

MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS: ELEMENTOS JURÍDICOS DE CONFLICTO EN EL DERECHO CIVIL DEL NUEVO MILENIO

JOSÉ RICARDO PARDO GATO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ENCAJE Y RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN.- II. EL CONSENTIMIENTO Y LA CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.- III. EL MOMENTO DE PERFECCIÓN. III.1. Principales teorías acerca del momento de perfección. III.2. La regulación anterior a la Ley de Internet. III.3. Los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio: la unificación en la teoría civilista del momento perfectivo. III.4. ¿Es necesario el acuse de recibo para entender perfeccionado el contrato?.- IV. LUGAR DE CELEBRACIÓN *VERSUS* LUGAR DE PERFECCIÓN. IV.1. La regla general de los contratos a distancia. IV.2. El artículo 29 de la Ley de Internet. IV.3. Jurisdicción competente y ley aplicable.- V. RECAPITULACIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: ENCAJE Y RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN.

La constante innovación y desarrollo de los medios tecnológicos puestos a nuestro alcance en los últimos tiempos y de los que nos venimos sirviendo, cada vez en mayor medida, para llevar a término los diferentes negocios o transacciones, ya sean realizados sólo entre empresarios (B2B) o participando consumidores (B2C), conlleva una rápida y necesaria evolución de la legislación para adaptarse y contribuir directamente a conformar este nuevo escenario.

Las múltiples innovaciones positivas que nos aportan los instrumentos electrónicos, cuyo horizonte sólo parece en principio acotado por nuestra imaginación, no son ajenas a los riesgos y desafíos que toda novedad conlleva y que ineludiblemente nos vemos obligados a afrontar, lo que llevado al campo del Derecho cristaliza en la imprescindible seguridad jurídica que deben albergar las operaciones contractuales en este marco de actuación.

Es en la nueva *sociedad de la información*, expresión que deviene en lo que algunos denominan como *sociedad del conocimiento*¹, donde Internet se erige como un «gran escaparate mundial» para muchas entidades mercantiles que han encontrado un innovador y potencial mercado o comercio electrónico en el que se mueven multitud de usuarios que contratan los productos y servicios que se ofertan por este medio; lo que nos aproxima a un nuevo modo de entender la oferta y la aceptación, o lo que es lo mismo, una nueva óptica desde la que contemplar el requisito *indispensable* del consentimiento contractual, ya caracterizado así por nuestro excelso GARCÍA GOYENA desde el longevo proyecto de Código Civil español de 1851².

¹ Así, LESMES SERRANO, C.: «Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2000, p. 371.

² La validez de los contratos ya se hace depender, entre otros, del requisito del consentimiento en el artículo 985 del proyecto de Código Civil (mientras que en el primer inciso del artículo 978 del mismo texto también se señalaba que «[l]os contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...»), calificándolo GARCÍA GOYENA, F. (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852 al cuidado de LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1974, p. 522; su reflexión sobre el artículo 978 la encontramos en las pp. 518 y 519), como un elemento *esencial ó indispensable*, que sin su concurrencia el contrato no puede existir.

Dado que el progresivo desarrollo de la sociedad de la información aumentará las posibilidades de la contratación electrónica, cada vez más sectores se apuntarán a la distribución de productos y de servicios por vía telemática, hasta el extremo de llegar a entender la tecnología informática como un nuevo soporte para el acuerdo de voluntades, lo que ha derivado en una profunda transformación en las relaciones jurídicas, en especial en el ámbito del Derecho de la contratación, con la aparición de nuevas formas o técnicas contractuales en las que la presencia física de los contratantes, por mor de la distancia, se ve reemplazada por su comunicación a través de los nuevos instrumentos electrónicos.

Los distintos problemas jurídicos que puede originar este flujo tecnológico que no deja de surgir, algunos de los cuales han recibido ya adecuada respuesta por parte del legislador español mientras que en otros siguen existiendo abundantes lagunas por resolver, pueden aglutinarse en torno a dos cuestiones de fondo en las que vienen a confluir: en primer término, debe prestarse atención al mencionado mito de la inseguridad jurídica electrónica, y más concretamente a la desconfianza a la hora de contratar a través de Internet, pues el modo de contratación masivo existente hoy en día requiere de una forma y de una dinámica contractual que permita, facilite y, al mismo tiempo, garantice de manera razonable la validación jurídica de las declaraciones emitidas por las partes³; en segundo lugar, y no por ello de menor entidad, la amalgama legislativa en las que nos movemos a la hora de hacer frente a las vicisitudes que puedan aflorar en este contexto contractual, en tanto que la legislación específica aplicable en la actualidad sigue coexistiendo con otras normas preexistentes, como la normativa general sobre consumidores, la imperfecta e incompleta hasta el momento legislación sobre condiciones generales de la contratación, la relativa a telecomunicaciones y sus reglamentos de próxima aprobación, la legislación menor preexistente referida a la firma electrónica, o la ordenación del comercio minorista; regulación esta última reformada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre⁴, que ha modifica-

³ En este sentido, POMBO, F.: «Contratación electrónica», *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, J., ILLESCAS, R., y FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M.Á. (coords.), La Ley, Madrid, 2002, p. 1141.

⁴ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002; esta ley transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Un comentario sobre esta ley lo encontramos en ARROYO APARICIO, A.: *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003.

do el artículo 38 para prevenir de la aplicación preferente de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico cuando la contratación a distancia se lleve a cabo a través de medios electrónicos⁵.

Entre estas grandes cuestiones conflictivas dos son, a su vez, las que conllevan un particular interés, así como una indudable trascendencia a los efectos de la contratación electrónica, cuales son el momento y el lugar de perfección de los contratos así celebrados. Y es que, tanto en una como en otra, las circunstancias anteriormente expuestas exigen una variación en los esquemas tradicionales que, hasta hace escasas fechas, han venido sosteniendo el Derecho de obligaciones en lo que se refiere a la prestación del consentimiento y al momento en el que se perfecciona el contrato.

Ya desde la tradicional negociación y formalización contractual con presencia física de las partes conocida desde antaño podemos comprobar que se trata de dos elementos determinantes de la ulterior eficacia del negocio que en la escritura se contiene, pues si ojeamos cualquier escritura de compraventa veremos que su encabezado previene, antes de nada, sobre el señalamiento del lugar y de la fecha del otorgamiento. Trasladado al ámbito de la contratación electrónica, en la misma no se difiere en absoluto respecto a la relevancia atribuida sobre tales requisitos para poder entender como perfeccionado el contrato, adquiriendo por el contrario una mayor significación por la distancia estrictamente física de la partes intervinientes.

La dificultad en la determinación del lugar viene dada precisamente por esta última circunstancia, pues en principio la contratación electrónica partía de los postulados sobre los que se asienta la contratación entre ausentes, lo que como tendremos ocasión de exponer no es cuestión del todo pacífica dentro del amplio contexto de la contratación electrónica. El *locus contractus* conlleva especial trascendencia en lo relativo a la eficacia del negocio, por cuanto es punto de conexión para determinar la jurisdicción competente en caso de litigio, la Ley aplicable al contrato y a la relación jurídica que genera, o respecto a los propios usos y costumbres, estamos, en definitiva, en presencia de un elemento «a tener en cuenta para la interpretación del mis-

⁵ Sobre el tema, *vid.* GÁLLEGO HIGUERAS, G.F.: «Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 588, 31 de julio de 2003.

mo»⁶. Por iguales razones, a efectos fiscales resultaría importante para determinar la Administración que se encuentra legitimada para recaudar los tributos, además de establecer de cuales se trata.

Por su parte, el elemento jurídico de la fecha del contrato electrónico suscita básicamente dos problemas: la determinación del momento en que queda perfeccionado el contrato, partiendo de la base de que la oferta y la aceptación no se producen de forma absolutamente simultánea, y la determinación del momento en que se emiten y reciben las declaraciones de voluntad que lo conforman. En este sentido, junto con las dificultades de origen técnico (por ejemplo, la interrupción de la comunicación en medio de una transacción o un mal uso de la aplicación informática en el proceso de contratación), la determinación del momento de perfección del contrato es necesaria para resolver aspectos tan conflictivos como los siguientes: el establecimiento del límite temporal de la facultad de revocación de la oferta —si es que a ésta se le ha fijado plazo—, capacidad de las partes contratantes, límite de la retroactividad del contrato sometido a condición suspensiva, especificación de la norma aplicable en el supuesto de modificaciones legislativas, riesgos del bien objeto de negocio, determinación de los precios que se fijen en función de los previamente existentes, la posibilidad o no de rescindir contratos celebrados en fraude de acreedores, etc.

A algunos de estos problemas y a otros que implica la contratación por vía electrónica se ha pretendido dar respuesta legislativa, con mayor o menor grado de acierto, por medio de una norma específica aplicable al sector, en concreto a través de la entrada en vigor de la conocida como Ley de Internet o Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)⁷, que implementó al Derecho español la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio⁸. Este texto legal, imponiéndose como premisa previa la protección del consumidor, concretiza en nuestro ordenamiento jurídico interno el proceso de reconocimiento expreso de

⁶ ROGEL VIDE, C.: «En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía Internet», *ICADE (Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales)*, núm. 47, mayo-agosto 1999, p. 75.

⁷ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁸ Directiva relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE núm. L 178, de 17 de julio de 2000).

la validez del consentimiento electrónico y ha servido, en parte, para clarificar la situación jurídica anterior a su aprobación, persiguiendo como objetivo final el dotar de una mayor seguridad jurídica a las operaciones realizadas por medios electrónicos. La norma incorpora, en el marco de su Título IV (*Contratación por vía electrónica*), un artículo 29 que se destina en exclusividad a la determinación del lugar de celebración, mientras que en su disposición adicional cuarta se procede a la modificación de los artículos 1262 del Código Civil (CC) y 54 del Código de Comercio (Cdc) en aras a unificar el criterio de ambas regulaciones en cuanto al momento perfectivo en tales contratos. No obstante, estas reformas legislativas no se hallan ausentes en la práctica de ciertas dificultades y complejidades jurídicas que no deben ser obviadas.

En las líneas que siguen me propongo exponer y analizar esta situación legal vigente en nuestro país, así como las repercusiones de índole práctico, positivas o negativas, que de la misma puedan sustraerse, evitando detenerme en exceso en los antecedentes legislativos, bien sean nacionales o comunitarios, y sí poniendo el acento, o apuntando de ser factible, posibles soluciones a los problemas encontrados.

II. EL CONSENTIMIENTO Y LA CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

Antes de entrar en el análisis propiamente de la regulación y problemática jurídica que encierra la determinación del momento y el lugar de perfección de los contratos electrónicos, es obligado referirse, aunque sea someramente, sobre el tema del consentimiento electrónico en general y la caracterización de la contratación en la que se enmarca, y ello a pesar de la divergencia existente en las distintas posiciones doctrinales en cuanto al encasillamiento de la contratación concluida vía Internet, sobre si ésta debe entenderse como contratación entre ausentes o entre presentes.

Para empezar, partiendo de la conceptualización legal del contrato *ex* artículo 1254 CC, puede afirmarse que el contrato electrónico existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, siempre y cuando, en nuestro caso, la manifestación de dicho consentimiento se lleve a término, por todas o alguna de las partes, en forma electrónica, entendiendo por esta forma de realización contractual aquel supuesto en el que la declaración de voluntad de

todas o algunas de las partes del contrato es emitida y recibida en un *entorno computerizado*, es decir, por medio de impulsos electrónicos que proceden de ordenadores y son también recibidos por ordenadores⁹. En consecuencia, la perfección del contrato electrónico, como la de cualquier otro contrato, se manifiesta mediante el concurso o concurrencia de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa que han de constituirlo (artículos 1258 y 1262 CC), y hasta que no exista tal acuerdo de voluntades no podrá entenderse la propia existencia del contrato sino proceso de formación del mismo, lo que justifica la buena dirección seguida en este sentido por la LSSI (apartado h) del Anexo) al elaborar la noción de contrato electrónico tomando tan sólo como punto de referencia la forma de la transmisión de la oferta y la aceptación de las partes, en vez de remitirse a la celebración del contrato, como así lo hacen sin embargo otras disposiciones relativas igualmente a la sociedad de la información.

Respetando escrupulosamente el principio general de libertad de forma que rige en nuestro Derecho privado (artículos 1278 CC y 51.1 Cdc), las declaraciones de voluntad en las comunicaciones electrónicas entre ordenadores pueden también expresarse de cualquier modo, razón por la cual el artículo 23 de la LSSI recoge con igual orientación el principio de equivalencia funcional que garantiza la total validez de la contratación electrónica¹⁰, y ello aun cuando, en puridad, el ordenamiento jurídico llegue a exigir la forma escrita para determinados contratos¹¹.

Sentadas estas premisas, en una primera aproximación podría sostenerse que la novedad en la materia viene dada en función del otorgamiento de la validez y eficacia del consentimiento prestado a través de medios electrónicos, con la consiguiente y aparente equiparación

⁹ Así, tomando como referencia la definición de «contrato a distancia» de la Directiva 97/7/CE, RUIZ-GALLARDÓN, M.: «Fe pública y contratación telemática», *Derecho de Internet. Contratación electrónica...*, ob. cit., p. 99.

¹⁰ ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003, p. 336.

¹¹ A título de ejemplo, el artículo 6.1 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo prevé la formalización por escrito de los contratos que se realicen sobre la materia regulada en esta ley.

a la tradicional *contratación entre ausentes*¹². No obstante, considero que el término *ausentes* no es el idóneo para identificar a este tipo de contratación sino que se trata más bien de una *contratación a distancia*¹³, física que no temporal, entre partes contratantes alejadas geográficamente. Tanto en el caso de tildar a la mentada contratación con uno u otro apelativo, este razonamiento se sustenta en el principal inconveniente que la misma *a priori* conlleva, y que no es otro que la ausencia de presencia física de los contratantes, factor inhibitor principal del comercio por dicho medio al entender que el establecimiento virtual no guarda las mismas garantías de protección jurídica que el establecimiento físico, lo que podría suponer en definitiva una merma en la seguridad jurídica de los usuarios informáticos.

Otro tema sería conocer si estos contratos a distancia pueden o no calificarse de instantáneos o celebrados en tiempo real, puesto que debido a los progresivos avances en los medios de comunicación, en especial a los habidos en la contratación por Internet, puede ocurrir que no exista prácticamente espacio temporal entre la aceptación y su conocimiento por parte del oferente, como así ya venía sucediendo en los contratos telefónicos¹⁴. Aunque algunos de los servicios que ofrece Internet para que las partes se comuniquen y transmitan sus correspondientes declaraciones de voluntad pueden provocar variaciones, más o menos significativas, en cuanto al espacio temporal de comunicación existente entre el oferente y el aceptante (correo elec-

¹² DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, p. 2001, entiende que los contratos electrónicos deben tomarse «como una contratación entre *ausentes* y aplicarles todas las normas que se aplicarían al caso de la correspondencia». Utilizando este mismo término, ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 253, 254 y 257, quien, apoyándose en las SSTS 30 julio 1996 y 28 enero 2000, señala y defiende que el contrato electrónico «se practica entre *ausentes* y no es instantáneo».

¹³ De acuerdo con el Tribunal Supremo, la contratación a distancia sería admisible no sólo por carta, sino por cualquier otro medio, como el teléfono, télex, fax, correo electrónico, etc. (SSTS 31 mayo 1993 [RJ 1993, 4061], 26 febrero 1994 [RJ 1994, 1198], 30 julio 1996 [RJ 1996, 6097]). En cuanto a la doctrina, VATTIER FUENZALIDA, C.: «En torno a los contratos electrónicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, p. 75 y ss., no duda en adscribirse a la doctrina de la contratación entre ausentes, pero la califica literalmente como contratación entre «personas distantes» (p. 84).

¹⁴ A partir de la STS de 3 de enero de 1948 la contratación por vía telefónica ha sido considerada por el Tribunal Supremo como una contratación entre presentes y no entre ausentes.

trónico, *chats*, u otros procedimientos análogos, que podríamos denominar como contratos *off line*)¹⁵, el estándar en el ciberespacio consiste, cada vez más, en servidores que emplean programas que intercambian en tiempo real ofertas y aceptaciones, de forma que el cliente remite a la *website* del proveedor una orden pulsando la tecla *enter* y la respuesta no suele hacerse esperar sino que aparece normalmente de manera instantánea (contratos *on line* en páginas *web*)¹⁶.

De un tiempo a esta parte, el uso de Internet ha dejado de reunir incluso los parámetros típicos de la contratación a distancia en tiempo real para ubicarse de lleno en el ámbito de la contratación entre presentes¹⁷, me estoy refiriendo a los supuestos en los que las partes se hallan simultáneamente conectadas a una misma *website* y expresan sus declaraciones de voluntad en línea, donde el consumidor o usuario habitualmente adquirirá sin tratos preliminares los productos o servicios que aparecen en ese sitio *web*. La caracterización de la contratación electrónica en estos casos adquiere mayores tintes presenciales cuando a los instrumentos técnicos necesarios para contratar por Internet se les incorpora la voz humana de ambos interlocutores, junto con la posibilidad de la conexión visual a través de videocámaras conectadas a la red, lo que permite la visualización en tiempo real de un bien o producto (un lugar, un hotel, un viaje,...). Es más, hoy en día ya se empieza a avanzar en la comunicación sin hilos para ordenadores (*wireless* o redes *wifi*), con lo que se empezará a abandonar el acceso a la red

¹⁵ En igual sentido se expresan MORENO NAVARRETE, M.A.: *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 36 y 37; CLEMENTE MEORO, M.: «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 4, p. 62; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.: «Régimen jurídico de la contratación en Internet», *Comercio electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 287 y 288; ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección...», cit., p. 342.

¹⁶ Así, MATEU DE ROS, R.: «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», *Derecho de Internet. Contratación electrónica...*, ob. cit., p. 61.

¹⁷ Partidarios de considerar que nos hallamos ante un contratación instantánea entre presentes, CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M.A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P.: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª ed., Comares, Granada, 1999, p. 33; MATEU DE ROS, R.: «El consentimiento y el proceso...», cit., p. 61.

¹⁸ Durante el año 2003 un equipo de la Universidad Politécnica de Valencia ha logrado realizar una videoconferencia y conectarse a Internet a ciento veinte kilómetros de distancia (en prensa).

por *módem* o ADSL¹⁸, lo que implicará una comunicación de los contratantes aún más directa y con una menor intervención de agentes externos. Todos estos avances técnicos, además de los que con seguridad irán apareciendo en un futuro, provocan que la contratación en línea a través de la red, pese a poder considerarse residual de momento, nos vaya aproximando a una contratación electrónica ya en esencia presencial.

Sin desconocer estas realidades, enfocadas necesariamente desde el prisma de Internet, y a sabiendas de que la inmediatez temporal del medio informático facilita que el contrato se perfeccione con rapidez, en ocasiones con celeridad extrema, no por ello deja de ser cierto el hecho de que las partes puedan disponer de la posibilidad de iniciar un proceso negociador, dentro o fuera de la red, e incluso con carácter previo a la perfección contractual electrónica. De hecho, en el abanico de la contratación electrónica, nada obsta que el proceso formativo contractual se pueda dilatar, más o menos, en el tiempo, aun cuando los mensajes de datos portadores de las voluntades constitutivas viajen raudamente entre un lugar y otro, con la misma agilidad y prontitud como la voz en una conversación telefónica.

Desde mi punto de vista, ante la necesaria puesta en común de estas aseveraciones, considero que se trata de una contratación entre partes distantes en el espacio, con condicionantes y características totalmente novedosas que la distinguen de la contratación a distancia tradicional y que en determinados casos, como algunos de los aquí reseñados, se lleva a término en tiempo real¹⁹, lo que tiene relevancia práctica en la producción de efectos, los medios o sistemas de notificación, así como en la expresión del consentimiento, entre otras posibles circunstancias a destacar. El no calificarla de instantánea y presente con carácter general se justifica en el hecho de que, hasta en el supuesto extremo de la contratación electrónica visual y sonora, dicha consideración podría ser un tanto excesiva, al enten-

¹⁹ A esta conclusión llega también FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Pedro Brosa & Asociados y J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 35, quien considera que cuando esta contratación tenga lugar deberemos aplicar la normativa de la contratación entre presentes e interpretar las normas especiales aprobadas o que se promulguen conforme a tales consideraciones. En sentido semejante, pero con distinta terminología, MORENO NAVARRETE, M.A.: *Contratos electrónicos*, ob. cit., p. 37, al calificarla de «contratación entre ausentes en tiempo real».

der que, por muy directa que ésta sea, nada impide que puedan llegar a producirse alteraciones de distinto signo en la comunicación, bien sea por error, por intención, o por defecto técnico, que conllevarían en algunos casos la demora, o incluso la no perfección o la no conclusión, del contrato —piénsese, por ejemplo, en las subastas electrónicas o en la compra de valores en bolsa y la más que probable variación en su cotización—.

III. EL MOMENTO DE PERFECCIÓN.

Una vez establecidas las características propias que caracterizan al consentimiento electrónico, estamos en disposición de determinar el momento de conjunción de las voluntades que perfeccionan los contratos celebrados a través de estos medios. Como en el resto de contratos, el momento de perfección es el que determinará su *existencia*, el nacimiento del contrato a la vida jurídica, constituyendo su concreción una cuestión clave pues marca el instante a partir del cual las partes se hallan vinculadas por el contenido del mismo, siendo de obligatorio cumplimiento para ambas, lo que llevado al ámbito de los contratos en los que nos movemos adquiere, más que en cualesquiera otros, especial significación.

En efecto, cuando las partes contratantes se encuentran físicamente en el mismo lugar el elemento jurídico de la determinación del momento de la contratación deviene, por razones obvias, en una complejidad menor que si la perfección de la misma se produce a distancia, ya que en la contratación entre presentes las declaraciones de voluntad se expresan de forma simultánea y nacen a la vida jurídica como también el contrato mismo. En cambio, cuando las declaraciones vinculantes de oferta y de aceptación se emiten entre individuos que se encuentran distantes en el espacio es preciso determinar el momento en que el contrato se entiende celebrado, lo que no se trata simplemente de una cuestión de interés teórico sino que su trascendencia práctica resulta incuestionable, así, por ejemplo, en lo relativo al inicio en la producción de efectos y cumplimiento de obligaciones contractuales, el surgir de las relaciones jurídico personales e incluso reales, el reparto del riesgo entre las partes contratantes, las posibilidades probatorias que de la existencia del contrato se desprenden, los efectos de la sucesión *mortis causa* sobrevenida a alguna de las partes, etc.

Me referiré seguidamente a las cuatro teorías clásicas que gobiernan el momento exacto en que el contrato nace o comienza a vincu-

lar a las partes del contrato, para posteriormente entrar con un mayor fundamento en el análisis de aquellas teorías que se recogían en nuestro Derecho privado antes de verse reformado por la LSSI y la consiguiente nueva configuración legal del mismo en nuestro ordenamiento, junto con los problemas que pudieran subsistir o que pudiera originar su actual regulación.

III.1. PRINCIPALES TEORÍAS CLÁSICAS ACERCA DEL MOMENTO DE PERFECCIÓN.

En defecto de estipulación al respecto, en la que las partes, o únicamente el oferente, establezcan las pautas a seguir sobre el tema, cuatro serán en principio las teorías que dan juego al asunto que nos ocupa y que desde su razonamiento intentan ofrecer solución satisfactoria al tema del momento de perfección del contrato entre personas distantes, pese a que algunas caen por su propia consistencia en el intento.

Pese a no plantear problemas específicos en esta sede, las dos primeras teorías de referencia son las de la *emisión* y la de la *cognición*, necesarias para comprender el mecanismo de formación y perfección de los contratos electrónicos, y cuyas matizaciones nos aproximan a las conocidas como teorías intermedias, las de la *expedición* y la de la *recepción*.

De conformidad con la *teoría de la emisión, de la declaración o manifestación*²⁰, el momento de la perfección del contrato tiene lugar desde el mismo instante en que se emite la declaración de aceptación de la oferta, ya que propiamente es cuando se produce el acuerdo de voluntades, elemento temporal constituyente de la esencia del negocio. Según esta tesis el contrato ya existiría y produciría sus efectos desde la aceptación²¹, en tanto que la obligación de la transmisión o comunicación de la misma al oferente vendría a suponer la exigencia de un requisito ulterior. Consecuente desde un punto de vis-

²⁰ Bajo todas estas denominaciones, esta teoría es así recogida por ROGEL VIDE, C.: «Momento y lugar de formación del contrato», *La Ley*, 1982-4, p. 1258, y «En torno al momento y lugar de perfección...», cit., p. 78; MENÉNDEZ MATO, J.C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 243.

²¹ ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A.: «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, fasc. I, enero-marzo 1958, p. 157.

ta dogmático, se le achacan posibles inconvenientes derivados de hacer depender la perfección del contrato de la voluntad del aceptante y por referirse al proceso interno volitivo del destinatario de la oferta, además de sostener que plantea un dilema de justicia material²², en el sentido de que optar por la teoría de la emisión supondría llegar a considerar que el oferente puede verse obligado por un contrato sin conocer siquiera su existencia inicial.

Esta serie de consideraciones promueven la explicación, que no justificación, de la *teoría de la cognición de la información*, también conocida como la *teoría del conocimiento*. De acuerdo con su denominación, el contrato celebrado entre personas distantes únicamente se entenderá perfeccionado desde el momento en que el oferente reciba y tenga *conocimiento efectivo* de la aceptación que le ha sido remitida por el destinatario. La base y el fundamento de esta opción la encontramos en el hecho de que la oferta viene a suponer en el fondo una pregunta que solicita una respuesta, la cual ha de ser necesariamente conocida por quien la formuló, debido, entre otras razones, a las ya esgrimidas para la no justificación de la teoría de la emisión. En análogo sentido a la regla anterior, se le reprocha el carácter arbitrario que la aplicación de la tesis del conocimiento supondría a efectos prácticos, llegándose a afirmar que con ella la existencia y perfección del contrato se deja a la decisión que adopte el oferente, ya que si la aceptación remitida por el destinatario no fuese de su agrado o interés le bastaría con limitarse a no abrir el buzón, electrónico o no, para impedir la perfección contractual.

Para paliar las objeciones de las que ha sido objeto la teoría de la emisión, o por lo menos algunas de ellas, surge o se formula la *teoría de la expedición o teoría de la remisión*, que a la postre será nuestro caballo de batalla en la contratación a través de Internet. Si en la de la emisión bastaba con la simple declaración de la aceptación, en este caso es necesario que el aceptante haga todo lo que esté en su mano para que dicha declaración llegue a su destino, esto es, a través de la teoría de la expedición el contrato se perfecciona cuando el aceptante ha hecho todo lo exigible, conforme a un criterio de diligencia normal, para canalizar la aceptación al oferente.

²² Por todos, ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección...», cit., p. 346 y nota 230, donde cita, entre otros, a DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (2), I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996, p. 319; MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^a.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 121.

Por último, la *teoría de la recepción* matiza en sentido corrector a la del conocimiento, y así, sirviendo a este propósito, considera como momento de perfección aquél en que la voluntad de aceptación llega al ámbito o círculo de interés del oferente, en nuestro caso a su servidor informático o entorno tecnológico, y al margen de que éste llegue o no a conocerla²³, con lo que no equivale a conocimiento de la declaración de voluntad recepticia.

III.2. LA REGULACIÓN ANTERIOR A LA LEY DE INTERNET.

Ante esta pluralidad de teorías, con anterioridad a la entrada en vigor de la LSSI el ordenamiento jurídico español recogía en sus Códigos decimonónicos su propia interpretación al respecto, en concreto en la originaria redacción de los artículos 1262 CC y 54 Cdc, preceptos que nuestro Derecho destina a determinar el momento perfecto de los contratos civiles y mercantiles, respectivamente.

El anterior artículo 1262 CC seguía la teoría de la cognición o del conocimiento, al señalar que «[l]a aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento», con lo que el contrato quedaba perfeccionado cuando el oferente conocía la aceptación y cada una de las partes tenía conocimiento de la declaración positiva de la otra, ya que no sólo ha de haber acuerdo de voluntades, sino que será necesaria la conciencia mutua de la existencia de tal acuerdo para que el contrato se considere perfecto²⁴. No obstante, como se ha dicho, por razones prácticas tanto la doctrina²⁵ como el Tribunal Supremo²⁶ han venido condicionando esta teoría del CC a la de la recepción en aquellos casos en que, de mala fe, el oferente retrase esa «toma de conocimiento» no leyendo o no *abriendo* la carta recibida.

Por otro lado, el artículo 54 Cdc hacía referencia al supuesto de la contratación epistolar, ya sea a través de correo o telégrafo, y frente a la teoría de la cognición preconizada por el CC acogía la teoría

²³ Teoría acogida por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

²⁴ CLEMENTE MEORO, M.E.: «Algunas consideraciones...», cit., p. 75.

²⁵ DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...* (2), I, ob. cit., p. 321; ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A.: «Problemas de la contratación...», cit., pp. 158 y 159.

²⁶ SSTS 29 septiembre 1981 (RJ 1981, 3247), 24 abril 1995 (RJ 1995, 3546) y 24 noviembre 1998 (RJ 1998, 8756), entre otras.

de la expedición, al disponer que «[l]os contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada». A pesar de que algunos mercantilistas han querido ver en estas palabras la tesis de la emisión²⁷, en mi opinión de las mismas no se infiere sin embargo la necesidad de que exista conciencia mutua del acuerdo, sino acuerdo real conocido por el aceptante y encauzamiento de la voluntad de aceptar hacia el oferente, lo que deriva en favor de la expedición²⁸.

Esta disparidad de criterios y regulaciones descansaba sobre la base de que en el tráfico mercantil lo que primaba era contar con los instrumentos jurídicos que favorecieran la celebración de contratos²⁹, mientras que, por el contrario, en el Derecho civil se estimaba la necesidad de establecer mayores garantías para velar por la seguridad de las relaciones jurídicas, razón por la cual en este ámbito se estableció un sistema legal más proteccionista. Además del hecho de que la celeridad del tráfico mercantil no era predicable en la contratación civil —argumento que ha ido perdiendo fuerza día a día—, estas regulaciones respondían a una realidad diferente a la existente en la actualidad, las pautas jurídicas seguidas en los preceptos comentados se ceñían a la previsión de situaciones jurídicas contractuales anteriores a la aparición de las modernas técnicas de comunicación. En la contratación epistolar, debido al lapso temporal que media entre el envío y la recepción de una carta en la que se contiene una oferta o una aceptación contractuales, el hecho de que

²⁷ GARRIGUES DÍAZ CAÑABETE, J.: *Curso de Derecho mercantil*, II, 6ª ed., Madrid, 1974; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990; FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: *Fundamentos de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., Edersa, Madrid, 2001, p. 152.

²⁸ Esta postura fue la adoptada por la gran mayoría de la doctrina civilista (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código Civil*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 308 y 309; COCA PAYERAS, M.: «Comentario al art. 1262 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 452; GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), t. XVII, v. 1º-B, Edersa, Madrid, 1993, p. 129), aunque también existieron voces en el ámbito mercantil que aplaudieron esta solución (URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y VÉRGEZ, M.: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 2001, p. 36.)

²⁹ ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección...», cit., p. 349.

el contrato debiera de entenderse concluido con el envío, o incluso con la recepción de la aceptación, puede conllevar consecuencias de enorme relevancia, como la posibilidad de que el tiempo que transcurra hasta que la carta llegue a su destino posibilite la revocación de la aceptación³⁰.

Ahora, dada la velocidad a la que viajan las declaraciones de voluntad en la contratación electrónica, la convivencia de dos reglas distintas para la contratación civil y para la mercantil queda desnaturalizada y obsoleta pese a la justificada existencia inicial, por lo que el legislador español ha optado por unificar el criterio de ambas regulaciones por medio de la aprobación de la LSSI.

III.3. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 1262 DEL CÓDIGO CIVIL Y 54 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: LA UNIFICACIÓN EN LA TEORÍA CIVILISTA DEL MOMENTO PERFECTIVO.

Con el objetivo de adaptar la consecución del consentimiento contractual a la contratación por vía electrónica, ha sido a través de la disposición adicional cuarta de la LSSI como ha recibido plasmación legislativa la modificación de los artículos 1262 CC y 54 Cdc, cuyo texto pasa a ser el mismo en uno y otro precepto, a excepción del preexistente párrafo primero del artículo 1262 CC. Así, con idéntica redacción, los otros dos párrafos que integran el nuevo artículo 1262 CC conforman a su vez el contenido íntegro del vigente artículo 54 Cdc, al disponer expresamente lo siguiente:

«Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

El primer párrafo de la norma comienza corroborando lo afirmado sobre la caracterización del consentimiento, al no evocar ya la

³⁰ JULIA BARCELÓ, R.: «Contratos electrónicos B2B: creación de un marco jurídico «a la carta»», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., p. 561, apunta incluso la posibilidad de que en el intervalo que va desde el envío de la carta hasta su recepción por el destinatario se pueda producir un cambio legislativo.

doctrina tradicional de la contratación entre ausentes sino la de la contratación a distancia, con lo que entendemos que se extiende a todos los contratos así celebrados, entre ellos los contratos a distancia electrónicos, si bien con la excepción de los celebrados mediante dispositivos automáticos para los que el párrafo segundo dispensa un tratamiento específico.

De la redacción del primer párrafo del precepto, referida por tanto a la contratación electrónica por otros medios no automáticos, como por ejemplo la contratación EDI o mediante correo electrónico, se infiere que el legislador, con el deseo de zanjar la controversia que el momento y exteriorización del consentimiento acarrea en estos casos, ha unificado los distintos criterios recogidos en nuestro Derecho privado³¹, haciéndolos recaer finalmente en sede civil, en tanto que contempla la teoría del conocimiento como criterio de dicha determinación, pero con la matización que propone la de la recepción³² para salvar los consabidos riesgos de justicia material que empapaban la regla de la cognición en sentido estricto (en concreto, cuando se señala que el contrato se perfecciona «desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe»), lo que supone simultáneamente el abandono por el Cdc de la teoría de la emisión, en aras a la deseada unificación.

Consecuentemente, sirviendo al propósito de que el oferente no resulte vinculado al contrato electrónico sin conocer la aceptación, el momento de perfección de los contratos por *e-mail* y en contratos EDI vendrá determinado *de facto* por la teoría de la recepción, más concretamente cuando el mensaje emitido llega al servidor o sistema informático del oferente y se hace accesible para él. En caso de que se dé por enterado de la aceptación los problemas no existirían, correspondiéndole en todo caso al oferente desplegar un mínimo de diligencia exigible a la hora de conectarse con su sistema de correo

³¹ ILLESCAS ORTIZ, R.: «Claroscuros con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica», *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 27, mayo 2002, p. 14 y ss., critica abiertamente dicha solución.

³² De igual parecer, LOBO COELLO, M.C.: «Disposición adicional cuarta. Modificación de los Códigos Civil y de Comercio», *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, CREMADES, J. y GONZÁLEZ MONTES, J.L. (coords.), La Ley, Madrid, 2003, pp. 641 y 642; ARRANZ ALONSO, L.: «Los contratos del comercio electrónico», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., p. 210; ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección...», cit., p. 352.

electrónico y abrir el mensaje. No obstante, la concurrencia de problemas que puedan afectar a la llegada o a la recepción de la declaración de la aceptación no es nada aventurada, pues, a título de ejemplo, puede suceder que esta llegada se produzca en un lugar inapropiado (téngase por caso su envío a una dirección de correo electrónico distinta a la indicada para recibir los mensajes o comunicaciones), o bien si la imposibilidad de recibir el mensaje es debida a la negligencia del oferente (si la dirección de *e-mail* que se proporciona es errónea o incompleta, o si el buzón electrónico estuviera lleno y el sistema no permitiera la entrada de más mensajes). Por tanto, en el supuesto de que el oferente niegue haber recibido la aceptación, sea o no por razones de negligencia, el segundo inciso del reseñado párrafo primero, una vez acreditado el envío de la aceptación, hace que recaiga sobre él el peso probatorio de que su desconocimiento se debió estrictamente a criterios ligados a la buena fe.

Con carácter excepcional, el segundo párrafo del precepto recoge una norma que se aparta del momento perfectivo previsto en el párrafo precedente, específica para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, y según la cual «... *hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*».

Teniendo en cuenta el *iter* legislativo de la LSSI, sus antecedentes inmediatos y el propio dictamen del Consejo de Estado al respecto³³, por *dispositivos automáticos* habrá que entender la expresión *comercio electrónico*, opuesta al «*correo electrónico u otro tipo de comunicación equivalente*» a que aluden los artículos 27 y 28 de la LSSI³⁴. Con ello la ley parece referirse a la contratación electrónica que hemos calificado de muy próxima a la contratación entre presentes, o incluso tal cual presencial, en especial a los contratos *click-wrap* (también denominados *point and click agreements*) o contratos

³³ Sobre todas estas cuestiones, *vid.* la *ratio legis* seguida por CLEMENTE MEORO, M.E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pp. 189 a 191.

³⁴ MATEU DE ROS, R.: «Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, *ob. cit.*, p. 149, considera que la expresión legal no puede resultar equivalente a la de contrato electrónico —tal como se define en el Anexo, apartado h) LSSI— pues sostiene que si el contrato automático puede no ser un contrato electrónico, «del mismo modo, el contrato electrónico cuando se celebra mediante un concurso de voluntades humanas directas no es un contrato automatizado».

electrónicos *on line* en los que al otro lado de la comunicación no se encuentra una persona delante de un ordenador, sino que se trata de un programa o sistema de experto programado por el empresario que emite las declaraciones de voluntad en su lugar³⁵, como sucede en la mayoría de los contratos electrónicos existentes en páginas *web*, normalmente de adhesión, en los que la intervención de la voluntad del usuario se limita al gesto de clicar o presionar el botón correspondiente del terminal, y a los que no se les puede negar plena eficacia jurídico obligacional, tal y como se colige de las propias palabras de la norma comentada.

En toda esta serie de contratos, que podría hacerse extensible a otros tipos de contratación electrónica perfeccionada en tiempo real (videoconferencia, comunicación telefónica, *chat* vía Internet u otros contratos *on line* en *real time*), esta modificación de la LSSI ha ido encaminada a favorecer los intereses del aceptante (entre ellos, el no tener que asumir los costes de preparar la prueba de la recepción de su aceptación), decantándose por la regla de la expedición para articular el momento de perfección contractual en tales casos, y ello aunque en la norma se hable de «*manifestación*», pues considero que el legislador ha optado no tanto por la teoría más extrema de la mera emisión³⁶, donde bastaría con que el oferente manifestase su aceptación de cualquier manera para lograr la conclusión contractual, como de la regla de la expedición, donde la aceptación debe producirse en la tienda virtual y mediante las operaciones habituales en dicho medio (en general, a través de clics), si bien en nuestro caso la sujeción a la expedición debe de ir necesariamente acompañada de un leve matiz, pues bastaría con que el destinatario de un servicio de la información realizase dichos actos, sin que sea preciso que se cuide por conocer, o en caso de conflicto probar, que los mismos producen o llegaron a producir la expedición de su aceptación³⁷. Por

³⁵ Así, BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 127.

³⁶ HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F.: «El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos», *Principios de Derecho de Internet*, GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 354 y 355, considera sin embargo que nos encontramos propiamente ante la teoría de la emisión. Esta misma orientación era propugnada ya con anterioridad a la aprobación de la LSSI por FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica...*, ob. cit., p. 44.

³⁷ En términos similares, CLEMENTE MEORO, M.E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, ob. cit., p. 195.

tanto, esta teoría de la expedición en la contratación electrónica no puede hacerse depender exclusivamente del instante en que se pulsa la opción de envío del mensaje, ya que este acto no podrá ser considerado por sí sólo suficiente para determinar la efectividad de la declaración de voluntad. Si pensamos en la tradicional aplicación de la teoría de la expedición y su *ratio*, tendremos que la comunicación electrónica habrá de entenderse efectiva cuando sale de la esfera de control del iniciador, lo que trasladado al mundo analógico supondría el depósito o acción de echar la carta en el buzón, y que aplicado a los contratos automáticos conllevaría la entrada de la comunicación en un sistema ajeno a la esfera de control del emisor³⁸.

En consecuencia, los riesgos que afecten a la declaración de voluntad electrónica desde que se pincha el icono de aceptación hasta que la misma entra en un sistema de información ajeno al del emisor son soportados por él. En la contratación automática el riesgo de error parece razonable atribuirlo al prestador de un servicio de la sociedad de la información que opera con instrumentos de comercio electrónico, puesto que lo lógico es que el riesgo técnico lo asuma quien se encuentra en la posición tecnológica dominante. Por ello, cuando el oferente no haya llegado a tener conocimiento de la aceptación por causas ajenas a su voluntad, entrará directamente en juego la responsabilidad de los intermediarios proveedores de servicios de comunicación electrónica.

De la norma excepcional del precepto se vislumbra así una clara intención legislativa por otorgar especial primacía a la declaración de la aceptación del destinatario frente al momento de su conocimiento por parte del oferente, con lo que se intenta dotar legislativamente de una mayor protección al consumidor (habitualmente adherente), aunque la responsabilidad se derive en última instancia en el prestador de servicios y pese a que la presunción de considerar al consumidor como aceptante no siempre llegue a verificarse en la práctica.

En cuanto al tema de la posible revocación de la oferta, teniendo presente que en la contratación automática la expedición tiene lugar cuando el mensaje es enviado por el servidor del emisor, la determinación del momento en el que concluye la posibilidad de revocación

³⁸ En el contexto de un comentario a la redacción anterior del artículo 54 Cdc y su traslación a la contratación electrónica, PERALES VISCASILLAS, M^a.P.: «Formación del contrato electrónico», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 918 y 919.

resulta intrascendente en este ámbito contractual³⁹, pues la diferencia temporal entre asumir que la oferta es revocable hasta que la aceptación llega al servidor del oferente y asumir que lo es hasta que sale del servidor del aceptante es sólo cuestión de segundos, ante lo que se antoja muy difícil, o casi imposible, poder intercalar un mensaje de revocación de la oferta. Asimismo, ligado a la posibilidad de revocación, llama la atención que el texto de la LSSI omite toda referencia al derecho de rescisión que le pueda asistir al consumidor, ante el riesgo que supone la contratación electrónica de que el producto adquirido o servicio contratado no reúna las expectativas del cliente, por lo que la ley debería contemplar la posibilidad del ejercicio de este derecho por parte del consumidor⁴⁰, o al menos incluir una mención específica en este sentido o, subsidiariamente, una remisión a la legislación vigente en la materia.

III.4. ¿ES NECESARIO EL ACUSE DE RECIBO PARA ENTENDER PERFECCIONADO EL CONTRATO?

En el contexto electrónico descrito, la relevancia de la regla de determinación del momento de perfección del contrato no es otra que ofrecer veracidad a las partes sobre el hecho de la conclusión contractual y su vinculación a partir de entonces al contenido del mismo, por lo que el conocimiento de este hecho nos lleva a la necesidad de disponer de elementos probatorios para poder acreditar tales extremos (artículo 24 LSSI). Pero una cosa es que el aceptante por medios electrónicos necesite un acuse de recibo para, en su caso, probar la existencia del contrato, y otra muy distinta vincular esa necesidad a la determinación del momento perfectivo, pues adoptar una hipotética tesis de la confirmación fijando la notificación del acuse de recibo como momento de la perfección iría claramente en contra de los principios de nuestro Derecho privado, además de que presupondría dejar al arbitrio del oferente la decisión de que el contrato se perfeccione o no, en tanto que le bastaría con no expedir el acuse de recibo en el supuesto de que se arrepintiera con posterioridad a la aceptación por el aceptante, lo que entraría en contradicción con el artículo 1256 CC⁴¹. Aunque el aceptante no pueda probar el envío de su aceptación si no

³⁹ CLEMENTE MEORO, M.E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, ob. cit., pp. 192 y 193.

⁴⁰ De la misma opinión, GERBOLÉS RODRÍGUEZ, S.: «Artículo 29. Lugar de celebración del contrato», *La nueva Ley de Internet...*, ob. cit., p. 449.

⁴¹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica...*, ob. cit., p. 68.

cuenta con un documento del oferente que revele la recepción del mensaje, ello no impide que el aceptante pueda realmente haberla enviado y, por ende, haberse concluido el contrato pese a no poder disponer de elementos materiales para su justificación.

Reconociendo por tanto su no vinculación al momento de perfección contractual, el acuse de recibo, o en su caso el deber de confirmación, deviene sin embargo como requisito necesario a modo de información posterior a la celebración del contrato (el artículo 1313 CC dice que «[l]a confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración»), ya que en el caso de que el oferente negara la recepción del mensaje de la oferta la inexistencia de acuse de recibo podría traer consigo la posibilidad de que el oferente se desligara de las obligaciones contractuales contraídas por el envío de dicho mensaje. En base a ello, puede afirmarse que, junto con las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación (artículo 27 LSSI), la obligación legal postcontractual de enviar un acuse de recibo o confirmación que pueda ser archivada por su destinatario (artículo 28 LSSI) no modifica la existencia (o inexistencia) del contrato⁴², la cual se rige por las reglas expuestas en el apartado anterior, lo que no impide que su falta de envío origine ulteriormente el incumplimiento de la referida exigencia legal del contrato ya perfeccionado, obligación que se presume imperativa para el oferente⁴³, pudiendo ser sancionado si no la cumple debidamente.

Por otro lado, a efectos probatorios lo previsible es que no sean ni el servidor del emisor ni el del destinatario los que ejerzan la función probatoria, siendo preferible que esta función la desempeñen intermediarios *ad hoc*, para lo cual el artículo 25 de la LSSI alude al método de *time stamping*⁴⁴, al dejar a las partes la posibilidad de que

⁴² El acuse de recibo que ya el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE preveía («Los Estados miembros garantizarán que... el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica») no constituía en sí mismo un requisito para la perfección o existencia del contrato sino que los Estados podían incorporarlo como una obligación posterior a su celebración, que no afectaría a la existencia del vínculo contractual y a su obligatoriedad desde que la misma se produce.

⁴³ Así, JULIA-BARCELÓ, R.: «Contratos electrónicos B2B...», cit., p. 563, apuntaba esta posibilidad con anterioridad a la LSSI, previendo que su articulado podría recoger la obligación del acuse de recibo.

⁴⁴ Sobre este método, *vid.* FERRER GOMILA, J.L.: «Software para los prestadores de servicios de certificación: UNiCert de Baltimore Technologies», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, mayo 2000, p. 100 y ss.

un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar, aunque a esta intervención no se le pueda otorgar calidad de fe pública. En la práctica, este sistema supone el envío por medios electrónicos del documento (o de un resumen o *finger-print*) al tercero confiable, quien fijará los elementos temporales referidos certificando la producción. Su principal objeción, además de no constituir notarización del momento, se debe a que estos terceros no podrán acreditar que un mensaje ha sido recibido por su destinatario, pues verdaderamente esto sólo lo podrá aseverar su servidor; lo único que en realidad podrán acreditar es que por ellos o a través de ellos un mensaje ha sido dirigido a la dirección electrónica del destinatario⁴⁵, lo que nos lleva a afirmar que la prueba de la expedición será factible, no así la de la recepción.

IV. LUGAR DE CELEBRACIÓN VERSUS LUGAR DE PERFECCIÓN.

Aunque el lugar de celebración del contrato puede no ser estrictamente determinante del lugar de perfección o cumplimiento de las obligaciones que de su contenido se derivan, dependiendo en tal caso su fijación de reglas civiles propias (en concreto, artículos 1171 y 1500 CC)⁴⁶, la determinación del lugar de celebración de los contratos electrónicos comporta evidentes elementos de juicio a tener en cuenta en lo referente a la propia eficacia del negocio contractual y sus implicaciones jurídicas, pues el conocimiento de dicho lugar nos servirá para establecer la competencia judicial y la ley aplicable a los efectos de dilucidar posibles controversias en la esfera del Derecho internacional privado, lo que adquiere mayor repercusión si tenemos presente que una de las cuestiones de más calado en este tipo de contratación parte de su internacionalidad inherente, sobre todo en los contratos celebrados a través de Internet.

⁴⁵ En este sentido, CLEMENTE MEORO, M.E. y CABANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet...*, ob. cit., p. 194.

⁴⁶ Cuando no hay pacto entre las partes al respecto, el lugar de ejecución del contrato en Derecho español lo dispone el artículo 1171 CC como aquel donde se encuentre el bien en el momento de constituirse la obligación y, si se trata de una prestación de servicios o cualquier otro supuesto, el lugar de cumplimiento del contrato será el del domicilio del deudor. Un estudio de los artículos 1171 y 1500 CC lo encontramos en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001.

IV.1. LA REGLA GENERAL DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA.

Como sugerencia previa al desarrollo de esta cuestión, al igual que el momento de perfección del contrato, la determinación del lugar convendría que fuese pactada por las partes en los acuerdos previos al inicio de operaciones contractuales a distancia⁴⁷, evitando con ello desde un principio este posible elemento de conflicto.

No siendo así, la primera norma a la que habrá que acudir es la referida en general a este clase de contratación en los artículos 1262 CC y 54 Cdc, cuando establecen que hallándose las partes en lugares distintos, el contrato «...se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Presunción con rango de Derecho dispositivo que ya se contenía en la antigua redacción del precepto del CC y que, como en la vigente, plantea una serie de interrogantes que a los efectos de la contratación electrónica su literalidad no resuelve *per se*, en tanto que los lugares de celebración de estos contratos pueden ser perfectamente distintos: el lugar desde que el oferente envía la oferta o la pone en la red, el lugar del domicilio o residencia habitual del oferente, o el lugar en que se encuentra el servidor en que se almacena.

Centrado así el problema, un oferente con domicilio en España puede transmitir una oferta desde Francia a un servidor que se encuentra situado en Argentina para que todos los que acceden a su dirección electrónica puedan llegar a conocerla y contactar. En un supuesto de este tipo, ¿cuál de todas esas posibles ubicaciones es el lugar desde el que se ha hecho la oferta?. La contestación no pasa desde luego por tomar sólo como referencia la norma del artículo 1262 CC, razón por la cual la doctrina ya había ido adoptando sus propios posicionamientos, al estimar algún autor como irrelevante el lugar desde que el oferente transmite la oferta al servidor en que se almacena⁴⁸, mientras que, si el ordenador oferente se encontrara situado en una capital determinada de nuestro territorio nacional, otras voces consideraban que el lugar donde debería presumirse celebrado el contrato sería justamente dicha capital⁴⁹.

⁴⁷ En referencia a los contratos electrónicos, ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, ob. cit., p. 267.

⁴⁸ CLEMENTE MEORO, M.E.: «Algunas consideraciones...», cit., p. 83, si bien también consideraba no apropiado el lugar desde el que se envía el correo electrónico que contiene la oferta.

⁴⁹ Así, CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M^a.A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P.: *La contratación informática...*, ob. cit., p. 31, pues entienden que «lo importante para fijar el lugar de contratación a través de ordenadores u otros medios electrónicos, sería ubicar el ordenador con quien se ha entablado la comunicación».

Junto a esta polémica, también habría que traer a colación el problema intrínseco de que esta norma se sitúa precisamente en el ámbito de la contratación entre distantes, lo que de nuevo genera la controversia de su aplicación a la contratación electrónica con inmediatez temporal entre la oferta y la aceptación.

IV.2. EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE INTERNET.

Ante la presunción *iuris tantum* establecida en los nuevos preceptos de nuestros Códigos civil y de comercio, que admite prueba en contrario cuando se acredite el conocimiento efectivo de la aceptación en lugar distinto de aquel en que se formuló la oferta, la propia LSSI detalla un régimen especial para los contratos electrónicos por medio de un artículo destinado a regular de manera específica el lugar de celebración de estos contratos, como así ya anuncia en su rúbrica el artículo 29 LSSI. Esta regla especial distingue según el contrato se celebre entre un empresario y un consumidor o si éste se realiza entre empresarios o profesionales, es decir, establece normas diferentes para el comercio B2C (*business to consumer*) y el comercio B2B (*business to business*).

En su primer párrafo, si el que interviene como parte es un consumidor, la norma se centra básicamente en su protección, por lo que estos contratos por vía electrónica «*se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual*», aunque el consumidor no se encuentre en territorio nacional. Pese a que a simple vista pudiera parecer que se trata de una presunción de similares consecuencias a la prevista en la regla general para los contratos a distancia, con la posibilidad de prueba en contrario, en la práctica bien pudiera sostenerse la inadmisibilidad o dificultad probatoria si tenemos en cuenta la celebración *on line* del contrato electrónico⁵⁰, al no llevarse a cabo en ningún sitio o lugar en el sentido real del término. Por otro lado, es de destacar que en esta norma no se contempla expresamente la posibilidad de pacto en contrario, pero que la protección al consumidor se dispense en términos de mera presunción nos invita a pensar en esa posibilidad, lo que reduciría notablemente la supuesta ventaja atribuida al consumidor⁵¹.

⁵⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica...*, ob. cit., p. 73.

⁵¹ Compartiendo esta interpretación, CLEMENTE MEORO, M.E. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet...*, ob. cit., p. 196; entendiendo que no admite pacto en contrario, MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J.: «La contratación por vía electrónica en el mercado de crédito», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., p. 439.

En el supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 29 LSSI, cuando el contrato se realiza entre empresarios o profesionales, se establece, en primer término, como lugar de celebración del contrato el que las partes hayan pactado previamente, y aquí sí ya dentro del tenor literal de la norma; en su defecto, se presumirá celebrado en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, lo que se ajusta en mayor medida al criterio general sentado para los contratos a distancia, ya que lo habitual es que el empresario o profesional formule la oferta contractual desde el lugar en que se halle establecido⁵², si bien incorpora una regla más apropiada al comercio electrónico al otorgar fijeza a dicho lugar, evitando la casuística que el criterio de los artículos 1262 CC y 54 Cdc puede originar en la *navegación* por Internet donde la oferta puede ser emitida desde cualquier lugar, servidor u ordenador⁵³.

Esta última solución legislativa ha sido aplaudida en el sector del comercio electrónico, al considerar que este criterio de determinación favorece su desarrollo, además de incentivar la competencia entre empresas que actúan en un ámbito supranacional, pues cuando operen en países diferentes tendrán que poner atención sobre todo en el cumplimiento de la normativa en materia de protección al consumidor, no quedando sin embargo sometida su actuación a la legislación de cada país, al entender que el contrato ha sido celebrado en el lugar en que el prestador se encuentre establecido⁵⁴. No obstante, el criterio seguido en esta norma sigue planteando complicaciones a la hora de establecer la jurisdicción competente y en lo relativo a la determinación de la ley aplicable.

IV.3. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEY APLICABLE.

El fuero territorial o lugar de celebración del contrato cumple una necesaria función de interpretación contractual conforme a los usos y costumbres del lugar en cuestión, aunque no es este su cometido prioritario el cual se centra fundamentalmente en determinar la jurisdic-

⁵² La propia LSSI, en su artículo 2, marca una serie de pautas respecto a la determinación del lugar de establecimiento del prestador de servicios a efectos de dicha ley.

⁵³ En este sentido, MATEU DE POS. R.: «Principios de la contratación electrónica...», cit., p. 155, nota 130.

⁵⁴ Opiniones del sector recogidas en GERBOLÉS RODRÍGUEZ, S.: «Artículo 29...», cit., p. 452.

ción competente en el caso de conflictos que lleguen a producirse entre personas residentes en diferentes Estados, habida cuenta de la globalidad que implica Internet. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha admitido que, en defecto de que las partes hayan establecido el lugar de ejecución o de cumplimiento de la obligación contractual⁵⁵, el mismo vendrá determinado según el Derecho aplicable al contrato conforme a las reglas de Derecho internacional privado del foro⁵⁶, en tanto que las normas de distribución competencial que se contienen en los Tratados y Convenios internacionales tienen prevalencia en la delimitación de la competencia judicial internacional⁵⁷. Al respecto, el 1 de marzo de 2002 entró en vigor el Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que sustituye entre los Estados miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1982, con ciertas excepciones territoriales.

Así, en los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales regirá, en primer lugar, la sumisión expresa o tácita de las partes (autonomía de la voluntad, artículo 22 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, aunque con determinadas salvedades, artículo 17 Convenio de Bruselas —ampliado por el de Lugano de 1988—). En defecto de sumisión expresa o tácita, el artículo 29 LSSI establece la competencia de la jurisdicción del Estado de establecimiento del prestador de servicios, con lo que desplaza la jurisdicción anteriormente prevista en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas, que establecía la del lugar en el cual la obligación hubiera sido o debiera haber sido cumplida, ateniéndose a que el foro especial de los contratos celebrados entre empresarios tiene su fundamento en el principio de proximidad.

Con la opción jurisdiccional del Estado en el que se halle situado el prestador de servicios para la determinación del juez o tribunal competente en las transacciones estrictamente comerciales se solventa el problema de tener que precisar el lugar de la oferta en los contra-

⁵⁵ En la STJCE de 17 de enero de 1980 (Asunto 56/79; *Zelger/Salitrini*) se admite que el lugar de ejecución o de cumplimiento de la obligación sea el designado por las partes en el contrato

⁵⁶ Sentencias del TJCE de 6 de octubre de 1976 (Asunto 12/76; *Tessili/Dunlop*) y 26 de junio de 1994 (Asunto C-288/92; *Custom Made Comercial Ltd./Stawa Metalbau GMBH*).

⁵⁷ MATEU DE ROS, R.: «Principios de la contratación electrónica...», cit., p. 156.

tos celebrados a través de la red, de acuerdo con el carácter activo o pasivo que pueda tener el sitio o página *web* del prestador⁵⁸, pues es evidente que cuando el artículo 29 LSSI habla de *prestador de servicios* se está refiriendo a un prestador de servicios de Internet. Sin embargo, queda latente la posibilidad de vivir situaciones cuanto menos paradójicas derivadas del criterio finalmente acogido, por ejemplo en el caso de que un prestador de servicios así considerado diga encontrarse en la isla Vanuatu, si llegásemos a creerlo nos veríamos obligados, en base a esta regla legal, a reconocer que el lugar donde se ha celebrado el contrato, en defecto de pacto entre las partes, es justamente esa isla, que es donde afirma encontrarse el susodicho prestador, siendo por tanto competente la jurisdicción de ese lugar.

Por el contrario, cuando se trata de transacciones en la que una de las partes es un consumidor, adquiere especial importancia el reconocimiento a su derecho a acudir a los tribunales de su país en caso de disputas contra el prestador de servicios, prevaleciendo en este caso el establecimiento de foros de protección a la neutralidad del principio de proximidad. Es por ello por lo que el artículo 29 LSSI establece la regla inversa en las transacciones de consumo, al presumir que el contrato electrónico se ha celebrado en el lugar en que resida el consumidor (norma que guarda cierto paralelismo con el artículo 16 del Reglamento 44/2001), circunstancia tenida en cuenta, entre otras, por un reciente Auto de un Juzgado de Barcelona de 5 de mayo de 2003 a la hora de determinar la competencia territorial para su enjuiciamiento⁵⁹. A diferencia de lo que ocurría anteriormente a la aprobación de la LSSI y del Reglamento comunitario⁶⁰, amparándonos en esta nueva regulación, aún cuando el

⁵⁸ Vid. artículo 5.1.a) Reglamento (CE) 44/2001; CALVO ANDÚJAR, A.: «Resolución de conflictos en la contratación *on line*: el problema de la jurisdicción competente», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 513 a 527 y ss.

⁵⁹ Ante un caso de creación de página *web* en España y desarrollo de las conductas imputadas a través de un servidor gratuito con sede en Estados Unidos, el Juzgado desestima las cuestiones previas relativas a falta de jurisdicción y falta de competencia territorial instadas por el acusado, declarando la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles y la territorial de los que tienen su sede en Barcelona para el conocimiento de los hechos que son objeto de imputación a aquél (el fundamento jurídico cuarto del AJP Barcelona 5-5-03 puede verse en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 588, 31 julio 2003, ref. 588/1).

⁶⁰ En el supuesto de un contrato celebrado *on line* en el que una de las partes es un consumidor, el Convenio de Bruselas (artículo 13) dejaba abierta la vía interpretativa cuando un consumidor accediese de *motu proprio* a la *web site* de un comercian-

consumidor a iniciativa propia acceda a la página o sitio *web* del prestador, sin que éste realizara un acto concreto publicitario o de oferta, seguirá siendo de aplicación el fuero territorial del consumidor, teniendo en cuenta, además, que en este supuesto propio de las *websites* pasivas no suele ser habitual el pacto previo entre las partes sobre competencia jurisdiccional.

A mi modo de ver, el problema que esta norma plantea en la práctica para la contratación electrónica B2B podría explicarse del siguiente modo: si un empresario español ostenta una página *web*, con un nombre de dominio «.es», y le vende un producto en ella ofertado a un consumidor italiano, que lo compra, con nuestra ley vigente en la mano, salvo que exista acuerdo entre las partes al respecto, este contrato se entendería celebrado en Italia, lo que provoca que en lugar de aplicarse el Derecho español se aplique el Derecho italiano, con la consiguiente obligación de tener que litigar, por ejemplo, ante un tribunal de Milán.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos, el artículo 26 LSSI, ante los posibles conflictos de normas que pueden originarse en caso de transacciones internacionales por vía electrónica⁶¹, se remite expresamente a las normas de Derecho internacional privado, pero tomando en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3. El artículo 2 dispone que la LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la información establecidos en España, así como a los servicios por ellos prestados, mientras que el artículo 3 señala que rige también para los servicios que afecten a determinadas materias y siempre que el destinatario radique en España, si bien para los prestadores establecidos en otro Estado miembro europeo se atenderá al principio de libre prestación de servicios (artículo 7 LSSI).

En este sentido, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece también un régimen diferenciado dependiendo de la condición de las partes que intervengan en el contrato, si se trata exclusivamente de empresarios o profesionales o si participa un consumidor. Para el primer caso el

te y contratara con él sin mediar publicidad u oferta alguna, en tanto que *a priori* no resultarían competentes para conocer de los conflictos derivados de este contrato los tribunales del Estado donde el consumidor tuviese establecido su domicilio.

⁶¹ Al respecto, *vid.* ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F.: «La contratación electrónica», *Diario La Ley*, núm. 5730, 3 de marzo de 2003.

artículo 3 del Convenio adopta el principio de libre elección, acogiendo en su defecto el criterio de los «vínculos más estrechos» o del lugar de realización de la «prestación característica» contractual (artículo 4). En caso de contratos de consumo, aunque en principio también será de aplicación la ley que se acuerde por las partes, el artículo 5 del Convenio establece una norma especial en el sentido de que dicha ley cederá ante las normas imperativas del Estado de la residencia habitual del consumidor, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la celebración del contrato haya sido precedida en dicho país por una oferta que le hubiese sido especialmente dirigida o por publicidad y si el consumidor hubiera realizado allí los actos necesarios para la celebración del contrato, o si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido en ese país el encargo del consumidor (artículo 5.2). Pero teniendo presente que para la aprobación del Convenio de Roma no se tuvieron en cuenta las características propias de la contratación electrónica y, en especial, la perfeccionada a través de Internet, las objeciones de que puede ser objeto esta regulación devienen evidentes⁶², y ello a pesar de que la Directiva 2000/31/CEE no haya querido entrar a discernir sobre el asunto, y sin que tampoco se pueda vaticinar en un futuro inmediato iniciativa alguna para la adaptación del Convenio a la realidad electrónica.

V. RECAPITULACIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como se ha podido constatar a lo largo del presente trabajo, las dos cuestiones que han sugerido y motivado su elaboración, no son sólo de suma trascendencia para alcanzar la perfección de un contrato que pretenda celebrarse por medios electrónicos, en su mayoría canalizados vía Internet, sino que a decir verdad se trata de dos elementos jurídicos de conflicto de plena actualidad, cuya problemática, no del todo resuelta por las últimas normas aprobadas, no parece tampoco tener solución a corto plazo en algunos de los aspectos que presentan una mayor dificultad en su aplicación práctica.

La contratación electrónica, y más concretamente la celebrada a través de la red, la encuadramos como una forma *sui generis* de contratación a distancia, que en ciertos casos, como en la videoconfe-

⁶² A algunas de ellas hace referencia MATEU DE ROS, R.: «Principios de la contratación...», cit., p. 159.

rencia, se lleva a término en tiempo real, lo que se aparta de otros supuestos como la venta por catálogo, los contratos por télex, telefax, telégrafo, correo, etc. Quizás por ello la LSSI, a pesar de haber optado por un tratamiento relativamente uniforme en cuanto a la perfección de los contratos electrónicos, ha establecido sin embargo dos regímenes distintos de perfección, dependiendo de la participación o no del consumidor.

Respecto al momento de perfección de los contratos a distancia y de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, su ubicación legal ha sido la adecuada en el seno de nuestros Códigos civil y de comercio, pues ha de ser esta su sede natural, siendo además plausible la unificación mercantil y civil operada, que ha venido a desnaturalizar la supuesta mercantilidad predominante de los contratos celebrados por Internet. Esta solución unitaria para el Derecho privado parte de considerar la perfección de los contratos EDI o por *e-mail* en el momento de la recepción del mensaje por el oferente, mientras que en la contratación electrónica *on line* ese momento viene determinado por la mera expedición de la aceptación.

En lo relativo a la determinación del lugar de perfección, en defecto de pacto entre las partes —medida que entiendo positiva a los efectos de su debida valoración por los contratantes, siempre que pueda acordarse—, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 LSSI, pero también lo prevenido en los artículos 1262 CC y 54 Cdc, así como lo establecido en los artículos 1171 y 1500 CC, en este caso con referencia específica a los efectos perfectivos.

Pese a la inicial valoración positiva de la solución adoptada, tanto en un caso como en el otro con ánimo protector de los derechos del aceptante en último término, su regulación presenta determinadas lagunas o imprecisiones terminológicas que he pretendido aquí evidenciar, algunas de las cuales deberían ser tenidas en cuenta ante futuras modificaciones derivadas de la aplicación práctica de la LSSI y, más concretamente, a la hora de aprobar ciertos reglamentos de desarrollo, en especial el que modificará el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre contratación telefónica o electrónica con condiciones generales⁶³, que habiéndose excedido en su contenido

⁶³ Reglamentos sujetos a aprobación son el que servirá para crear un distintivo de confianza de los servicios de la sociedad de la información o el relacionado con la retención de datos de conexión y de tráfico, el cual modificará el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

del objeto en un principio previsto, dejó de regular sin embargo el aspecto que sí se remitía a desarrollo reglamentario en el artículo 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y que no era otro que el momento de perfección del contrato así celebrado conforme a las nuevas tecnologías⁶⁴.

En este mismo sentido, y por lo que se refiere a la jurisdicción competente y a la ley aplicable, la solución normativa actual no es, desde luego, la más favorable para el desarrollo de Internet y de la sociedad de la información en general en el marco europeo, lo que aconseja una revisión de la misma en el ámbito del Derecho internacional privado para su adaptación a la singularidad de los servicios electrónicos, iniciativa que hasta el momento no se ha producido y que sin embargo no debiera demorarse en función de la seguridad jurídica deseada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV.: *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2000.
- AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2001.
- AA.VV.: *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, J., ILLESCAS, R. y FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.Á. (coords.), La Ley, Madrid, 2002.
- AA.VV.: *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003.
- AA.VV.: *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, CREMADES, J. y GONZÁLEZ MONTES, J.L. (coords.), La Ley, Madrid, 2003.
- ALONSO UREBA, A. y VIEIRA GONZÁLEZ, A.J.: «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., pp. 271 a 385.
- ARRANZ ALONSO, L.: «Los contratos del comercio electrónico», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., pp. 197 a 269.
- ARROYO APARICIO, A.: *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

⁶⁴ Sobre los aspectos susceptibles de modificación del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, vid. PARDO GATO, J.R.: *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código Civil*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 308 y ss.
- CALVO ANDÚJAR, A.: «Resolución de conflictos en la contratación *on line*: el problema de la jurisdicción competente», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 513 a 527.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M.A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P.: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª ed., Comares, Granada, 1999.
- CLEMENTE MEORO, M.: «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 4, pp. 59 a 86.
- CLEMENTE MEORO, M. y CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al art. 1262 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 452 y ss.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (2)*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.: «Régimen jurídico de la contratación en Internet», *Comercio electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADE, J.A. (dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 287 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Pedro Brosa & Asociados y J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: *Fundamentos de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., Edersa, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2001.
- FERRER GOMILA, J.L.: «software para los prestadores de servicios de certificación: UNICert de Baltimore Technologies», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 5, mayo 2000, p. 100 y ss.
- GÁLLEGO HIGUERAS, G.F.: «Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 588, 31 de julio de 2003.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852 al cuidado de LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1974.
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABETE, J.: *Curso de Derecho mercantil*, II, 6ª ed., Madrid, 1974.
- GERBOLÉS RODRÍGUEZ, S.: «Artículo 29. Lugar de celebración del contrato», *La nueva Ley de Internet...*, ob. cit., pp. 430 a 453.
- GÓMEZ LAPLAZA, Mª.C.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. y

- DÍAZ ALABART, S. (coords.), t. XVII, v. 1º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 48 a 154.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, F.: «El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos», *Principios de Derecho de Internet*, GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 331 a 379.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.
- »Claroscuros con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica», *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 27, mayo 2002, p. 14 y ss.
- JULIÀ BARCELÓ, R.: «Contratos electrónicos B2B: creación de un marco jurídico «a la carta»», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 549 a 567.
- LESMES SERRANO, C.: «Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Derecho de Internet. Contratación electrónica...*, ob. cit., pp. 371 a 384.
- LOBO COELLO, M.C.: «Disposición adicional cuarta. *Modificación de los Códigos Civil y de Comercio*», *La nueva Ley de Internet...*, ob. cit., pp. 633 a 646.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E.Mª.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J.: «La contratación por vía electrónica en el mercado de crédito», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., pp. 415 a 451.
- MATEU DE ROS, R.: «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», *Derecho de Internet. Contratación electrónica...*, ob. cit., pp. 29 a 84.
- »Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», *Derecho de Internet. La Ley de Servicios...*, ob. cit., pp. 65 a 195.
- MENÉNDEZ MATO, J.C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- MORENO NAVARRETE, M.A.: *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
- ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F.: «La contratación electrónica», *Diario La Ley*, núm. 5730, 3 de marzo de 2003.
- PARDO GATO, J.R.: *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- PERALES VISCASILLAS, Mª.P.: «Formación del contrato electrónico», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 875 a 929.
- POMBO, F.: «Contratación electrónica», *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 1139 a 1176.
- ROGEL VIDE, C.: «Momento y lugar de formación del contrato», *La Ley*, 1982-4, pp. 1253 a 1271.
- »En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía Internet», *ICADE (Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales)*, núm. 47, mayo-agosto 1999, pp. 71 a 86.

- ROVIRA MOLA, A. y PALOMAR BARÓ, A.: «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, fasc. I, enero-marzo 1958, p. 157.
- RUIZ-GALLARDÓN, M.: «Fe pública y contratación telemática», *Derecho de Internet. Contratación electrónica...*, ob. cit., pp. 99 a 116.
- URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y VÉRGEZ, M.: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 2001.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «En torno a los contratos electrónicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, p. 75 y ss.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990.