

# LA NUEVA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

PILAR PERALES VISCASILLAS

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

**Sumario:** I. Introducción II. La perfección del contrato: antecedentes legislativos y crítica a la nueva regulación: A) Antecedentes legislativos B) Crítica a los nuevos artículos 1262 CC y 54 CCo III. Los artículos 1262 CC y 54 CCo: momento de perfección IV. Los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos V. Lugar de perfección del contrato.

## I. Introducción

La reciente Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE, 12 julio 2002, nº 166 (Ley sobre comercio electrónico), aporta numerosas novedades en materia de formación del contrato electrónico. Sin duda alguna la más importante, y probablemente la que mayores críticas va a recibir es la modificación de los artículos 1262 Código Civil (CC) y 54 del Código de Comercio (CCo), ambos dedicados a la determinación del momento y lugar de perfección del contrato civil y mercantil.

Nos referimos a la Disposición Adicional Cuarta, que si bien unifica el régimen civil y mercantil en materia de perfección del contrato, lo que, sin duda, es elogiado al acercarnos más a la deseada unificación contractual en materia de obligaciones y contratos, no es menos cierto que puede ser criticada por diversas razones, como se expondrá a lo largo de este trabajo.

La nueva redacción de las disposiciones de los decimonónicos códigos, civil y mercantil, ha quedado como sigue:

“Artículo 1262 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.

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”.

“Artículo 54 CCo: 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”.*

## II. La perfección del contrato: antecedentes legislativos y crítica a la nueva regulación

### A) Antecedentes legislativos

La Ley sobre comercio electrónico, tal y como se ha comentado, aprovecha sus disposiciones adicionales para modificar la regla general determinante del momento de la perfección de los contratos civiles y mercantiles, a diferencia de los primeros antecedentes legislativos de la norma, que únicamente se referían al momento de perfección de los contratos celebrados electrónicamente, y por lo tanto sin que se pretendiese la modificación de los artículos 54 CCo y 1262 CC.

Así, de forma acertada acogió la teoría de la recepción uniformando criterios en materia civil y mercantil el artículo 32.1 del Anteproyecto de 18 enero 2001: “*el contrato electrónico se entenderá celebrado en el momento en que la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleada por el oferente, de forma que quede en él almacenado y accesible por este último*”. Sin embargo, los Anteproyectos de 30 abril 2001 y 11 diciembre 2001 se inclinaron por la teoría de la emisión (artículos 30 y 29 respectivamente)<sup>1</sup>, lo que da muestras de que el legislador español no tenía un criterio claramente definido. Buena prueba de ello es asimismo la regla que finalmente se ha adoptado en la nueva Ley de Comercio Electrónico y que ya se contemplaba en la Disposición Final Primera del Proyecto de Ley de 8 febrero 2002.

Básicamente, la nueva redacción responde al borrador de Anteproyecto de Ley de 16 marzo 2001, elaborado por la Comisión General de Codificación, que proponía reformar los artículos 1262 CC y 54 CCo con la siguiente redacción “*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*”. Ahora bien, como se sabe ninguno de los borradores o proyectos posteriores siguieron la formulación propuesta por la Co-

<sup>1</sup> Precisamente FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo. Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet. Barcelona: Bosch, 2001. p.45 y pp.64 y ss, entiende que la teoría de la emisión es la que mejor encaja con la contratación electrónica), como así lo mantiene también el Informe del CGPJ sobre el ALSSICE (de 11 diciembre 2001), de 5 de diciembre de 2001. p.10.

misión General de Codificación, hasta que el Ministerio de Justicia hizo suyo el Informe de dicha Comisión General, proponiendo suprimir el artículo 29 del Anteproyecto de 11 diciembre 2001<sup>2</sup> y establecer el momento de prestación del consentimiento mediante una reforma de los artículos 1262 CC y 54 CCo, dando a ambos artículos una misma redacción<sup>3</sup>.

De forma más precisa, comentando dicho artículo 29 (teoría de la emisión), el dictamen del Consejo de Estado<sup>4</sup> parece mediar en la polémica entre el Ministerio de Ciencia y Tecnología, favorable a la teoría de la emisión para la determinación del momento de perfección de los contratos electrónicos<sup>5</sup>, y el Ministerio de Justicia, y la Comisión General de Codificación partidarios de dar una redacción única a los artículos 1262 CC y 54 CCo. Así, tras un repaso de los criterios más relevantes en la materia, así como del análisis de los antiguos artículos 1262 CC y 54 CCo, llega a la conclusión de que lo relevante de dichos preceptos es la existencia de un lapso de tiempo entre el momento de la oferta y la aceptación, y no tanto la falta de presencia simultánea de ambas partes. Ello explica, continúa, que la Jurisprudencia no aplique el artículo 1262 CC a los contratos celebrados por teléfono (STS 3 enero 1948), citando al efecto al artículo 255 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos, que cita la STS 3 enero 1948, que disponía que los contratos celebrados por teléfono son contratos entre presentes<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Se entendía, pues, que los contratos electrónicos no presentan ninguna singularidad en materia de perfección del contrato, por lo que al ser un supuesto más de contratación entre ausentes, no resulta oportuno regular esta materia en una ley especial (Dictamen del Consejo de Estado al ALSSICE, 11 febrero 2002, letra n). p.12.

<sup>3</sup> "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 puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta". Vid. Dictamen del Consejo de Estado del ALSSICE, de 11 de febrero 2002 (letra O, p.13).

<sup>4</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado del ALSSICE, de 11 de febrero 2002, comentario al artículo 29. pp.42 y ss.

<sup>5</sup> El Ministerio de Ciencia y Tecnología en su informe de 3 octubre 2001 justificaba la elección de la teoría de la emisión para determinar el momento de perfección de los contratos electrónicos en razón a: a) la inmediatez de esta modalidad de contratación, como lo demuestra el artículo 54 CCo; b) en la circunstancia de que la mayor parte de la contratación que se lleve a cabo por Internet será de tipo mercantil, de conformidad con los artículos 1 y 2 CCo; y c) es más beneficiosa para el consumidor o usuario, puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de la fecha de entrada de dicho mensaje en su servidor.

<sup>6</sup> La equiparación es errónea, como ya he tenido ocasión de comentar en otra ocasión PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar. La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. pp.153 y ss. Los contratos celebrados por teléfono entran dentro de la categoría de los contratos a distancia y generalmente son contratos de formación instantánea, lo que implica que los contratantes conocen inmediatamente el contenido de la voluntad exteriorizada. Entiendo que cuando la contratación es oral, estando o no las partes físicamente reunidas, la determinación del momento exacto de perfección del contrato carecerá generalmente de importancia, puesto que la emisión, recepción y conocimiento de la declaración de voluntad se producen casi sin solución de continuidad. No obstante, desde un punto de vista estrictamente teórico, se podría seguir en estos casos la teoría del conocimiento, como hace la Convención de Viena para las declaraciones orales, aunque para las escritas, que son la mayoría, se sigue la teoría de la recepción (Id. pp.220 y ss).

Si bien el Consejo de Estado entiende que la contratación electrónica es contratación entre ausentes, no le resultan aplicables los preceptos del CC y del CCo señalados en aquellas circunstancias en que la prestación del consentimiento se produce de forma inmediata, esto es, sin lapso temporal apreciable entre la oferta y la aceptación. Esto sucede, en su opinión, cuando la aceptación se produce mediante un dispositivo automático instalado en la página Web del oferente que puede ser accionado por el aceptante (*clickwraps*). Estos supuestos señala son análogos a las ventas automáticas, donde no se dan los problemas que los artículos 1262 CC y 54 CCo pretenden resolver.

En consecuencia, el Consejo de Estado estima que la solución del artículo 29 (teoría de la emisión) del Anteproyecto resulta idónea en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica, puesto que la inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes.

## B) Crítica a los nuevos artículos 1262 CC y 54 CCo

De momento pocos comentarios ha recibido la nueva redacción de los preceptos del CC y del CCo, aunque los que se han publicado son ciertamente críticos con la nueva regulación<sup>7</sup>. No faltan, en nuestra opinión, razones para ser críticos con la regla<sup>8</sup>.

- 1) En primer lugar, acoge de forma confusa varios criterios en la misma norma para la determinación del momento de perfección.
- 2) En segundo término, adopta criterios diferentes para determinar el momento de perfección de los contratos celebrados a distancia mediante dispositivos automáticos y los demás, no habiendo razones que así lo justifiquen. Además, no se proporciona una definición de lo que deba entenderse por contratos celebrados mediante dispositivos automáticos.
- 3) En tercer lugar, no se inclina por el criterio de la recepción o, al menos, no en una primera lectura de la norma, para la determinación del momento de perfección de los contratos que estimamos es el más coherente con las reglas sobre oferta y aceptación en la contratación a distancia<sup>9</sup>, como así lo demuestra la circuns-

<sup>7</sup> Vid. en relación con el proyecto de Ley de 8 febrero 2002 una acertada y dura crítica en ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "Claro oscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica". En: RCE. n.º 27, mayo 2002. pp.14 y ss. También críticos: MARTÍNEZ MATESANZ, Carmen y RUIZ MUÑOZ, Miguel. "Algunos aspectos jurídico-privados del Proyecto de Ley de SSI y de comercio electrónico de 8 de febrero de 2002". En: RCE. n.º 27, mayo 2002. pp.48 y ss; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. "Los contratos electrónicos: problemas de Derecho Civil relativos a su conclusión". En: Ponencias de las jornadas de Las Palmas de Gran Canaria, 2002, 6.3 (en prensa), que aunque favorable a la teoría de la expedición para la contratación mediante dispositivos automáticos, señala que la defectuosa redacción puede ocasionar problemas de interpretación; y PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar. "Sección Publicidad y Formación del contrato". En: RCE. n.º 28, junio 2002. pp.88-89.

<sup>8</sup> Coincido, pues, plenamente con el profesor ILLESCAS ORTIZ. Op. Cit. p.16, donde expone las razones para su rechazo a la nueva regulación.

<sup>9</sup> Así también: MADRID PARRA, Agustín. "El negocio jurídico electrónico". En: RCE. n.º 28, junio 2002. p.37, y pp.39-40.

tancia de que es hoy el criterio más seguido en las legislaciones más modernas, disciplinadoras o no del comercio electrónico, entre otras, además, por el propio derecho interno español en otro lugar: artículos 18.2, 23 y 24 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980, de la que España es parte desde 1991 (CNUCCIM). En este sentido, debe resaltarse que la propia Ley parece inclinarse por el criterio de la recepción y así el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación (artículo 28 Ley de Comercio Electrónico). Esta obligación parece contradecir el propio principio establecido en los nuevos artículos.1262 CC y 54 CCo, ya que la perfección del contrato mediante el uso de dispositivos automáticos se produce conforme a la teoría de la expedición, por lo que la pérdida del mensaje de aceptación es soportada por el oferente; oferente que quedará vinculado al contrato, pero sin posibilidad de confirmar el recibo de la aceptación.

Lo indicado, implica además que la pretendida unificación sólo se ha logrado sesgadamente, ya que continúa existiendo duplicidad normativa cuando se trata de contratos de compraventa mercantiles internacionales, que se regirán, cuando se den las condiciones de aplicación, por la Convención de Viena v. contratos de compraventa nacionales, que independientemente de su naturaleza civil o mercantil contarán con la misma solución (artículos.1262 CC y 54 CCo). Y, además, ahora el momento de perfección de los contratos contará con reglas diversas dependiendo de si el contrato se celebra o no mediante dispositivos automáticos. No obstante, ha de señalarse que es positivo el que se hayan unificado las reglas de perfección contractual al nivel de los contratos nacionales, civiles y mercantiles, puesto que ésta es una de las tendencias que se observan en el moderno derecho de contratos.

De las cuatro teorías clásicas que gobiernan el momento exacto en que el contrato nace a la vida jurídica (declaración, expedición, recepción y conocimiento) nos interesa destacar que en el ámbito de los contratos requieren un análisis más detallado las llamadas teorías intermedias: expedición y recepción. La teoría de la declaración y de la cognición deben, en nuestra opinión, ser rechazadas. La primera porque, además de que no se reconoce en ningún ordenamiento jurídico, carece de virtualidad práctica al referirse al proceso interno volitivo del destinatario de la oferta. La segunda, porque igualmente se enlaza con la necesaria cooperación del oferente, que es una persona física y no una máquina, aunque aquí debe señalarse que los nuevos artículos 1262 CC y 54 CCo acogen la teoría de la expedición para determinar el momento de perfección de los contratos celebrados por medio de dispositivos automáticos. En cualquier caso, se trata de un criterio subjetivo que es, en mi opinión, rechazable.

- 4) En cuarto lugar, la Ley no define, en función de las diversas teorías a las que se refiere: expedición y recepción, el momento de perfección del contrato cuando estamos en presencia de contratos electrónicos. Y es que se plantea el problema de su delimitación exacta, ya que si bien queda claro en el ámbito de los contratos tradicionales -correo y telégrafo- y también de los más modernos en comparación con aquéllos -télex y fax- la determinación de los momentos de envío y de recepción, ello no resulta

tan evidente cuando la aceptación se realiza por medios electrónicos<sup>10</sup>.

### III. Los artículos 1262 CC y 54 CCo: momento de perfección

Los artículos 1262 CC y 54 CCo han decidido acoger tres reglas diferentes para determinar el momento de perfección de los contratos. Se acoge como regla general la teoría de la cognición, que se matiza por la recepción<sup>11</sup> en los casos de negligencia, culpa o mala fe del oferente, y, asimismo, se acude a la teoría de la emisión o expedición en el caso de empleo de dispositivos automáticos.

Efectivamente, el segundo párrafo del artículo 1262 CC y el primer párrafo del artículo 54 CCo expresamente indican que el contrato se perfecciona “desde que habiéndose la remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”, lo que en mi opinión, significa que la aceptación ha debido emitirse, por supuesto, pero ello aparece matizado por el hecho de que el oferente no la haya ignorado, lo que presupone la recepción de la aceptación y la ignorancia, pues, al hecho de su conocimiento. En definitiva, si bien la primera regla acoge la teoría del conocimiento (“desde que el oferente conoce la aceptación”), la segunda la matiza (es una excepción) al acoger la teoría de la recepción<sup>12</sup>.

Esta interpretación se ve confirmada, además, por el hecho de que dicha Disposición Final Primera está en realidad transponiendo en los nuevos preceptos la regla del antiguo artículo 1262 CC (teoría del conocimiento), que fue flexibilizada por la jurisprudencia y la doctrina -fundamentalmente en el ámbito de los contratos con opción de

<sup>10</sup> Sobre el particular PERALES VISCASILLAS, M<sup>º</sup> del Pilar. “Formación de los contratos electrónicos”. En: Comercio electrónico y protección de los consumidores. Coordinadora Botana García, Gema Alejandra. Madrid: La Ley, 2001. pp.405-462.

Vid. no obstante el artículo 28.2 Ley de Comercio Electrónico: “Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones”.

<sup>11</sup> Sin embargo, en opinión del profesor ILLESCAS ORTIZ. Op. Cit. p.17, se acoge la teoría de la emisión o expedición, lo que no es de extrañar porque el diccionario de la Real Academia Española en su vigésima primera edición define el verbo remitir como “enviar una cosa a determinada persona de otro lugar”.

Por su parte, GARCÍA MAS, Francisco Javier. Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información. Valladolid: Lex Nova, 2002. pp.175-176, examinando el Proyecto de 2002 de Ley de Comercio electrónico indica que tanto el CC como el Cco deben acoger un mismo criterio para la determinación del momento de perfección, inclinándose por la teoría del conocimiento, como hace también el Proyecto. Indica, además, en relación con la buena fe en la redacción de dichos artículos que ello podría conectarse con la contratación electrónica, “en el sentido de que no habrá buena fe por parte del oferente, cuando la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y accesible por este último”.

<sup>12</sup> Coinciden también: MARTÍNEZ MATE SANZ y RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. p.48, indicando, además, que en realidad se fija el criterio de la recepción, dado que por su mayor amplitud engloba a la del conocimiento, lo que se confirma, en su opinión, por el artículo 24 CNUCCIM. Además, los autores mencionados, con quienes estamos de acuerdo, son muy críticos con el criterio de la buena fe acogido en la formulación de la norma (también crítico con este criterio de la buena fe: ILLESCAS ORTIZ. pp.17-18).

compra- que pasó así a acoger la teoría de la recepción cuando el oferente de forma culposa o negligente retrasaba el conocimiento de la declaración de voluntad<sup>13</sup>.

En relación con la última regla de los comentados preceptos del CC y del CCo, opino que cuando se utilizan dispositivos automáticos, el contrato se perfecciona cuando se manifiesta la aceptación, lo que significa acoger la teoría de la expedición o emisión. Discrepo de los autores que han comentado esta regla en el sentido de entender que se trata de una regla nueva<sup>14</sup>, y de los autores que entienden que dicha regla se aparta de la teoría de la emisión y del conocimiento, viniéndose a acoger el criterio de la manifestación, esto es, la teoría de la declaración<sup>15</sup>.

Entiendo, sin embargo, como ya he mencionado, que dicho criterio (teoría de la declaración) no es nuevo, como lo demuestra precisamente el hecho de que así se interpretaba por un sector de la doctrina mercantilista el antiguo artículo 54 CCo, esto es, se señalaba que los contratos mercantiles se perfeccionaban por la declaración de la aceptación, sin necesidad de su remisión al oferente. De ahí que la regla no pueda considerarse “nueva” en el sentido estricto de la palabra. Pero es que, además, opino que la nueva regla que se acoge para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos es un reflejo de la interpretación mayoritaria que se daba a la regla del artículo 54 CCo, en el sentido de que la frase “desde que se conteste aceptando...”, se consideraba que acogía la teoría de la emisión o expedición<sup>16</sup>.

En definitiva, si se ha seguido la interpretación efectuada se llegará a la conclusión de que los párrafos 2º y 3º del artículo 1262 CC, así como 1º y 2º del artículo 54 CCo, han venido a fusionar en un mismo precepto a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales mayoritarios en relación con el criterio de perfección de los contratos civiles y mercantiles, de forma tal que para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos la regla general determinante del momento de perfección del contrato vendrá establecida por la aplicación de la teoría del conocimiento que se matizará o flexibilizará en los casos de negligencia, culpa o mala fe. Se trata, como ya se ha mantenido jurisprudencialmente en las hipótesis, sobre todo, de contratos de opción de compra, de aquellas situaciones en que el oferente (concedente de la opción) retrasa de forma culposa o negligente el conocimiento de la declaración de aceptación<sup>17</sup>, lo que ha supuesto

acoger la teoría de la recepción. Para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, las reglas se fijan ahora en el criterio dominante en materia de contratos mercantiles (teoría de la emisión) y así lo refleja en la nueva redacción del precepto, incluso, hemos de añadir lo mejora<sup>18</sup>.

#### IV. Los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos

Resulta evidente que dar una definición o clasificación de los contratos que se entienden celebrados mediante dispositivos automáticos es clave para determinar cuál de las tres teorías que acogen los nuevos preceptos del CC y del CCo se aplica a un determinado acuerdo. Lo primero que ha de señalarse es que no existe una definición de que deba entenderse por contratos celebrados mediante el uso de dispositivos automáticos, lo que ciertamente complica la cuestión. Podría pensarse que dichos contratos se equiparan a los contratos electrónicos<sup>19</sup>, puesto que la modificación de los artículos 1262 CC y 54 CCo se realiza al hilo de la Ley de comercio electrónico, que a estos efectos proporciona en su anexo (letra h)) una definición de lo que se entiende por contrato electrónico: “*todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones*”.

Los pocos autores que, de momento, se han ocupado del tema resaltan, aunque sin proporcionar una solución, lo equivoco de la terminología<sup>20</sup>.

confirma nuestra interpretación de que el legislador ha realizado un popurri de las normas y criterios jurisprudenciales y doctrinales ya existentes en la materia: El párrafo 2º del artículo 1262 CC sigue exactamente el esquema del antiguo artículo 1262 CC, y así de hecho una vez que acoge en la nueva redacción los criterios jurisprudenciales en la materia, añade la redacción relativa al lugar de perfeccionamiento. A continuación, el precepto en su párrafo 3º se refiere a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos acogiendo la interpretación mayoritaria del antiguo artículo 54 CCo.

<sup>18</sup> Baste en este sentido una comparación entre los verbos *contestar* (antiguo 54 CCo) y *manifestar* (nuevos artículos.1262 CC y 54 CCo). “Contestar” se define en el diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, como “*responder a lo que se pregunta, se habla o se escribe*” mientras que “manifestar” se define como “*declarar, dar a conocer, descubrir, poner a la vista*”; definición esta última que parece, en mi opinión, conformar mejor al criterio de la expedición.

<sup>19</sup> Implícitamente parece así entenderlo en relación con el proyecto de ley de comercio electrónico: FLORES DOÑA, Mª de la Sierra. Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación. Madrid: Edersa, 2002. pp.127 y ss, quien concreta el momento de perfección en el instante en que el mensaje sale del sistema de información del aceptante, lo que ya había sido sostenido por anterioridad por: PERALES, V., Mª del Pilar. *Formación del contrato electrónico*. En: Régimen Jurídico de Internet. Coord: CREMADES, Javier. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, Miguel Ángel e ILLESCAS, Rafael. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid: La Ley, 2002. pp.875 y ss. Se ha de resaltar que la profesora Flores Doña es partidaria de la teoría de la recepción para la perfección de los contratos electrónicos, estimando, entre otras razones, que ello es acorde con el artículo 15 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996. Si bien, ciertamente la teoría de la recepción es la más conveniente por las razones ya apuntadas, debe recordarse que dicho precepto de la Ley Modelo no se refiere al momento de perfección de los contratos sino únicamente a la determinación de los momentos de emisión y recepción cuando se trata de un mensaje electrónico.

<sup>20</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ. Op. Cit. pp.19-20, que manifiesta sus dudas en torno a que el comercio electrónico quede incluido en la norma, incluyendo los supuestos de contratación mediante agentes electrónicos; CAVANILLAS

<sup>13</sup> Vid. al respecto: PERALES VISCASILLAS, La formación. Op. Cit. pp.213 y ss. Vid. en el ámbito de los contratos de opción de compra: STS 25 abril 1994 (RA 3222), STS 26 mayo 1976 (RA 2366), STS 29 marzo 1993 (RA 2534), STS 29 septiembre 1981 (RA 3247), STS 10 diciembre 1982 (RA 7474), STS 22 diciembre 1992 (RA 10642), STS 4 mayo 1994 (RA 3565), y 24 abril 1995 (RA 3546).

En relación a otros contratos: STS 24 noviembre 1998 (RA 8756) relativa a un contrato de adjudicación de un concurso, donde la carta de aceptación fue remitida por correo certificado, pero no fue recogida por su destinatario hasta un mes y medio después de la fecha del momento del aviso.

<sup>14</sup> Así opinan ILLESCAS ORTIZ. Op. Cit. p.18; y MARTÍNEZ MATE SANZ y RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. p.50. Evidentemente todos ellos son críticos con la regla (respectivamente. p.22 y p.50).

<sup>15</sup> ILLESCAS ORTIZ, p.18; y MARTÍNEZ MATE SANZ y RUIZ MUÑOZ. pp.50-52. Vid., no obstante, PERALES VISCASILLAS. En: RCE. n° 28, junio 2002. p.89, y CAVANILLAS MÚGICA, 6.3, inclinándose también por la teoría de la expedición.

<sup>16</sup> Vid. PERALES VISCASILLAS, La formación Op. Cit. pp.194 y ss.

<sup>17</sup> Puede en este sentido mencionarse que la estructuración del precepto

Como se ha señalado, parece que el iter legislativo demuestra que por dispositivo automático se entiende a la contratación electrónica cuando se produce la contratación de forma inmediata sin lapso temporal entre la oferta y la aceptación, esto es, cuando la oferta aparece en una página Web y el destinatario utiliza un mecanismo automático de contratación previsto por el oferente<sup>21</sup>. Se señalan, asimismo, como ejemplo a las ventas automáticas, referencia que parece ha de ser entendida en relación con las ventas automáticas previstas en los artículos 49 a 52 LOCM<sup>22</sup>. El dictamen del Consejo de Estado parece hacer especial énfasis en el hecho de que en este tipo de contratos la oferta y la aceptación se producen de forma inmediata, y además en la circunstancia de que en estos casos sería excesivo supeditar el perfeccionamiento del contrato al conocimiento efectivo de la aceptación por el oferente.

En mi opinión, la inmediatez en las declaraciones de voluntad no afecta a la perfección del contrato, entendida como el momento exacto en que el contrato nace a la vida jurídica, por lo que no hay necesidad de establecer reglas especiales en estos casos. La inmediatez en el intercambio de las declaraciones de voluntad sí es, sin embargo, relevante para el estudio o análisis de las vicisitudes que afectan a las declaraciones de voluntad durante la fase de formación del contrato, tales como la retirada, revocación, y contraoferta, que tienen un considerable juego cuanto mayor es el lapso temporal entre la oferta y la aceptación<sup>23</sup>. Sucede que, efectivamente, cuando se emplean dispositivos automáticos como vehículo para el intercambio de las declaraciones de voluntad, como en los casos de contratación en página Web y en las ventas automáticas, el destinatario de la oferta no sólo no tiene posibilidad de discutir los términos que se le ofrecen, sino que, además el oferente al realizar en ambos casos una oferta pública de venta queda sujeto a los términos ofrecidos mientras no revoque su declaración de voluntad, para lo cual será necesario que efectúe dicha revocación por el mismo medio al que da a conocer la oferta. Ello implica en estas circunstancias que no se crearán expectativas en el destinatario de la oferta en torno a la perfección del contrato en unos determinados términos, puesto que su aceptación será realizada en relación con los elementos de la oferta que en ese momento estén vigentes<sup>24</sup>.

MÚGICA, 6.3, presentando varias opciones interpretativas, aunque sí señala finalmente que se refiere a la contratación sobre página Web cuando quien realiza la aceptación es el destinatario del servicio de la sociedad de la información; y MADRID PARRA, *Negocio jurídico electrónico*. Op. Cit. p.41, también señalando sus dudas en cuanto al alcance del precepto.

<sup>21</sup> Precisamente el profesor CAVANILLAS MÚGICA, 6.3, siguiendo también a la historia legislativa, entiende que el término dispositivo automático ha de interpretarse como equivalente a comercio electrónico y opuesto al correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a que aluden los artículos 27 y 28 de la Ley de Comercio Electrónico. Incluso estima que sólo se aplicará la teoría de la expedición cuando es el destinatario de un servicio de la sociedad de la información y no el prestador quien manifiesta su consentimiento.

<sup>22</sup> El artículo 49 LOCM entiende por venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe. Se trata de las tan frecuentes transacciones que realizamos al comprar por medio de máquinas expendedoras de bebidas o comida, o al utilizar los servicios de aparcamiento de coches, por ejemplo.

<sup>23</sup> Vid. PERALES VISCASILLAS, *La formación*. Op. Cit. p.156, donde se establecen las diferencias entre los contratos de formación instantánea y los de formación sucesiva.

<sup>24</sup> Si bien no son ofertas irrevocables en el sentido jurídico del término, la oferta pública en página Web, así como la oferta en una máquina expendedora

Al no afectar la inmediatez de las declaraciones de voluntad al momento de perfección del contrato, no hay necesidad de acoger una regla especial para el nacimiento del contrato. La razón que en este sentido da el Consejo de Estado para acoger la teoría de la expedición viene dada porque entiende que cuando se utilizan dispositivos automáticos sería excesivo supeditar el perfeccionamiento del contrato al conocimiento efectivo de la aceptación por el oferente. Si esta es la razón, me pregunto si no habría sido suficiente con haber acogido la teoría de la recepción<sup>25</sup>, máxime cuando la carga de la prueba de la emisión recae en el aceptante, aunque no la de la recepción del mensaje<sup>26</sup>. Entiendo que el Consejo de Estado pudo haber desarrollado un papel relevante en esta materia, aunque parece actuar "atado" por la disposición del Anteproyecto del Ministerio de Ciencia y Tecnología (artículo 29, teoría de la expedición) y la Propuesta de reforma de los artículos 1262 CC y 54 CCo del Ministerio de Justicia (teoría del conocimiento, exceptuada por la teoría

dotan de fijeza a sus elementos, por lo que si la razón que justifica la adopción de la teoría de la expedición es la de proteger al destinatario de la oferta del poder revocatorio del oferente, dicha razón decae cuando la oferta es irrevocable, debiendo ser otra la solución: la teoría de la recepción (PERALES VISCASILLAS, *La formación*. Op. Cit. pp.189-190). Vid. no obstante, las consideraciones que se realizan en la nota siguiente.

<sup>25</sup> Distinto es, sin embargo, el caso de las ventas automáticas tal y como aparecen definidas en el artículo 49 LOCM, ya que requieren el previo pago del importe, esto es, el destinatario del producto o servicio previa su entrega procede al pago, esto es, realiza un acto de ejecución del contrato del tipo previsto en el artículo 18.3 CNUCCIM, por lo que es perfectamente lógico que en estas hipótesis el momento determinante del nacimiento del contrato se construya de acuerdo con la teoría de la expedición. Vid. en relación con la aceptación por actos de ejecución: PERALES VISCASILLAS, *La formación*. Op. Cit. pp.534 y ss.

<sup>26</sup> Entiende CAVANILLAS MÚGICA, 6.3, que por este motivo en el comercio electrónico debería adoptarse la teoría de la expedición para así liberar al destinatario del servicio de la sociedad de la información de tener que acreditar la recepción de sus mensajes por parte del prestador de servicios. En mi opinión, sin embargo, la carga de la prueba del envío recae en el aceptante y la de la recepción del mismo en el oferente (Vid. la Exposición de Motivos de la Directiva 97/7/CE en materia de prueba indicando que en la utilización de las nuevas tecnologías, el consumidor no domina la técnica y que por tanto es necesario prever que la carga de la prueba pueda recaer sobre el proveedor).

Tampoco comparto la opinión de que el riesgo del error en la transmisión sea determinante en la contratación electrónica, como al efecto opina CAVANILLAS MÚGICA, 6.3., y ello porque entendiendo por error la equivocación del destinatario del servicio de la sociedad de la información al aceptar la oferta, me parece que del conocimiento de los navegantes en Internet, así como de la propia estructura de las aceptaciones sobre página Web, difícilmente habrá lugar a un error de esas características. Ahora bien, si más bien parece que el autor se refiere a las contingencias, esto es, pérdidas o retrasos, que pueda sufrir la declaración de voluntad emitida, entonces sí será relevante pronunciarse acerca del momento de perfección de este tipo de contratos electrónicos. En este sentido, entiende el autor citado que el riesgo tecnológico lo debe soportar quien se encuentra en la posición tecnológica predominante. En mi opinión, sin embargo, cuando se contrata por medio de página Web, las partes utilizan terceros independientes -los servidores y la red de Internet- como vehículo para la contratación, además del hecho de que no debe olvidarse que no siempre el oferente será el prestador de servicios. Por otra parte, dicho problema está resuelto de forma muy clara cuando se aplica la teoría de la recepción por el artículo 21 de la Convención de Viena para las aceptaciones tardías (PERALES VISCASILLAS, *La formación*. Op. Cit. pp.595 y ss; y STS 4 mayo 1994 (RA 3565)), y además por el hecho de que para la contratación electrónica que comentamos la Ley de Comercio Electrónico impone en el prestador de servicios la obligación de confirmar la recepción de la aceptación (artículo 28), por lo que bien pudo haberse acogido la teoría de la recepción para determinar la perfección del contrato en estas circunstancias.

de la recepción), lo que ha provocado la solución de compromiso que finalmente vio la luz.

Además, se ha de indicar que para el Consejo de Estado se produce una equiparación entre los contratos por teléfono y los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, que hace que asimile a los últimos con los contratos entre presentes, citando al efecto a la STS 3 enero 1948 (RA 11), que, como se sabe, es la primera decisión de nuestro alto tribunal que se pronunció acerca de la perfección oral del contrato. Se trataba de un contrato de seguro de transporte realizado mediante una oferta que la empresa transportista dirigió a la entidad aseguradora, que aceptó por teléfono, entendiéndose perfeccionado el contrato desde que se aceptó verbalmente la propuesta. Si bien el tribunal no especifica en que momento se perfecciona el contrato, parece que se inclina por la teoría de la expedición (desde que se aceptó verbalmente), lo que pudo también influir en la decisión del Consejo de Estado<sup>27</sup>.

Como se ha indicado, el Consejo de Estado sólo menciona la contratación electrónica en página Web y a las ventas automáticas como ejemplos de contratación mediante dispositivos automáticos. Existen otras formas de contratación que también podrían entenderse realizadas de dicha forma. Para ello, y según se desprende de lo indicado por el Consejo de Estado, será necesario que el intercambio entre la oferta y la aceptación se produzcan de forma inmediata<sup>28</sup> y que el oferente haya instalado el dispositivo automático de contratación, por lo que parece que también se puede aplicar a la televenta, a la contratación mediante teléfonos automáticos, como en los casos de banca telefónica, y en las aceptaciones realizadas mediante el uso del teléfono móvil, particularmente cuando se puede aceptar pagando el precio. Existen otros supuestos, sin embargo, dudosos, por ejemplo en la contratación automática vía EDI (*Electronic Data Interchange* o Intercambio Electrónico de Datos), típica entre empresarios, y en la que ambas partes habrán instalado el mecanismo automático de contratación.

## V. Lugar de perfección del contrato

El nuevo artículo 1262 CC no modifica la regla relativa al lugar de perfeccionamiento del contrato en sede de teoría general, por lo que el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Lo que sí ha hecho el legislador español es extender la regla también para los contratos mercantiles, por lo que se termina así con la polémica doctrinal en torno a si era posible o no la aplicación por analogía de la regla del CC, al ser discordante la normativa con la relativa al momento de perfección del contrato<sup>29</sup>. Se trata de una presunción, por lo que cabe el pacto entre las partes designando otro lugar.

Esta aplicación de las reglas del Código Civil para la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato presentan problemas cuando la contraparte del empresario es un consumidor y ello porque, de configurarse la publicidad comercial como una oferta en sentido jurídico, tendremos que el consumidor -que sólo tiene la opción de aceptar o no- ocupará siempre la posición de aceptante, resultando que el lugar de perfeccionamiento será siempre el lugar donde radique el establecimiento del vendedor-ofertante. Por esta razón, la Ley de Comercio electrónico se refiere a esta cuestión en el artículo 29 indicando que cuando la transacción involucre a un consumidor el contrato se presume celebrado en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, mientras que en la contratación electrónica entre empresarios se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

La objeciones que merece la nueva regulación es obvia: no se entiende por qué se protege más al consumidor que contrata por vía electrónica que al consumidor que contrata por otros medios a distancia como el correo, fax, etc. Y es que en estos casos el contrato se entiende perfeccionado en el lugar en que se hace la oferta, siendo habitual que el oferente sea el empresario.

<sup>27</sup> Vid. además, la posición de la doctrina civilista en relación con el momento de perfección de los contratos entre presentes en PERALES VISCASILLAS. La formación. Op. Cit. pp.209 y ss.

<sup>28</sup> Merece la pena resaltar que la inmediatez en el intercambio de la oferta y aceptación únicamente se produce en los casos de contratación que utilice medios de comunicación que conecten al oferente y al aceptante en tiempo real, como, por ejemplo, el teléfono. En este particular aspecto, entiendo que no existen diferencias entre contratar aceptando mediante un "click" en el icono de aceptación, y contratar respondiendo a un e-mail. En ambos casos, el destinatario de la oferta dispone de tiempo para aceptar, por ejemplo, si se conecta posteriormente a la página Web del prestador de servicios o a su servidor de correo electrónico, por lo que puede decirse que existe o puede existir un lapso temporal apreciable entre la oferta y la aceptación. Por contra, cuando la oferta se hace verbalmente, se requiere una aceptación inmediata (véase en este sentido el artículo 18.2 CNUCCIM: "La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa").

<sup>29</sup> Vid. PERALES VISCASILLAS. La formación. Op. Cit. pp.260-266.