en los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios o suministros, cuyo *dies a quo* del cómputo comienza *el día en que se celebre el contrato* [art. 104 a) y c) TRLGDCU].

(ii) Por otro, la ineludible aceptación por parte del consumidor del clausulado mediante la pulsación de un primer *click*.

4.3. Repercusiones del cargo del importe del producto antes de la confirmación contractual que “ratifique” la perfección del contrato

Imaginemos la siguiente secuencia: (i) se estipula por el empresario en las condiciones generales que la perfección del contrato se “ratificaría” en fase posterior de confirmación contractual; (ii) el consumidor acepta tal clausulado (primer *click* de adhesión); y (iii) antes de producirse la confirmación contractual, el empresario carga en la cuenta del consumidor el importe por el producto o servicio.

En tal caso, al no existir todavía un contrato perfecto y, por tanto, vinculación contractual para el consumidor, estaríamos ante un cobro/pago de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC). Repárese en que para que la ejecución de una prestación pueda ser calificada como pago es necesario que exista una relación obligatoria, de la que nazca una deuda. Por tanto, si no existe esa obligación (porque no hay vinculación contractual), no se trataría de un pago debido. En este caso, al consumidor que pagó indebidamente (porque le fue cargado el importe indebidamente) puede reclamar la restitución de quien cobró. Dicha pretensión restitutoria no es sino una pretensión por enriquecimiento injusto.

Se trata de un deber del empresario y correlativo derecho irrenunciable para el consumidor. Toda práctica o estipulación contraria a él, sería considerada abusiva (art. 86 TRLGDCU).

5. CONCLUSIONES

1. En virtud del criterio consensual que rige en contratos electrónicos, para que haya vinculación contractual hace falta el concurso de la oferta y la aceptación.
2. Como regla, según el criterio de emisión de la aceptación, establecido en el art. 1262.III CC, habrá consentimiento contractual y, por tanto, perfección del contrato, desde que el consumidor pulse el segundo *click* en el que manifiesta la aceptación respecto de la oferta. No obstante, la vinculación contractual del consumidor se supedita legalmente al correcto etiquetado del "botón de pedido" (art. 98.2.II TRLGDCU).
3. Con base en el principio de autonomía de la voluntad y en el carácter dispositivo del art. 1262 CC, se admitiría que -mediante condición general de la contratación- el empresario modificase el criterio legal de perfección de contratos electrónicos.
4. En todo caso, antes de que haya contrato obligatorio (antes de que el consumidor se obligue), debe suministrarse información que contenga las condiciones generales de la contratación, entre las que se incluya la relativa al criterio elegido para perfeccionarse el contrato (por ejemplo, reservándose el empresario la "última palabra" en el momento de confirmación posterior). Con carácter general, así lo establece el art. 60.1 y, específicamente, para los contratos a distancia, arts. 97 y 98 TRLGDCU. Lo reiterada el art. 98.2 TRLGDCU para los contratos electrónicos que impliquen una obligación de pago para el consumidor.
5. No es preciso que la información previa, que incluya las condiciones generales, se aporte inicialmente en soporte duradero. Puede hacer así -si no se hizo en fase previa- hasta el momento en que el empresario realice la confirmación del 97.8 TRLGDCU, que puede ser en un tiempo razonable después del contrato, pero no más tarde del momento de la entrega del bien o prestación del servicio.
6. Entiende mayoritariamente la jurisprudencia del TJUE (aunque no es un tema pacífico) que la técnica de aceptación mediante un «*click*» de las condiciones generales cumpliría con el deber de información previa, en tanto que constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato.

7. El empresario que pone a disposición del consumidor determinada información previa utilizando técnicas de contratación a distancia, si no lo hace por escrito o en soporte duradero, está obligado a confirmar posteriormente en estos soportes [STJUE 5.7.2012, *Content Services*, (Asunto C-49/11)]. La obligación de confirmación del contrato en soporte duradero se considera debidamente cumplida cuando, con el consentimiento del consumidor, el empresario la envíe por correo electrónico.
8. Las condiciones generales que establecieran nuevo criterio de perfeccionamiento del contrato -por ejemplo, el que posterga la perfección hasta la fase posterior de confirmación- no relevarían al empresario del deber de informar claramente en el "botón de pedido" sobre la obligación de pago que asume el consumidor (ex art. 98.2.II TRLGDCU); si no se cumpliera ese deber, aun habiendo aceptación previa de condiciones generales, no existiría vinculación contractual del consumidor.
9. La normativa aplicable no establece ni clara ni imperativamente cuándo se entiende celebrado el contrato. Desde luego, no en el momento del pago, sino en el momento de la aceptación, que puede coincidir o no con el pago real por transferencia o tarjeta. Es decir, aunque puedan coincidir, no es el pago lo relevante, sino la aceptación (esto es el "doble *click*" del art. 98.2 TRLGDCU).
10. El momento de perfeccionamiento del contrato fijado por el empresario en condiciones generales (y aceptado por el consumidor) distinto del criterio legal, no afectará al derecho a desistir del contrato, que no podrá ser suprimido, condicionado, ni alterado en perjuicio del consumidor.
11. Si el empresario estipulase -en las condiciones generales- que la perfección del contrato se "ratificará" en fase posterior de confirmación contractual, si tales condiciones fuesen aceptadas por el consumidor y, antes de producirse la confirmación contractual, el empresario hubiese cargado en la cuenta de éste el importe del producto o servicio, supondría un cobro de lo indebido, que facultaría al consumidor para solicitar la restitución de lo indebidamente pagado.

6. BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA LAPUENTE, S., "Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales <<gratuitos>>)?", *Estudios de Derecho contractual europeo*, GÓMEZ POMAR, F. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I.(dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a S., "Contratos celebrados a distancia", *Derecho de consumo. Materiales, fundamentos, aplicaciones*, CARRASCO PERERA (dir.), Aranzadi, 2023.

- “El TJUE se pronuncia sobre cómo deberá etiquetarse el “botón de pedido” en los contratos electrónicos con obligación de pago de cara a considerar vinculado contractualmente al consumidor. STJUE de 7 abril 2020 (Sala Octava), Asunto C-249/2, CESCO, 11 de mayo 2022, [El TJUE se pronuncia sobre cómo deberá etiquetarse el “botón de pedido” en los contratos electrónicos con obligación de pago de cara a considerar vinculado contractualmente al consumidor \(centrodeestudiosdeconsumo.com\)](#)
-
- “En los contratos electrónicos, el botón de pedido debe informar claramente al consumidor de la obligación de pago que asume, incluso si el pago depende de condiciones futuras. STJUE (Sala quinta), de 30 de mayo de 2024 (asunto C-400/22) (ECLI:EU:C:2024:436), CESCO, 6 de septiembre 2024, disponible en: [En los contratos electrónicos, el botón de pedido debe informar claramente al consumidor de la obligación de pago que asume, incluso si el pago depende de condiciones futuras](#)

CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000.

DÍAZ BRITO, F. J., “Contratación electrónica: ¿camino del laberinto?”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 23, 2001.

GUILLÉN CATALÁN, R., “Oferta contractual y nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Navarra, núm. 7, 2009.

PALOMINO MORALEDA, H., “Modificación unilateral del contrato: caso Netflix”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 45/2023, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3310/262>

PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al art. 10”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

SÁNCHEZ GÓMEZ P. “Comentario al art. 92”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.