

TELEMEDICINA Y EL CONTRATO ELECTRÓNICO PARA LOS SERVICIOS DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Jesús Esteban Cárcar Benito

*Dr. en Derecho. Facultativo no Sanitario
Servicio Murciano de Salud*

SUMARIO: 1. La telemedicina 2. Los profesionales sanitarios y la prestación de servicios on-line. 2.1. Una referencia al teletrabajo. 3. El contrato médico como antecedente. 4. El contrato de los profesionales sanitarios on-line. 5. El problema del paciente como consumidor. 6. Contrato electrónico/Contratación electrónica CE. 6.1. Consentimiento. 6.2 Objeto. 6.3. Causa. 6.4. Forma. 6.5. La formación del contrato. Oferta. 6.6. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico. 6.7. Prueba del contrato. 7. Conclusión. 8.-Bibliografía.

RESUMEN

Las cifras que manejan las consultoras constatan que las tecnologías para la salud suponen una enorme oportunidad. El sanitario es un sector en el que, principalmente, las aseguradoras, médicos, clínicas y pacientes se comunican de manera offline. El sector aún camina despacio en la necesaria adopción de nuevas tecnologías. Sin embargo, los pacientes demandan poder entablar con médicos y aseguradoras una relación digital, como consecuencia de la adopción masiva de Internet y dispositivos móviles. Este trabajo ofrece unas consideraciones generales acerca de lo que ha dado en llamarse *contrato electrónico* y, más en concreto, acerca de su formación y ejecución. Con tal propósito, tras concretarse el marco normativo del contrato electrónico para las profesiones sanitarias, sometido recientemente a algunas modificaciones significativas, la atención se centra en dos extremos principales: 1.º) la disciplina legal aplicable a la perfección, ejecución y prueba del contrato electrónico, con referencia al régimen jurídico relativo a la incorporación de condiciones generales; y 2.º) los aspectos más sobresalientes de la normativa reguladora del contrato electrónico en cuanto modalidad singular de contrato a distancia (desestimiento negocial, etc.).

PALABRAS CLAVE

Telemedicina, contrato electrónico y pacientes.

ABSTRACT

The figures used by the consultants find that health technologies represent a huge opportunity. The healthcare is a sector in which mainly insurers, doctors, clinics and patients communicate offline. The sector is still walking slowly on the need to adopt new technologies. However, patients demand to engage with doctors and insurers a digital connection as a result of the widespread adoption of Internet and mobile devices. This work offers some general considerations about the denominated *electronic contract* and, in short, about its formation and execution. With such a purpose, after being summed up the normative mark of the electronic contract, subjected recently to some significant modifications, the attention is centered in two main points: 1.º) the applicable legal discipline to the perfection, execution and its legal evidence of the electronic contract, with reference to the relative juridical system to the incorporation of general conditions; and 2.º) the most excellent aspects of the regulator normative of the electronic contract as soon as singular modality of contract at distance (dismiss, etc.).

KEY WORDS

Health technologies, *electronic contract*

1. LA TELEMEDICINA

La Organización Mundial de la Salud define telemedicina como: “La distribución de servicios de salud, en la que la distancia es un factor crítico, donde los profesionales de la salud usan información y tecnología de comunicaciones para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades o daños, investigación y evaluación; y para la educación continuada de los proveedores de salud pública, todo ello en interés del desarrollo de la salud del individuo y su comunidad”. Es verdad que en los años setenta, se desarrollaron tecnologías con la intención de curar y asistir a distancia, sin que fuera necesaria la cercanía de un médico. Así nació la telemedicina. El progreso de las nuevas tecnologías, dirigidas a la comunicación, permite transmitir datos, señales biológicas e imágenes incluso tridimensionales, mediante una línea telefónica conectada a la red. Hoy en día podemos afirmar que, gracias a la telemedicina, hemos superado la frontera de la atención médica, garantizando servicios especializados, la gestión rápida de emergencias, y las consultas e intervenciones a distancia. Con la telemedicina es más sencillo mejorar la calidad de vida del paciente, ya que nos permite monitorizar a domicilio, aumentando con esto su seguridad y tranquilidad. Las tecnologías de la información y de las comunicaciones han propiciado el intercambio de conocimientos y la cooperación a distancia entre especialistas, en campos como la elaboración de diagnósticos, el intercambio de técnicas y en intervenciones quirúrgicas en tiempo real. Todo esto podemos llevarlo a cabo gracias a la videoconferencia, que cada vez adquiere mayores usuarios en múltiples y heterogéneos sectores.

2. LOS PROFESIONALES SANITARIOS Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ON-LINE

No cabe la menor duda que ejercer las profesiones sanitarias resulta una actividad bastante compleja, como lo puede ser la práctica de cualquier otra profesión liberal, quizá porque las prestaciones de la profesión o la forma en que se ejecuta pueden ser variables. También resulta incuestionable que el ejercicio de su profesión, puede generar con los usuarios de sus servicios relaciones jurídicas obligatorias, las que normalmente se originan de un *acuerdo de voluntades o contrato de servicios de las profesiones sanitarias*. Además la relación paciente-agente sanitario se caracteriza, en efecto, por ser el encuentro entre una confianza y una conciencia: la confianza

del paciente, que se entrega a la conciencia del agente sanitario que ha de asistirlo, cuidarlo y, en lo posible, sanarlo.

El contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico 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, plantea problemas jurídicos específicos en caso de los profesionales sanitarios. Desde el punto de vista sistémico, hay que mencionar que estamos ante una de las partes especiales del sistema contractual. La orientación de mi comunicación es eminentemente introductoria para proporcionar una visión sucinta y dirigida a plantear problemas concretos que se pueden dar para este tipo de profesionales.

Un contrato necesita de seguridad legal en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, la falta de confianza por parte de los ciudadanos socavarán sin duda el desarrollo de las aplicaciones para los profesionales sanitarios y el sistema contractual.

Como ocurre en otros campos las TIC se están haciendo presentes cada vez más en el ámbito de la salud. La práctica clínica gira alrededor de datos, información y conocimientos, internet se ha convertido en la mayor fuente de información sanitaria no sólo para los profesionales sino también para los pacientes. Además han surgido multitud de iniciativas de aplicaciones médicas y sanitarias que, aparte de los servicios de información, contemplan la posibilidad de consultas a médicos: segunda opinión, profesionales de apoyo a pacientes, servicios de telemedicina y una amplia gama de posibilidades. El elemento tecnológico esencial para la sustentación de las nuevas estructuras busca satisfacer una demanda creciente en cantidad y calidad de los cuidados asistenciales mientras se intenta contener el crecimiento de los costes. En la provisión de estas posibilidades cobra una gran relevancia las nuevas formas de contratación electrónica. Previamente la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en adelante LOPS, nos introduce en su artículo 43 la obligatoriedad de que los contratos de prestación de servicios sanitarios se formalicen por escrito. Atendiendo, en consecuencia, a las obligaciones que impone esta Ley, así como a las establecidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones, LBRAP en materia de información y documentación clínica, el texto que

se incluye a continuación, tiene como único objeto servir de orientación a los profesionales y a las entidades de seguros de enfermedad en sus relaciones contractuales electrónicas.

2.1. Una referencia al teletrabajo.

Antes de referirme al contrato de prestación de servicios sanitarios quiero reseñar el teletrabajo que se incardina en el concepto más amplio de trabajo a distancia. Comparte, por tanto, con éste los rasgos de constituirse en una fórmula de organización del trabajo alternativa al desempleo y por ser una forma de trabajo intrínsecamente flexible: flexible en el espacio y flexible en el tiempo. Todo ello lo convierte en un mecanismo con efectos importantes en la efectividad de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. El Real Decreto- ley 3/2012, de 10 de febrero, trajo consigo ciertas modificaciones que afectan directamente al teletrabajo. Desde el punto de vista conceptual, cabe afirmar que el trabajo a distancia queda definido en el art. 13 ET por cuatro elementos: 1- el lugar en el que se desempeña la actividad laboral –el domicilio o el lugar libremente elegido por el trabajador–; 2- la voluntariedad en la elección del lugar de trabajo; 3- su compatibilidad con el trabajo presencial en el centro de trabajo y 4- la reversibilidad de la decisión. A estos cuatro elementos que caracterizan el trabajo a distancia, se debe sumar, en el caso del teletrabajo, el uso como medio de trabajo las nuevas tecnologías –banda ancha, ordenadores y otros dispositivos móviles- (lo que exige formación específica y cálculo de coste de la deslocalización interna)¹. Es decir, la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, parte de la premisa de que supone por vez primera la regulación del acuerdo entre trabajador y empresario que establece el trabajo a distancia. La nueva regulación deja atrás la anterior regulación del contrato de trabajo a domicilio contemplada en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 marzo 1980, EDL 1980/3059) en la que se definía como trabajo aquel que se desarrollaba “sin vigilancia del empresario”.

En la actual regulación el acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Sin embargo imprescindible definir el teletrabajo como una forma flexible de organización del trabajo consistente en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia del trabajador durante una parte importante de su horario laboral. Dichas actividades laborales pueden ser desarrolladas a tiempo parcial o completo.

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el Centro de Trabajo de la Empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. El trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de favorecer su promoción profesional. El empresario, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación, en todo caso, la normativa sobre prevención y salud laboral. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva. A estos efectos, dichos trabajadores deberán estar adscritos a un Centro de Trabajo concreto de la empresa. La duración es por tiempo indefinido o de duración determinada. En este caso a la finalización del contrato, si se hubiera formalizado a partir del 4 de marzo de 2001, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

3. EL CONTRATO MÉDICO COMO ANTECEDENTE.

Anteriormente, el denominado contrato médico o de asistencia médica es definido como aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud². Existe una sentencia de la Corte

1 PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico- laboral*, MTAS, Madrid, 2001. Vid del mismo autor “El Teletrabajo y la Seguridad Social”, en OJEDA AVILÉS, Antonio, *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo: las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003. -“El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006), RL, núm. 6, 2008.

2 DE LORENZO SANCHEZ, A. “Contrato de Prestación de Servicios Médicos”, *Primeras Jornadas de Derecho Médico*

de Casación francesa de 20 de mayo de 1936, que es ya un precedente clásico, por la gran trascendencia que ha tenido en torno a la discusión doctrinal sobre la existencia de un contrato de servicios (médicos), en donde clara y contundentemente se dictaminó: *Que entre el profesional sanitario y su cliente se forma un verdadero contrato que comporta para el facultativo la obligación, si no de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta, salvo circunstancias excepcionales, conforme a las reglas del arte, y la violación incluso voluntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual*³. Resulta, pues, un marco referencial obligado, ya que existió la teoría que llegó a rechazar la índole contractual de la prestación de servicios sanitarios. Por su parte, el Tribunal Supremo español reconoció la tesis contractual de este contrato en la sentencia de 7 de noviembre de 1940 al señalar que: *“El contrato molde amplísimo que cobija sin género de duda los servicios superiores y muy cualificados de quienes como médicos ejercen las llamadas profesiones liberales”*⁴. De entrada, es posible constatar que, en la práctica suele plantearse el problema de la calificación jurídica de la prestación privada de servicios médicos como contrato de trabajo o como contrato de arrendamiento de servicios. Como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1987- Sala de lo Social, (Ar. 1763)- la separación entre ambos tipos de contratos es muchas veces borrosa y difícil. Las causas de esta dificultad son varias y están interrelacionadas. En primer lugar esta delimitación es especialmente compleja porque el contrato de trabajo tiene como origen histórico este contrato civil. De este modo, se ha afirmado que en definitiva la relación laboral es un arrendamiento de servicios *“cualificado y desgajado históricamente”*. Es decir, el contrato de trabajo evoluciona a partir de las notas configuradas de esta clásica relación civil.

de la Universidad de Alicante. 1984.

3. Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux dones acquises de la science; la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle»; Arrêt de la Cour de Casation française de 20 de mayo de 1936, Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz, 1936, t. I, p. 88

4 ESTEVE SEGARRA, A., “La prestación de servicios médicos: criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios”, *Trabajo premiado en la fundación Broseta- III Premio estudios jurídicos universitarios*.

Por tanto, en principio los presupuestos jurídicos de ambas relaciones contractuales son similares, si bien la relación laboral introduce un elemento configurador que rompe con esta semejanza (la dependencia). En segundo lugar, la profesión médica, y en general, la sanitaria es una profesión liberal⁵. Las profesiones liberales constituyen una de las zonas grises en la delimitación entre el contrato civil y el contrato laboral. Ello se explica porque las notas de dependencia y ajenidad, que son las notas específicas del contrato de trabajo y que lo distinguen del arrendamiento de servicios, adquieren perfiles propios en las profesiones intelectuales distintas de las del trabajador manual clásico. Aunque se argumenta que la libertad –la cual singulariza la profesión liberal– pervive en algunos aspectos, como la aceptación o no del cliente y sobre todo en el modo de operar del profesional en su actividad, pero nunca es tan omnímoda que no se regule por una normatividad, ya se trate de los estatutos de los colegios profesionales o de códigos deontológico que establezcan los deberes de los profesionales (médicos).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, tradicionalmente, se ha configurado como un arrendamiento de servicios, aunque se dan las conocidas excepciones procedentes de la llamada obligación de resultados, de lo que se deriva la tan extendida consideración de obligación de medios prudencialmente administrados por parte del profesional sanitario. En este contrato de servicios médicos, entendido como arrendamiento de servicios, los sujetos intervinientes adoptan la posición tradicional propia de este tipo contractual. Así, por arrendador, según determina el art. 1.546 del C.C. se llama a «... aquél que se obliga a prestar el servicio, y arrendatario al que (a cambio del precio estipulado) adquiere derecho al mismo».

No obstante, me refiero a lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en adelante LOPS, el concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen

5 Una profesión liberal se puede definir como *“aquella que tiene por objeto una actividad intelectual, científica o técnica que mediante retribución puede prestarse a un cliente por el profesional que actúa como persona física y con un carácter autónomo e independiente, previa su incorporación a un colegio profesional, lo que, a su vez, implica la posesión de un título que le habilita para ello”*

como profesiones. A pesar de dichas ambigüedades y considerando que nuestra organización política sólo se reconoce como profesión existente aquella que está normada desde el Estado, los criterios a utilizar para determinar cuáles son las profesiones sanitarias, se deben basar en la normativa preexistente. Esta normativa corresponde a dos ámbitos: el educativo y el que regula las corporaciones colegiales. Por ello en esta Ley se reconocen como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como titulaciones del ámbito de la salud, y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos. Por otra parte, en la actualidad existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión⁶.

En esta misma Ley el artículo 40 señala que “1.En el ámbito de la sanidad privada, los profesionales sanitarios podrán ejercer su actividad por cuenta propia o ajena. 2.La prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá efectuarse mediante cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico”. En conexión, en el ejercicio profesional en el ámbito privado la precitada ley señala que establece, como principio general, la aplicación a los servicios sanitarios de tal titularidad de los criterios que se determinan en esta norma, con el fin de garantizar la máxima calidad de las prestaciones sanitarias, sea cual sea la financiación de éstas.

4. EL CONTRATO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS ON-LINE.

En este ámbito estimo habría que unir el citado ejercicio profesional y la nueva actividad denominada con la expresión *comercio electrónico*, que designa, aquellas operaciones de índole comercial que se desarrollan por medios electrónicos o informáticos, o sea, el conjunto de comunicaciones electrónicas efectuadas con fines publicitarios o contractuales

6 Por ello en LOPS no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente.

entre las empresas, o entre éstas y sus clientes. Dentro de él destacan e interesan ahora las operaciones estrictamente negociales, que constituyen en sentido estricto la llamada *contratación electrónica*, o sea, la celebración o conclusión de contratos a través de medios o instrumentos electrónicos. Podemos definir la contratación electrónica o telemática como el tráfico de mensajes dentro de una red que permite la negociación, conclusión y ejecución de contratos. El tráfico de mensajes es el flujo de información que transcurre entre emisor y receptor de mensajes y que contiene datos acerca de actividades relacionadas con la contratación. Por tanto, el flujo de mensajes es la contratación telemática. El concepto incluye la contratación telemática civil (entre particulares y/o empresas fuera de su actividad), mercantil (o comercio electrónico), la contratación con condiciones generales y electrónicas, la contratación telemática de productos físicos y servicio de prestación y la contratación de servicios de la sociedad de la información⁷.

Debemos distinguir asimismo el *comercio electrónico directo*, que es aquella modalidad de comercio en Internet que tiene lugar en la red, incluyendo el pedido, la entrega y el pago (en línea). Ejemplos de este tipo pueden ser la compra de fármacos a través de Internet, compra de un programa de ordenador o servicios de catálogo. Por otro lado, el *comercio electrónico indirecto*, que es aquella modalidad de comercio en Internet donde el pedido se hace en la red, pero la entrega y/o el pago se producen fuera de la red. Estos dos componentes podrían darse para los servicios de los profesionales sanitarios. En ocasiones, ya no tendrá que desplazarse de casa para terminar con ese malestar que sufre desde hace unos días. Entiendo también cuan importante es la tecnología para mejorar la calidad del cuidado de los pacientes.

Concurriría a este servicio este sistema de contratación, a decir de la LSSICE (Anexo, “definiciones”, letra h), cuando en la celebración del contrato “la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. Así pues, lo peculiar, lo definitorio de esta nueva forma de contratación es el conducto o cauce —electrónico— a través del cual se emiten las declaraciones de voluntad relevantes; conducto o cauce radicalmente novedoso y que, por eso mismo, plantea problemas nuevos y desconocidos para el legislador. Incluso deja de tener sentido el empleo de vocablos

7 BESCOS TORRES, M, “Formas contractuales en el comercio electrónico”, El comercio en la SI, ICE n ° 813, Febrero 2004, pp 173-176.

como *verbal* o *escrito*, reemplazados ahora por nuevas formas de expresión de la voluntad electrónicas.

Es precisamente esto último —lo novedoso de los cauces a través de los cuales se emiten, se transmiten y se reciben las declaraciones de voluntad negocial— lo que ha suscitado cuando menos cierta perplejidad, en algunos juristas. No ha faltado, así, quien ha subrayado la inadecuación de las viejas categorías dogmáticas y conceptuales del Derecho a esta nueva forma de contratación, viendo en ella el principal obstáculo jurídico para el desarrollo del comercio electrónico y reclamando, en consecuencia, una disciplina jurídica especial para esta nueva realidad negocial. Otros, acaso más realistas, han puesto de manifiesto que en un ordenamiento como el nuestro, en el que rige con carácter general el principio espiritualista o de libertad de forma, la contratación electrónica no puede considerarse un fenómeno jurídicamente novedoso, sin perjuicio de sus peculiaridades tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista jurídico (así, en materia probatoria, etc.): gráficamente se ha recordado, a propósito de la contratación electrónica, el viejo adagio latino *nihil novum sub sole*⁸.

La LSSICE asegura la validez y eficacia de los contratos que se celebren por vía electrónica, aunque no consten en soporte papel. Se equipara la forma electrónica a la forma escrita y se refuerza la eficacia de los documentos electrónicos como prueba ante los Tribunales, resultando también éstos admisibles en juicio como prueba documental.

Pueden celebrarse por vía electrónica todo tipo de contratos, salvo los relativos al Derecho de familia y sucesiones, por ejemplo adopciones, matrimonio o testamento. Si los contratos deben ir seguidos del cumplimiento de ciertos requisitos formales, como

⁸ En realidad, como se ha dicho, la novedad que supone la contratación electrónica no implica alteración de las normas generales de la contratación, sino que constituye simplemente —dicho sea sin desmerecimiento— un nuevo medio de contratación entre distantes. Ahora bien, la inadecuación para ella de las soluciones normativas concebidas y desarrolladas para la contratación que tiene lugar de forma oral o escrita, genera una desconfianza hacia los contratos electrónicos que dificulta o ralentiza, en general, el desarrollo del comercio electrónico. De ahí que, en ejecución del mandato contenido en la Directiva sobre Comercio Electrónico, el legislador se haya propuesto despejar de dudas el panorama de la contratación electrónica y, de ese modo, promoverla o potenciarla. Y es éste el cometido que ha venido a corresponder a la LSSICE de 2002. Ahora bien, como hemos anticipado, las disposiciones de la LSSICE en la materia habrán de ser integradas con las de los arts. 92 y ss. lo que explica la remisión que el art. 94., párr. 1.º de ésta y el ap. 6 del art. 38.

su elevación a escritura pública o su inscripción en algún Registro, dichos requisitos seguirán siendo exigibles para que el contrato sea plenamente válido o eficaz.

El prestador de servicios de la sociedad de la información que lleve a cabo un proceso de contratación electrónica tendrá, en síntesis, las siguientes obligaciones:

Antes de iniciar el procedimiento, deberá poner a disposición del usuario, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre: Los trámites o pasos que debe seguir para celebrar el contrato; Si va a archivar el documento electrónico del contrato y si va ser accesible; Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir los errores en la introducción de los datos, antes de confirmarlos; La lengua o lenguas en las que puede formalizarse el contrato; Las condiciones generales de contratación que, en su caso, rijan el contrato; La obligación de poner a disposición la información anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio web; Cuando a los servicios se acceda mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido (ej. móviles) se dará por cumplida la obligación si se facilita la dirección de Internet donde se encuentre dicha información; Celebrado el contrato del prestador debe confirmar la recepción de la aceptación, ya sea por medio de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente, ya sea a través de un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación.

Las anteriores obligaciones quedan exceptuadas en dos supuestos: Cuando hubiera un acuerdo entre las partes en tal sentido y ninguna de ellas tuviera la condición de consumidor, y cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

5. EL PROBLEMA DEL PACIENTE COMO CONSUMIDOR

Assumiendo la posible aplicación del derecho de consumo a la relación jurídico sanitaria, es necesario señalar que para ambos casos no se debe dejar de considerar la existencia de un desarrollo asimétrico entre las partes intervinientes, que suelen no ser iguales. Por ello, el Código Civil en algunas circunstancias no

termina siendo capaz de mantener una postura equitativa frente a sujetos que al interactuar entre ellos se percibe que no siempre se encuentran en un pie de igualdad. La relación jurídico-sanitaria es en definitiva, según Cayón de las Cuevas, una relación entre desiguales, y es allí donde el derecho debe revertir una realidad de desigualdad por una de paridad⁹.

En este sentido, habría que deslizarse por un debate académico sobre la pretendida autonomía científica del derecho de la salud o de la autonomía científica de incluso el derecho de consumo, cuando estamos siendo destinatarios de un servicio sanitario solemos aceptar prácticamente todo, aún sabiendo que probablemente es uno de los servicios más importantes que nos prestan, en tanto afecta un bien jurídico fundamental como lo es nuestra propia salud. Tanto el artículo 51 de la Constitución como el reciente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, consagran el derecho del consumidor a su salud y seguridad. Este derecho ha sido recogido en las legislaciones autonómicas tanto sanitarias como de consumo, abriendo una nueva línea vanguardista en la consideración jurídica del paciente. Frente a la tradicional consideración de éste desde la perspectiva de mero destinatario de productos y servicios sanitarios en una relación tutelada por el facultativo e inspirada por el principio de beneficencia, las modernas líneas de investigación jurídica en la materia sitúan al paciente como un usuario más de servicios y un consumidor de productos, razón por la que le resultaría perfectamente extensible la legislación de protección del consumidor. Esta idea, que viene abriéndose camino desde el punto de vista doctrinal y legislativo y que no es sino la respuesta jurídica de la creciente paridad posicional de la relación médico-paciente, exige articular las herramientas hermenéuticas que permitan solventar las eventuales colisiones normativas entre ambos sectores del ordenamiento.

La vis expansiva del Derecho de Consumo ha penetrado también en el tradicionalmente hermético sector sanitario a través de múltiples vías: unas veces incorporando el fenómeno sanitario a la legislación de consumo, de modo que el denominado Derecho

Sanitario o Derecho del Paciente empieza a configurarse como una subespecialidad con cierta sustantividad propia; otras veces, inspirando instituciones jurídicas nacidas en el seno de las relaciones jurídicas de consumo pero aplicables a las relaciones sanitarias.

En contrapartida, frente a que cuando solicitamos otro servicio de menor importancia frecuentemente discutimos lo que se intenta acordar con la otra parte. Esta paradójica disimilitud se explica, a partir de que tradicionalmente la relación médico-paciente ha estado caracterizada por el principio de beneficencia o el principio paternalista.

6. CONTRATO ELECTRÓNICO/CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA CE

Si los contratos, son definido sin presencia física de las partes contratantes, lo que implica que la oferta y la aceptación se manifiestan a través de medios electrónicos. Por lo tanto, no se entenderá como contrato electrónico aquél en el que sólo la oferta o sólo la aceptación tengan lugar por medios electrónicos. Contratos celebrados a través de redes telemáticas, es decir, una vez atendidas las características básicas que la LSSICE; la propia LSSICE en su Art. 23.4 establece una excepción a la anterior definición. Y así los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones no tendrán el carácter de contratación telemática aunque cumpla los requerimientos de distancia y realización a través de redes telemáticas. La contratación electrónica que nos ocupa puede ser calificada como civil o mercantil. Para ello se utilizan criterios jurídicos contenidos en la Ley positiva. Cuando se califique como civil será de aplicación al mismo el Código Civil y las Leyes adicionales que sean de aplicación. Existe contrato electrónico, a tenor del art. 1254 CC, desde que *“una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*. Asimismo, prevalece en la C.E. (contratación electrónica) el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 1255 CC, a tenor del cual *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público”*. Los requisitos para que exista contrato electrónico civil son, según el art. 1261 CC: consentimiento de las partes contratantes; objeto cierto, posible y determinado (o determinable) materia del contrato; causa de la obligación que se establezca; forma, cuando ésta es exigida de la forma *“ad solemnitatem”*; pasamos a estudiarlos por separado, con sus peculiaridades posibles:

9 CAYÓN DE LAS CUEVAS, J, “Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias” La protección jurídica del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010, ISBN 978-84-9903-411-9, pp. 73-112.

6.1. Consentimiento

En virtud del art. 1261.1 CC, “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. En este aspecto existen ciertas peculiaridades, ya que deben tenerse en cuenta dos aspectos: la voluntad interna y la voluntad declarada de los contratantes. Pero existen distintos tipos de error que vician el consentimiento. Como dice el artículo 2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, en adelante LBRAP, “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.” Pasemos a ver los tipos de error en que se puede incurrir, cuando no se da esa necesidad de “conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”(art 3 LBRAP) :

Error invalidante: en virtud del art. 1265 CC, es “nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. El desconocimiento de las técnicas electrónicas, y la complejidad de la contratación electrónica pueden impedir la formación correcta del consentimiento. El error de que se trate debe ser, en virtud del art. 1266 CC, un error sustancial, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa o cualidades que han inducido de forma principal a contratar a la parte que ha sufrido el error, manteniéndose jurisprudencialmente el criterio subjetivo de determinación del consentimiento¹⁰. Error obstativo: consiste en la correcta formación de la voluntad interna, pero se produce un error en la declaración externa. Nuestro Código Civil no ofrece una respuesta, aunque la jurisprudencia se inclina hacia la valoración de la declaración de voluntad expresada, si el error fue malicioso o se pudo haber evitado empleando mayor diligencia (siempre que exista buena fe en la otra parte). Al emplearse programas de ordenador, agentes de software, codificaciones del mensaje de datos,... es fácil que éste no llegue de forma íntegra, sino alterada. Error en la persona (paciente o usuario): en virtud del art. 1266 CC “el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella

hubiese sido la causa principal del mismo”. Esto incluye la identificación de la persona (paciente o usuario) y la consideración errónea de las cualidades de la persona (importante en las relaciones obligatorias personalísimas). Debe figurar en la C.E., ya que las partes se encuentran ausentes y las declaraciones se realizan mediante programas de ordenador, por lo que la identificación de las partes es más difícil, siendo los mecanismos de diversas leyes. Desde la aparición de la firma electrónica se ha facilitado esta tarea. Aparte del error, la violencia e intimidación son también vicios de la voluntad, siendo difícil detectarlos por la otra parte.

Esta tipología de errores nos lleva a conectar con los mencionados en el art. 40 de la LOPS: “Los servicios sanitarios de titularidad privada estarán dotados de elementos de control que garanticen los niveles de calidad profesional y de evaluación establecidos” para evitar los citados errores. En principio la relación del paciente o usuario es una relación contractual, basada en la confianza genérica y a veces en la concreta, *in tuitu personae*- que proporciona al paciente la posesión del título habilitante para ejercer la profesión de que se trate¹¹. Esta relación paciente-agente sanitario se caracteriza, en efecto, por ser el “encuentro entre una confianza y una conciencia”: la confianza del paciente, que se entrega a la conciencia del agente sanitario que ha de asistirlo, cuidarlo, y, en lo posible, sanarlo. Se le ha calificado también de “relación personalísima de diálogo y de confianza”. Exige: por parte del profesional, la aceptación del ejercicio de los derechos reconocidos al ciudadano, sin provocar una posición de defensa frente a ningún potencial ataque. Y por parte del paciente, el reconocimiento del cumplimiento de unas funciones por el sanitario, de la aplicación de unos conocimientos dentro de la *lex artis*, que van dirigidos a mejorar la salud física y psíquica.

También el dolo se considera relevante en la C.E, ya que existe dolo cuando “con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho” (art. 1269 CC). Pero además no basta que sea cualquiera, sino que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes

¹⁰ Dicho precepto establece que “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

¹¹ MOSERRAT QUINTANA, A., “El derecho a la salud y las prestaciones sanitarias”, en MOSERRAT QUINTANA, A., (Dir.) *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Lerko Print, 2008, p.50-51.

contratantes”, ya que “el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios” (art. 1270 CC).

En los casos de que su actividad esté sujeta a autorización previa o ejerza una profesión regulada, deberá informar a los usuarios sobre los siguientes aspectos: Si ejerce alguna profesión regulada (profesión sanitaria), los datos básicos que acrediten su derecho a ejercer dicha profesión (colegio profesional al que pertenece, número de colegiado, título académico, Estado de la Unión Europea en que se expidió el título académico y, en su caso, la correspondiente homologación). Si su actividad estuviera sujeta a autorización administrativa, los datos de la autorización de que disponga y los identificativos del órgano encargado de su supervisión.

Por ello, la capacidad de la telemedicina de saltar por encima de los límites territoriales no deroga la obligación del médico de estar autorizado para ejercer la medicina tanto en el lugar desde el que él trabaja, como en el lugar de residencia del paciente al cual presta servicios. La obligación de obtener la necesaria autorización en los lugares de residencia y de ejercicio significa que la práctica de la telemedicina se somete plenamente a las normas vigentes en los respectivos territorios. No es admisible una telemedicina desvinculada de las obligaciones del derecho de origen y destino, o, al menos, de una regulación internacional.

Se sobrentiende que la obligación de colegiación doble o múltiple no es un mero trámite administrativo o una mera ventaja funcional. Es un recurso que protege los valores éticos profesionales, ya que, si por un lado conviene favorecer la libre prestación de servicios, por otro se ha de garantizar la calidad moral y técnica de las prestaciones, fijando claramente las responsabilidades deontológicas.

6.2 Objeto

En virtud del art. 1271 CC, pueden ser objeto del contrato “todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres”. Debe ser siempre un bien susceptible de valoración económica, posible, lícito y determinado o determinable sin necesidad de establecer un nuevo contrato. Debe estarse a tenor de las normas de Derecho Internacional Privado aplicables, ya que lo que en un país es lícito. El objeto puede

ser entendido como actuación realizada en el ámbito de la sanidad con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación (art 3 LBRAP) o como dice la LOPS (art. 5), “prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta Ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables”. Afirmo que sólo podría interrumpirse la prestación de un servicio de la sociedad de la información cuando atente a los principios concretos que se establecen. Se haría necesario el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar, por ejemplo, nocivos para la juventud y la infancia.

La veracidad con que se ha de certificar sobre la atención prestada cobra particular importancia en telemedicina, cuyo componente tecnológico puede prestarse al fraude: no es difícil para quien posea los necesarios conocimientos técnicos manipular imágenes y datos, con el objeto de crear pruebas ficticias o cambiar el número o valor económico de los actos médicos que se facturan a las aseguradoras. La posibilidad de manipular historias e informes le podría restar fiabilidad. Asimismo, la obligación de medios correspondiente al arrendamiento de servicios hipotéticamente aplicable al contrato que me ocupa, establece un comportamiento diligente del deudor que, en virtud de su mediatez, produciría el resultado último deseado por el acreedor. Es decir, los servicios médicos, en puridad, no se harían efectivos automáticamente en beneficio del interesado.

6.3. Causa

La causa es otro de los elementos esenciales del contrato, ya que aquellos que no posean esta virtud no producen efecto alguno, así como los que cuya causa sea ilícita (opuesta a la moral o la ley) tampoco (art. 1275 CC). La causa ha sido entendida por la doctrina como el propósito de alcanzar la finalidad práctico social del contrato. La Comisión de Naciones Unidas para la Codificación de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es el encargado de tipificar los nuevos contratos electrónicos establecidos. Debe definirse con máxima objetividad el resultado que persiguen las partes, siendo presunción *iuris tantum* la licitud y existencia de la causa, pesando la carga de la prueba sobre el deudor que pretende desligarse de la obligación. No obstante, todo lo anterior se inserta

en la conocida calificación de la prestación sanitaria como obligación de medios, la cual obliga al despliegue de una serie de actos, pero no a la garantía del buen éxito de las técnicas a que se ha sometido el enfermo, paciente o usuario. Este buen éxito, que sería obligación de resultado, se suele presentar y como excepción a la regla general, en algunos supuestos, de cirugía estética, prótesis dentales, o de limitación o supresión de la fertilidad por medios mecánicos o farmacológicos, etc. Es decir, en los supuestos de la que se ha venido en llamar medicina voluntaria en contraposición con la propiamente curativa.

6.4. Forma

En la contratación electrónica, no es requisito la forma especial de estos contratos, siendo únicamente como medio de prueba la existencia de documento escrito privado del mismo. Con carácter general, y de modo coherente con el ordenamiento en que se incardina, la LSSICE acoge y proclama de modo expreso el principio espiritualista o de libertad de forma. En este sentido, su E. de M. afirma, en el último párrafo de su ap. I, que la LSSICE “parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no estén cubiertos por dicha regulación”. Este principio inspirador, unido al afán por fomentar esta fórmula de contratación, explica la proclamación del principio de libertad de forma, por obra, de un lado, del párr. 1.º del ap. IV de la E. de M. y, de otro, y sobre todo, del art. 23 de su texto articulado.

Afirma aquélla (E. de M.) que “se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la Ley, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes”. Dispone éste (art. 23), en su ap. 1, que “los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consen-

timiento y los demás requisitos necesarios para su validez” (párr. 1.º), añadiendo a renglón seguido que “los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”. Pero no sólo es esto: el ap. 2 de este mismo precepto dispone que para la validez de un contrato celebrado por vía electrónica no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Así pues, para celebrar un contrato electrónico basta con que tomemos asiento ante un ordenador o nos sirvamos de «dispositivos que cuenten con pantallas e visualización de formato reducido» y emitamos la declaración negocial correspondiente, aunque jamás hayamos cruzado palabra con nuestra contraparte. Y el ap. 3 añade que la exigencia legal de que un contrato o cualquier documento relacionado con él se documento por escrito, se entenderá cumplida si el contrato o la información de que se trate constan en soporte electrónico¹². Queda establecida de este modo la equivalencia entre los documentos en lo que ahora se denomina *soporte papel* y los documentos en soporte electrónico¹³. Entiendo así, según la LBRAP (art. 3 y 14), que forma parte de la documentación clínica, el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial, de manera que garantizada su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

12 En el mismo sentido, la disposición adicional primera de la LCS, intitulada *soporte duradero*, establece que “siempre que esta ley exija que el contrato de seguro o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido si el contrato o la información se contienen en papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información»

13 La equiparación queda legalmente formulada para los casos en que una norma exija forma escrita en cuanto requisito de validez, pero no es dudoso que asimismo despliega efectos en materia probatoria. En este último sentido, la LFE ha apostillado que «(s)e considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado» (art. 3.5, párr. 1.º) (32), así como que un documento electrónico puede ser soporte de documentos públicos o privados (art. 3.6) y que (art. 3.8, primer inciso) «(e)l soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio» (33). No es límite a lo anterior el hecho de que en algún supuesto resulte exigida la elevación a documento público de un determinado contrato o su inscripción en un registro público (lo que de ordinario requiere el previo otorgamiento de escritura pública).

6.5. La formación del contrato. Oferta

Es una declaración de voluntad dirigida a otra persona, en virtud de la cual se propone la celebración de un determinado contrato. Tales elementos incluyen la descripción del objeto, su precio y la causa del contrato, así como las condiciones accesorias. Puede realizarse mediante correo electrónico, página Web mensaje de texto (SMS). Prevalece el principio de libertad de forma de la oferta, pudiéndose dirigir también hacia una pluralidad de personas. Ahora bien, la oferta es una declaración de voluntad a través de la cual se propone la celebración de un contrato, el cual debe contener todos los elementos esenciales, tales como el precio de los productos o servicios, el plazo de duración de la oferta y los demás requisitos propios del mismo. En referencia al tema estudiado, hay que añadir una necesidad de ofertar y adaptar tratamientos basados en la evidencia científica.

Con Internet, no toda oferta comercial de un proveedor hecha en este entorno electrónico va a constituir en rigor una declaración de voluntad contractual. Para que realmente estemos ante una oferta vinculante, se requiere que ésta contenga determinados datos que se consideran fundamentales. El Convenio de Viena establece que debe ser una oferta “suficientemente precisa”, exteriorizarse de algún modo y reflejar la indubitada voluntad del oferente de vincularse contractualmente. En Internet la oferta ofrece algunas peculiaridades puesto no suele ir dirigida a destinatarios determinados. La doctrina mayoritaria considera que, si la oferta expuesta en la página Web no contiene el dispositivo técnico de aceptación, o la misma es incompleta, no se trata de una oferta. Se puede distinguir así entre *Webs* activas y pasivas, siendo pasivas las que se limitan a exhibir y publicitar sus productos/servicios, mientras que las activas promueven la comercialización de los mismos. Aquí, en cuanto a lanzamiento al público, y salvo publicidad engañosa, no cabe lugar para la ambigüedad. Pero una cosa es, a efecto de lo que nos ocupa, oferta simple dirigida a la captación de potenciales clientes, y otra cosa muy diferente es averiguar, si dicha oferta tiene contenido en sí misma, es decir, si se materializa jurídicamente en oferta obligatoria antes y al ser aceptada por el cliente, y esa obligación a qué tipo pertenece.

La oferta debe especificar el plazo durante el que está vigente, y a este respecto la LSSICE establece en su artículo 3 del Art. 27 que: “las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en

su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”, En esta propuesta, los pacientes o usuarios tiene derecho a decidir libremente después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3 LBRAP). Se insiste sobre la información adecuada como base del derecho del paciente a “decidir libremente, es decir a prestar o no su consentimiento, ya informado.

6.5.1. Aceptación de la oferta

Consiste en la declaración de voluntad por la cual la persona a quién se dirige la oferta se vincula con el oferente mediante un contrato entre ambos. Debe coincidir con la oferta realizada y contener voluntad de obligarse. La aceptación de una oferta es la manifestación de consentimiento del destinatario con los términos en que ha sido formulada aquella y de la manera propuesta o autorizada por el oferente. Es decir, se exige la coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Este requisito propio de la aceptación se denomina “regla del espejo”. En caso de no coincidir con la oferta estaríamos ante un caso de contraoferta, que el inicial oferente deberá aceptar o no; no obstante, pueden existir distintas fórmulas de aceptación. Debe realizarse, empero, mediante firma electrónica para mayor seguridad. En este caso, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan hacia la *Teoría de la Recepción*, entendiéndose aceptado desde que el individuo recepta el documento y llega a su poder confirmado.

Ni la distancia ni la interposición de instrumentos pueden mellar la plena relación de confianza que debe existir entre médico y paciente, ni difuminar el carácter interpersonal de su relación. En ésta, ocupa un lugar prioritario la libertad del paciente para aceptar o rechazar, iniciar o suspender, la atención telemédica, libertad que ha de ser respetada tanto en los sistemas sometidos a derecho privado como en los gestionados por servicios públicos. No hay lugar, en telemedicina, para prácticas promocionales que puedan disminuir la libertad del paciente de elegir el médico y los servicios de su preferencia. A la telemedicina se aplican, por tanto y de modo cualificado, las normas éticas y legales sobre la libertad de elección del médico por el paciente.

La distancia no tiene porqué despersonalizar el encuentro clínico, ni crear extrañeza entre médico y paciente. Incluso en algunos casos podría disminuirla o eliminarla. Mediante mensajes visuales, auditivos o escritos, pueden médico y paciente mantener un

diálogo clínico directo y frecuente, en tiempo real. Las posibilidades técnicas no diluyen, sino que refuerzan, la obligación de autenticar la relación, de dar a conocer al paciente en cada ocasión qué médico le está atendiendo en cada momento y qué médico asume la responsabilidad final de su asistencia.

Es evidente que en la voluntad de quien contrata una atención médica, procurada mediante telemedicina, está presente el convencimiento en la seguridad de lo contratado. Íntimamente, su proceso volitivo llega a la conclusión de que su necesidad de cobertura médica es real, y no puede quedar al descubierto ante el acontecer de la vida. Por esto, arrienda, quiere que la prestación que le deben, es decir, esos servicios médicos, estén dispuestos para él desde el mismo instante de la celebración del contrato

6.6. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico.

Se encuentran estas entre los arts. 1262 del CC y 54 del Cdec a los que la LSSICE ha dado nueva redacción, unificando su regulación y poniendo fin a una situación formal de disparidad de soluciones-civil y mercantil- que carecían de cualquier justificación, El art. 1262 CC¹⁴ es aplicable a la contratación electrónica, exigiendo la jurisprudencia: que los contratantes se encuentren separados entre sí; que exista un intervalo de tiempo entre el momento de la oferta y el momento en que se acepta. El art. 29 de la LSSICE establece que “los contratos en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”. En cuanto al momento en que ha de reputarse perfeccionados los contratos electrónicos se rige por las reglas generales en materia de contratación entre distantes

Si la contratación se ha realizado por correo electrónico, se considera lugar aquel desde el que parte el correo electrónico que contiene la oferta. En caso de contratación vía páginas *Web*, se considera lugar el país en el que radica el establecimiento de la empresa que opera la página *Web*, de acuerdo con la Ley citada.

14 1262 del CC. “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”

6.7. Prueba del contrato

En principio, la LSSICE declara en materia de prueba la aplicabilidad de las reglas generales, y remite, en particular, a la llamada firma electrónica. Éste es, sin embargo, uno de los aspectos de la contratación electrónica que en principio podría provocar mayores reticencias hacia ella. Esto hacía obligada la elevación del soporte electrónico a la categoría de prueba documental, equivalente a la del soporte papel (en una senda, por cierto, ya transitada por la legislación mercantil, una vez consolidada la tendencia a representar los valores mediante anotaciones en cuenta en lugar de mediante soporte documental). Y éste es el cometido que han llevado a cabo el art. 24.2 LSSICE, así como la disposición adicional primera LCS(Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro), y el art. 3 de la LFE (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). Esto significa en la práctica que el soporte electrónico en el que conste un negocio concluido por vía telemática o informática será, a estos efectos, una prueba documental y no una mera prueba complementaria sujeta a las reglas de la sana crítica (arts. 299.1 y 2 y 384.3 LEC)¹⁵.

7. CONCLUSIÓN

Aunque, para algunos el contrato de servicios de los profesionales sanitarios es polimorfo, ya que los servicios que se brindan pueden configurar más de un contrato: locación de servicios o de obra¹⁶, mandato o gestiones de negocios ajenos; especialmente cuando se trata de lo que en la técnica alemana se denomina *Artzvertrag* o “contrato médico”. Esto es,

15 Ahora bien, debe quedar claro que lo que constituye la prueba documental no es el soporte electrónico en sí, sino puesto en relación con su contenido o información que suministra, por medio de la firma electrónica. Dependiendo de que exista ésta o no, y en qué términos, son varias las situaciones posibles: 1.º Documentos electrónicos no firmados electrónicamente: hasta la promulgación de la LSSICE, 2.º Documentos con firma electrónica simple. 3.º Documentos con firma electrónica avanzada, que resultan equiparados, a efectos probatorios, a los documentos en soporte papel con firma manuscrita, con la salvedad de que en caso de impugnación de la autenticidad de la firma electrónica es de aplicación el art. 326.2 LEC. 4.º Documentos con firma electrónica reconocida, que se equiparan plenamente a los documentos privados con firma manuscrita. 5.º Documentos electrónicos bajo condiciones

acordadas, en cuyo caso se estará a lo acordado entre los interesados (art. 3.10 LFE).

16 MOSERRAT QUINTANA, A., op. cit., pp. 50-51 En cualquier caso para el autor conviene tener en cuenta, que en ocasiones, no es tan fácil la diferenciación entre el verdadero contrato de arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra;.

que las relaciones con un profesional pueden revestir diferentes formas contractuales.

En España, el propio Gitrama y Santos Briz¹⁷ hacen referencia a esta idea al señalar que la naturaleza del contrato (contrato médico) es variable y *proteiforme*, por la multiplicidad de hipótesis en que puede tener su origen y sus efectos¹⁸. Además, he comprobado que no se puede reducir a un solo tipo de contrato la actividad asistencial, debido a la forma de ejercer la profesión y a la gran diversidad de especialidades sanitarias, pues no es fácil conjugar estos aspectos, configurar uno genérico con carácter único aplicable a todos los casos, a todas las variantes nacidas del ejercicio de la profesión liberal, pues partiría de una excesiva generalidad y, en consecuencia, carecería de fortaleza, diluyéndose su naturaleza jurídica al aplicarse a casos concretos.

Me propongo, por tanto, proporcionar una visión sucinta de la llamada contratación electrónica en el ámbito sanitario a quienes se interesan por vez primera por esta nueva realidad negocial. Es verdad que en un sistema jurídico en que goza de secular arraigo el llamado principio espiritualista, no puede decirse que los contratos concluidos por medios electrónicos o telemáticos constituyan una realidad estridente, en la medida en que no dejamos de estar ante manifestaciones de voluntad exteriorizadas de un modo distinto pero sustantivas y relevantes. No es menos cierto, sin embargo, que con todo, nuestro sistema jurídico, atento a la realidad de la vida, ha tomado en consideración el consentimiento negocial prestado de manera oral o escrita, y no ha tomado en consideración - porque no pudo hacerlo - la posibilidad de que dicho consentimiento negocial se exteriorizase por cauces telemáticos. Esto es lo que explica las dudas jurídicas y la inseguridad técnica que han podido caracterizar a los contratos electrónicos en los primeros estadios de su desarrollo. Pero, sentado que no estamos nada más que ante el contrato de servicios de los profesionales sanitarios pero celebrados de un modo un tanto especial, sabido que se trata de contratos celebrados

entre distantes, y tomada ya la iniciativa por parte del legislador con vistas a la instauración de un marco jurídico llamado a disipar dudas y eliminar incertidumbres, podemos concluir con el viejo adagio latino: *nihil novum*. En consecuencia, los contratos de prestación de servicios con los pacientes tendrán que cumplir como cualquier otro contrato, con las disposiciones de nuestro Código Civil, aunque dado que la telemedicina le es también de aplicación la normativa sobre comercio electrónico, los contratos de prestación de servicios con los pacientes que se realicen habrán de cumplir con la Ley 34/2002 de comercio electrónico, teniendo que hacer ciertas previsiones en orden a adaptar los mismos, así como cumplir la normativa sobre consumo y publicidad.

Por último, en aras de conseguir *on-line* una práctica *profesional asertiva*, con lo que conlleva un ejercicio que favorezca en la contratación electrónica la seguridad, el respeto, la comunicación, y la confianza entre el profesional y el paciente, se precisa realizar cuatro acciones, a mi juicio: 1) mantener una educación continua que permita tener los conocimientos suficientes para actuar electrónicamente con seguridad, sin temor a un resultado inesperado; 2) respetar los derechos de los pacientes; 3) exigir que se respeten lo derechos de los profesionales; y 4) mantener una adecuada comunicación con los pacientes y sus familiares.

8. BIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, «El Real Decreto-Ley sobre la firma electrónica», en *RCE*, núm. 1, 2000, pp. 7 y ss.
- CRUZ RIVERO D., *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006; *La firma electrónica reconocida*, Colegios Notariales de España, 2006;
- ESTEVE SEGARRA, A., “La prestación de servicios médicos: criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios”, *Trabajo premiado en la fundación Broseta- III Premio estudios jurídicos universitarios*.
- GARCÍA MÁS, «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1927 y ss.

17 GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en varios autores, *Estudios de derecho público y privado...*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1966, vol. I, p. 341; SANTOS BRIZ, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *RDP*, 1984, p. 666.

18 Al respecto, estoy de acuerdo con la doctrina cuando expresa que es posible afirmar que una cierta relación es híbrida, en el sentido de que puede admitir formas contractuales diversas celebrados electrónicamente, según las circunstancias del caso concreto. Pero no es factible aseverar que es un contrato con muchas formas; porque el contrato, una vez que surge, es tal o cual, uno u otro, pero no varios.

- GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en varios autores, *Estudios de derecho público y privado...*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1966, vol. I, p. 341.
- ILLESCAS ORTIZ, “La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre”, en *DN*, octubre de 1999, pp. 1 ss.
- DE LORENZO SANCHEZ, A. “Contrato de Prestación de Servicios Médicos”, *Primeras Jornadas de Derecho Médico de la Universidad de Alicante*. 1984.
- MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1999; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La firma electrónica: aspectos probatorios», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 175 ss.;
- MIRANDA SERRANO L.M.; Pagador López, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente”, *Estudios sobre Consumo* 85 (2008) pp.77-92
- MOSERRAT QUINTANA, A., “El derecho a la salud y las prestaciones sanitarias”, en MOSERRAT QUINTANA, A., (Dir.) *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Lerko Print, 2008, p.50-51.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico- laboral*, MTAS, Madrid, 2001.
- “El Teletrabajo y la Seguridad Social”, en OJEDA AVILÉS, Antonio, *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo: las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.
- “El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006), RL, núm. 6, 2008.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, *Firma electrónica y documento electrónico*, ya cit; ÍDEM, *La seguridad de la firma electrónica*, Madrid, 2004. GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en varios autores, *Estudios de derecho público y privado...*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1966, vol. I, p. 341.