

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

PARTE II: LA ACEPTACIÓN ELECTRÓNICA

¿CONTRATANTES ELECTRÓNICOS CONTRATANTES PRESENTES O AUSENTES?

Ruperto Pinochet Olave*

RESUMEN

El presente artículo es el segundo de una serie de cuatro que tienen por objeto tratar de modo exhaustivo el tema de la formación del consentimiento electrónico. Se ocupa de la aceptación electrónica procurándose determinar cuáles requisitos específicos deben cumplirse en el caso que la aceptación de una oferta sea realizada por un medio perteneciente a las nuevas tecnologías. Se revisa la legislación, principalmente del ordenamiento jurídico nacional, que contiene prescripciones que puedan resultar aplicables a la aceptación electrónica analizando, en cada caso, el contenido de tales regulaciones. Se concluye la aplicación de los requisitos clásicos de la aceptación a la aceptación electrónica, no obstante, que se detectan profundas diferencias en los conceptos de partes *presentes* o *ausentes* cuando se analizan tales nociones en la contratación electrónica. Por la misma razón, las teorías de la declaración, de la remisión, de la recepción y del conocimiento, parecen no responder –en una visión preliminar- adecuadamente a la formación del consentimiento electrónico.

* Doctor en Derecho, Profesor Derecho Civil, Universidad de Talca. Recibido el 25 de abril de 2005, aceptado el 24 de mayo de 2005. (rpinoche@utalca.cl)

PALABRAS CLAVES

-Derecho civil- Negocio jurídico- Acto jurídico- Contratos- Contratos electrónicos- Consentimiento electrónico- Derecho y Nuevas tecnologías-

ABSTRACT

This article, on the electronic acceptance of an offer or tender, is the second in a series of four which seeks to provide a full analysis of the formation of consent or agreement by electronic means. Our aim here is to determine the specific requirements than ought to be met if an acceptance is to be expressed by means of the new technologies. The national legislation is surveyed to identify and analyze norms that could be applicable to the problem at hand. We find that the classical requisites of acceptance are indeed applicable to its electronic form, although significant difference emerges as to the notions of *present* and *absent* when applied to the electronic agreement. For this reason, the theories of declaration, remittance, reception, and acknowledgment seem not to properly respond, at first analysis, to the formation of consent by electronic means.

KEYWORDS

Civil law, Contracts, Electronic Contracts, Electronic Consent. Electronic agreement, Law and the new technologies

La aceptación, el segundo y más importante elemento para la formación del consentimiento electrónico y, por tanto, del negocio jurídico electrónico deberá necesariamente -a diferencia de la oferta- haberse formulado por medios electrónicos para poder situarnos dentro del ámbito propio del consentimiento electrónico y, en consecuencia, del negocio jurídico electrónico¹.

Como se sabe, nuestro Código Civil no contiene normas referidas a la formación del consentimiento, y se ha debatido largamente en doctrina la aplicabilidad o no de las normas que para el efecto contiene el Derecho Comercial, discusión que como se tendrá oportunidad de apreciar en las conclusiones del presente artículo hoy ha perdido gran parte de su vigencia.

¹ Ya hemos advertido que tal solución es a la que se llega en virtud de la aplicación de las reglas generales de la teoría clásica de la formación del contrato y, por tanto, si bien es cierto que la oferta podría no ser electrónica la aceptación siempre deberá serlo. Sobre el particular se puede consultar la primera parte de esta serie referida a la oferta electrónica.

Recurriendo –como lo intentaremos hacer a lo largo de toda esta serie- a los instrumentos internacionales, particularmente europeos, sobre el punto, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 18.1 prescribe que: “*Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación*”. En un sentido casi idéntico los Principios del Derecho Europeo de Contratos señalan: “*Artículo 2:204: Aceptación (1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación. (2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos*”².

Recordando conceptos generales podemos señalar que la aceptación puede ser entendida como aquella declaración de voluntad realizada por el destinatario de la oferta por medio de la cual expresa su conformidad en todos los aspectos con la oferta y, por tanto, manifiesta su voluntad de perfeccionar el negocio jurídico³.

-
- 2 DÍEZ-PICAZO al respecto expresa: “*nada puede impedir (lejos de ello todo aconseja) que las normas del Convenio sean tenidas en cuenta para resolver los problemas de formación del contrato mediante oferta y aceptación, cualquiera que sea la naturaleza del contrato en cuestión*”, DÍEZ-PICAZO, Luis. 1995. “La Formación del Contrato”, en **Anuario de Derecho Civil**. Madrid, p. 6. Como lógica continuación de los trabajos de unificación del Derecho europeo de contratos hoy también deben ser considerados en la comprensión del fenómeno en estudio, los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, UNIDROIT -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-, Roma 1995, así como los -Principios del Derecho Europeo de Contratos-, elaborados por la Comisión sobre Derecho contractual europeo -*Commission on European Contract Law*-, y publicados bajo el título de: “*Principios del Derecho europeo en materia de contratos, partes I, II y III*” (*Principles of European Contract Law Parts I and II*, editado por Ole Lando y Hugh Beale titulado (Kluwer Law International, 2000)).
- 3 ALBALADEJO la define como: “*la declaración de voluntad por la que aquél a quien se ofreció la celebración del contrato, da a conocer su conformidad con ésta*”, Albaladejo, Manuel. 1997. **Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General**. Barcelona: t. II, vol. 1º, décima edición, José María Bosch Editor, p. 394. DÍEZ-PICAZO la entiende como: “*aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta*”, Díez-Picazo, Luis. 1996. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato**. Madrid: Vol I, 5ª Edición, Civitas Ediciones, p. 305. Ferri señala que la oferta: “*es la declaración de voluntad que el destinatario de la oferta dirige al oferente y mediante el cual se concluye el contrato*”, Ferri, Luigi. 2001. **La Autonomía Privada**. Granada: Ed. Comares, p. 145. Para Flume: “*La declaración de aceptación es básicamente igual que la oferta, una declaración de voluntad receptiva, por consiguiente, se hace eficaz al llegar al oferente. No es ningún negocio jurídico unilateral independiente, sino una parte del negocio que es el contrato*”, Flume, Werner. 1998. **El Negocio Jurídico**. Madrid: Editorial Fundación Cultural del Notariado, p. 744. Galgano define la aceptación: “*como la declaración de voluntad que el destinatario de la oferta dirige al oferente y mediante la cual se concluye el contrato*”, GALGANO, FRANCESCO. 1992. **El Negocio Jurídico**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 145. Para Lalaguna: “*La aceptación de la oferta es la declaración de voluntad por la que la persona a la que se ha hecho la propuesta de contrato da su conformidad a ésta*”, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE. 1993. **Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., p. 128. Von Thur entiende que: “*La aceptación es, por regla general, lo mismo que la oferta, una declaración de carácter receptivo, que puede ser libremente revocada mientras no llega a poder del oferente... La aceptación no necesita ser expresa.*” Von Thur, A. 1999. **Tratado de las Obligaciones**. Madrid: Tomo I, traducido del alemán y concordado por W.

Sabido es que la aceptación debe coincidir con los términos indicados en la oferta, pues, en caso que altere alguno de sus contenidos será considerada como una nueva oferta. La denominada coincidencia o simplicidad de la aceptación es, sin embargo, un asunto relativo, ya que como bien advierte Martínez de Aguirre⁴ el contenido de la aceptación puede ser tan amplio y tan complejo como lo permita la oferta. En tal sentido, piénsese en una oferta que permita elegir entre varios productos, precios y modalidades de pago, pues, en el caso propuesto la verdadera determinación del negocio vendrá efectuada, por excepción, en la aceptación y no en la oferta.

De acuerdo a la doctrina se puede afirmar que los requisitos esenciales de la aceptación son⁵:

1º Debe ser pura y simple en el sentido de no condicionada y coincidente⁶, por tanto, en todos sus características esenciales con la oferta⁷. Como hemos señalado, si la aceptación es

Roces, reimpresión de la primera edición, Ed. Reus, p. 139. Entre nosotros VÍAL Y LYON entienden la aceptación “*como el acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella*”; VÍAL DEL RÍO, VICTOR Y LYON PUELMA, ALBERTO. 1985. **Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y de las Personas**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 42.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL Y PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. 2000. **Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones**. Madrid: Ed. Colex, p. 366.

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit., p. 366, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, señalan como requisitos de la aceptación los siguientes: “1) *debe coincidir con la oferta en todos sus términos*; 2) *debe suponer una voluntad de contratar que sea definitiva*; 3) *es una declaración de voluntad receptiva*; 4) *puede llevarse a cabo con arreglo a cualquier forma, salvo que el oferente haya dispuesto otra cosa, o el contrato sea formal*; 5) *debe ser tempestiva*”. Para GETE-ALONSO, MARÍA, los requisitos de la aceptación son: 1) Su congruencia con la oferta en todos sus términos. 2) Ser una declaración de voluntad definitiva. 3) Debe ser tempestiva. 4) Llegar a conocimiento del ofertante. 5) Cumplir el requisito de forma, el que en principio es libre, GETE-ALONSO, MARÍA. 2000. **Teoría General del Contrato, en Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato**. Madrid: Marcial Pons, 3^a Ed, p. 575. Entre nosotros, Alessandri y Somarriba señalan que son: a) La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente; b) La aceptación debe ser oportuna, y c) La aceptación debe ser pura y simple, ALESSANDRI, ARTURO Y SOMARRIVA, MANUEL. **Tratado de Derecho Civil. Tomo I**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Versión electrónica microjuris. www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm 19.04.2005.

⁶ La determinación de la coincidencia es una cuestión de hecho a veces no fácil de determinar. Al respecto se han formulado una serie de reglas que MARTÍNEZ GALLEGOS sintetiza en: a) La regla del espejo (*the mirror-image rule*) y b) La regla de la última palabra (*the last-shot rule*). La primera regla exige concordancia perfecta entre oferta y aceptación, mientras la segunda permite el perfeccionamiento del negocio a pesar de que la aceptación haya modificado en algún grado los términos expresados en la oferta bajo condición que el primer oferente cumpla la prestación sin hacer ningún tipo de declaración. MARTÍNEZ GALLEGOS, EVA. 2000. **La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 94.

⁷ Así lo consideran entre otros ALBALADEJO, MANUEL. Ob. cit. p. 394, FLUME, WERNER. Ob. cit. p. 760, GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 575, ENNECCERUS, LUDWIG Y NIPPERDEY HANS CARL. 1981. **Tratado de Derecho Civil: Parte General**. p. 105; “*La conformidad ha de darse no sólo con referencia al objeto y a la causa (art. 1.262, párr. 1º), sino también con respecto a otras condiciones que los contratantes han elevado a la categoría de esenciales*”. Entre nosotros en igual sentido: ALESSANDRI Y SOMARRIVA. Ob. Elec. Cit. y Víal y Lyon. Ob. Cit. p. 43.

condicionada se entenderá como una nueva oferta, o contraoferta, realizada esta vez al primer oferente, que será considerado nuevo destinatario de la segunda oferta⁸.

Reafirmando la misma regla general, la Convención de Viena sobre compraventa Internacional prescribe en su artículo 19.1, que la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como oferta rechazada y constituirá una contraoferta. No obstante, la misma Convención recogiendo criterios más modernos dispone, en el apartado 2 del mismo artículo, que la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente a los expresados en la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido⁹.

2º Debe suponer una voluntad de contratar seria o definitiva¹⁰. No basta cualquier respuesta a la oferta ya que: “*No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorpore la voluntad contractual, aún cuando en ellas no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibos de la oferta, la expresión del interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación*”¹¹.

La aceptación constituye la consumación de un negocio jurídico con consecuencias jurídicas que pueden ser importantes, por lo que la voluntad de obligarse por parte del aceptante debe existir claramente. Debe existir tanto la voluntad de consentir en el negocio jurídico específico, como también la voluntad de exteriorizar el querer interno para el perfeccionamiento del negocio.

3º Debe exteriorizarse a través de cualquier medio idóneo que no necesariamente debe ser

⁸ Sin embargo, se sostiene que: “*La regla de la exacta correspondencia entre la oferta y la aceptación se ha visto relativizada en los últimos años, a partir de la consideración de que las faltas de coincidencia no significativa entre la oferta y la aceptación, no deben ser consideradas como contraoferta, y por tanto no impiden necesariamente la perfección del contrato*”, MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 367. En igual sentido ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. p. 281 y siguientes.

⁹ La misma Convención se ocupa, en una evidencia de técnica legislativa adecuada, de los elementos que se consideran pueden alterar sustancialmente la oferta. Entre ellos, se menciona en el artículo 19.3 los elementos adicionales o diferentes relativos al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias.

¹⁰ En esa la línea doctrinal GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 576 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 366.

¹¹ Así DÍEZ-PICAZO. 1995. Ob. Cít., p. 20.

el mismo que el utilizado para formular la oferta¹². Tal declaración, en virtud del principio de libertad de forma, puede ser efectuada de cualquier modo, pero que en lo que a nosotros respecta, deberá necesariamente producirse electrónicamente por constituir el elemento esencial para situarnos dentro del ámbito del negocio jurídico electrónico.

La aceptación también, de acuerdo a las reglas generales que gobiernan la teoría del negocio jurídico, puede ser materializada en virtud de una declaración de voluntad expresa o tácita. Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva o social, signifiquen conformidad con la oferta¹³.

Al respecto, la Convención de Viena sobre compraventa internacional permite en términos explícitos la aceptación tácita señalando, además, algunos ejemplos sobre el particular al disponer en su artículo 18.3 que: “*en virtud de la oferta, de prácticas o de usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente*”.

En los Principios del Derecho Europeo de Contratos más que hablar de voluntad expresa y tácita, su artículo 2:205: (2) prescribe que: “*En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta*”, siguiendo la doctrina más actual europea que más que distinguir entre voluntades expresas o tácitas prefiere hablar de voluntades o conductas concluyentes.

4º Debe ser tempestiva¹⁴. Es decir producirse mientras la oferta esté vigente, esto es, antes de que haya sido revocada o haya caducado por cumplimiento del plazo o condición establecida para su vigencia.

¹² En tal sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 366. Por su parte DÍEZ-PICAZO. 1995. Ob. Cit. p. 20, expresa: “*El hecho de que el oferente utilice para su oferta un determinado medio de comunicación no implica, por si solo que para la aceptación haya de utilizarse un medio idéntico*”. Al respecto Rico Carrillo, señala: “*Al igual que la oferta -y a tenor del artículo 11 de la Ley Modelo de Uncutral sobre comercio electrónico transcrita anteriormente- la aceptación por medios electrónicos se considera perfectamente admisible en el sentido de que no se requiere una formalidad específica para su emisión, pudiendo ser expresa o tácita. En una operación electrónica la aceptación tácita tendría lugar cuando el usuario realiza el correspondiente pedido, acepta un determinado servicio o acepta por ejemplo el medio de pago ofrecido*”, RICO CARRILLO, MARILIANA. 2000. “*La Oferta y la Aceptación en la Contratación Electrónica*”, en **Revista Electrónica de Derecho Informático**, Ed. Vlex, No. 25. <http://vlex.com/redi>.

¹³ “*La determinación de qué actos pueden servir para expresar asentimiento o conformidad es una cuestión que tiene que resolverse casuísticamente. Sin embargo, en términos generales debe considerarse que son actos de aceptación tácita de una oferta los que signifiquen ejecución de la prestación contractual o preparación de la ejecución*”, DÍEZ-PICAZO. 1995. Ob. Cit. p. 21.

¹⁴ En tal sentido DÍEZ-PICAZO. 1995. Ob. Cit. p. 21, GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 576, MARTÍNEZ GALLEGO, EVA. Ob. cit. p. 104, ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. p. 271. Entre nosotros: ALESSANDRI Y SOMARRIVA. Ob. Elec. Cit. y VÍAL Y LYON. Ob. Cit. p. 43.

Sobre el particular, la Convención de Viena sobre compraventa Internacional dispone en su artículo 18.2) que: “*La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa*”, por su parte, los Principios del Derecho Europeo de Contratos prescriben en su artículo 2:206 que, para ser eficaz, la aceptación de una oferta debe ser efectuada dentro del tiempo fijado para ello. Si no se ha fijado tiempo la aceptación debe efectuarse dentro de un tiempo razonable¹⁵.

En principio, una aceptación intempestiva carece de toda eficacia, sin embargo, puede suceder que el oferente siga interesado en la celebración del negocio, en cuyo caso la doctrina propone dos soluciones divergentes: “*considerar la eventual <aceptación> eficaz, a pesar del retraso, o estimar que es una contraoferta que precisa de una nueva aceptación*”¹⁶. En general, podemos afirmar que tanto la doctrina¹⁷ como la Convención de Viena¹⁸ sobre compraventa

¹⁵ En su versión original la redacción del artículo 2:206 es la siguiente: “*Article 2:206 (ex art. 5.206): Time Limit for Acceptance.*

(1) In order to be effective, acceptance of an offer must reach the offeror within the time fixed by it.
(2) If no time has been fixed by the offeror acceptance must reach it within a reasonable time.
(3) In the case of an acceptance by an act of performance under art. 2:205 (3), that act must be performed within the time for acceptance fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time”.

¹⁶ MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva. Ob. cit. p. 105. Sobre el particular la misma autora señala, citando a MORENO QUESADA, que la doctrina española: “*en un intento de armonizar los intereses de ambos contratantes en aras del principio de la buena fe que ha de presidir toda relación, propugna una solución tomando como paradigma el criterio alemán. De un lado, proteger el eventual aceptante que emitió su declaración en condiciones de llegar al oferente en plazo y que creyó perfecto el contrato, y, de otro, al oferente que, en virtud de igual principio y ante la tardanza en responder, consideró que su oferta no fue tenida en cuenta y ha concluido el contrato con un tercero. Como excepción al principio de que toda aceptación emitida una vez caducada la oferta no tiene eficacia alguna, salvo su consideración como contraoferta, se admite que si esa declaración de aceptación fue emitida y enviada a través de un medio por el que normalmente habría llegado en plazo, y que, sin embargo, llega tardíamente al oferente, es válida. Ello salvo que el oferente comunique sin demora el retraso en la llegada de la aceptación y su consiguiente ineptitud para formar un contrato.// El problema se reduce a la prueba de que el retraso sea o no imputable al aceptante o al medio de comunicación elegido*”.

¹⁷ En tal sentido MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva. Ob. cit. p. 105.

¹⁸ En la línea indicada el artículo 21 de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías prescribe que: “*1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido*”.

Internacional permiten al oferente la posibilidad de considerar perfeccionado el negocio en virtud de una aceptación tardía bajo determinadas condiciones.

Sobre la tempestividad de la oferta la doctrina acostumbra a preguntarse por la situación que puede producirse en el caso de que no se haya fijado plazo para la validez de la oferta concluyendo, en líneas generales, que la aceptación se ha de emitir y llegar a conocimiento del oferente en un *<plazo razonable>*, misma solución seguida en el artículo 18.2 de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional¹⁹, misma solución adoptada en el artículo 2:206: (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos que al referirse al plazo de aceptación de la oferta, prescribe que: “*Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable*”.

5º Por último, la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente como declaración de voluntad recepticia que es²⁰.

Como puede colegirse de todo lo dicho no basta, por regla general, que la aceptación haya sido emitida sino que será necesario que llegue efectivamente a conocimiento del oferente mientras la oferta esté vigente, ello salvo excepciones que hemos revisado al tratar sobre la tempestividad de la aceptación.

I. REGULACIÓN ESPECIAL DE LA ACEPTACIÓN EMITIDA POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Además de las reglas generales que resultan aplicables a la regulación de la aceptación por medio de las nuevas tecnologías existe, tal como en el caso de la oferta, normativa de carácter especial -la mayoría de derecho comparado- que resulta de interés para el estudio adecuado del tema de la aceptación por medios electrónicos, reglamentación que pasamos a revisar.

¹⁹ El artículo 18.2 de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías prescribe que: “*La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente*”. Comentando tal disposición DÍEZ-PICAZO señala: “*Por plazo razonable debe entenderse aquel que resulte del cumplimiento de las reglas de la diligencia y de la buena fe. Por una parte, es claro que no puede someterse al oferente a una espera indefinida y que, aun cuando el oferente no haya ni retirado ni revocado la oferta, el transcurso del tiempo por sí solo le permite considerarse liberado de aquélla. Sin embargo, el aceptante deba quedar a cubierto, asimismo, de las posibilidades de abuso por parte del oferente de su posibilidad de considerar la aceptación tardía*”, DÍEZ-PICAZO, LUIS. 1998. “La Formación del Contrato, en La Compraventa Internacional de Mercaderías”. **Comentario de la Convención de Viena**. Madrid: Civitas Ediciones, p. 182.

²⁰ GÉTE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 576, MARTÍNEZ GALLEGOS, EVA. Ob. cit. p. 109.

1.1. LA ACEPTACIÓN ELECTRÓNICA Y LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En lo relativo a la formación del contrato electrónico el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico dispone que:

“El prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido²¹ del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica²².

Se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos”.

Por su parte el apartado 3, del mismo artículo 11, señala que sus apartados 1 y 2 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente, excepción que se explica debido a la circunstancia de que las exigencias formuladas en los apartados 1 y 2, del artículo 11, han sido ideadas para el comercio electrónico realizado por Internet a través de páginas Web u otros medios equivalentes –*on line*–, y no para sistemas comunicacionales –*off line*–, como es el caso de la comunicación vía correo electrónico.

Respecto del sistema de acuse de recibo o aceptación consagrado en el artículo 11 de la

²¹ Debe hacerse presente de que existió una cierta voluntad de que la Directiva no se inmiscuyera en lo relativo a la celebración del contrato, en tal sentido expresa GARCÍA MAS refiriéndose al proceso de formación del artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico señala: “*en el debate acaecido en las sesiones, se cambió el título de este art. 11 por el de realización de un pedido, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos, y por el distinto tratamiento, que en las diferentes legislaciones se daba a esta cuestión*”, GARCÍA MAS, Francisco Javier. 2000. “La Contratación Electrónica: la firma digital y el documento electrónico”, en **Notariado y Contratación Electrónica**. Madrid: Consejo General del Notariado, p. elec. Sin embargo, pensamos que tal objetivo no se logró, puesto que los límites entre términos aparentemente mercantiles como los de <realización de un pedido> o <confirmación de un pedido>, y sus correspondientes jurídicos <oferta> y <aceptación> no es tan delimitada como se pretende, y la regulación que se pretendió exclusivamente mercantil, tiene una clara incidencia en los aspectos relativos al proceso de formación del contrato. Nuestra conclusión es corroborada por la doctrina que comenta el citado artículo 11, pues diversos autores centran su análisis, precisamente, desde la perspectiva del proceso de formación del contrato electrónico.

²² Sobre el particular MATEU DE ROS, advierte que: “...la ley habla de “justificación”, no de renovación o reproducción del contrato. El contrato existe desde que se ha consentido válidamente por las partes de modo telemático. Por tanto, no es necesario reconstruir o formalizar “ex novo” un nuevo contrato escrito que refleje o repita el negocio jurídico consensual, eficaz por sí mismo. Una “justificación” es un comprobante, un recibo (art. 11 de la Directiva sobre Comercio Electrónico), una “prueba” escrita, si se quiere, del contrato consensual existente, nunca un contrato en si mismo”, MATEU DE ROS. 2000. “El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica”, en **Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital**, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 59.

Directiva es posible preguntarse ¿cómo se practica y qué contenido ha de tener la notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio?

La forma en que debe realizarse la comunicación se encuentra determinada en el mismo artículo que señala que debe hacerse por *vía electrónica* y, por *vía electrónica* debe entenderse, según dispone la Directiva 98/48/CE modificatoria de la Directiva 98/34/CE: “*un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;*”²³.

Con todo, el legislador comunitario no regula expresamente una modalidad específica electrónica a través de la cual deba hacerse el mencionado acuse de recibo por lo que forzoso será concluir que si la ley no distingue no cabe hacerlo al intérprete pudiendo, en consecuencia, hacerse tal acuse por medio de cualquier medio de comunicación electrónico²⁴.

En lo que dice relación con el contenido que ha de tener la notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario se puede afirmar que éste no se encuentra determinado por el legislador por lo que habrá que concluir que será suficiente cualquier comunicación en que, identificándose inequívocamente la transacción²⁵, se haga saber al destinatario el hecho de haber recibido el pedido lo que constituiría para todos los

²³ Así se dispone en la Directiva 98/48/CE modificatoria de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, a la cual se remite el artículo 2 a) de la Directiva sobre Comercio electrónico.

²⁴ A pesar de que la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico discurre sobre la idea de que el acuse de recibo puede hacerse por correo electrónico, ésta no es la única forma electrónica en que es posible hacerlo. Así es como ALCARAZ CARSÍ propone como ejemplo otra forma de acusar recibo electrónicamente: “*Pensemos por un momento que el usuario -destinatario del servicio- al cliquear el botón de comando Aceptar del formulario de pedido podría por ej. estar invocando a una rutina CGI -presente en el código de la página del formulario, la cual automáticamente enviaría desde el host a la memoria de su máquina un nuevo documento htm del prestador del servicio, documento genérico de agradecimiento que al mismo tiempo podría dar cumplimiento a la obligación de notificar el acuse de recibo. Cabría imaginarlo así: <Estimado Sr. o Sra. Su pedido ha sido recibido con éxito. Envíenos, por favor, a continuación un e-mail a nuestra dirección xxxx@xxxxx.xxx escribiendo en el título del mismo: <CONFIRMACIÓN PEDIDO> y dejando en blanco el cuerpo del mensaje. Gracias por confiar en nosotros. Reciba un cordial saludo. X, director de laempresa.com*”, ALCARAZ CARSÍ, JUAN IGNACIO. 2000. *España: “Breve comentario sobre la notificación del acuse de recibo del prestador de servicios ex art. 11 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior”, Revista Electrónica de Derecho Informático.* N° 21. Ed. Vlex, de abril de 2000, en <http://publicaciones.derecho.org/redi>.

²⁵ U otro dato inequívoco como el número de pedido, individualización de las especies solicitadas, su número y precio, etc.

efectos legales su aceptación, considerándose desde ese momento perfeccionado el consentimiento y, por tanto, el negocio jurídico.

1.2. LA ACEPTACIÓN ELECTRÓNICA Y LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES

Una de las mayores dificultades que presenta el estudio de la aceptación por medios electrónicos dice relación con la habitual y masiva utilización de condiciones generales de la contratación en las modalidades de contratación vía nuevas tecnologías²⁶, así como conocimiento de tales condiciones por parte del adherente a tal clase contrato y, finalmente, la prueba de la aceptación.

Tal como hemos expresado anteriormente, las características que habitualmente se atribuyen a la contratación en masa²⁷ se encuentran presentes y acentuadas en la contratación electrónica, por constituir esta clase contratación una especie contractual especialmente masificada. Entre los instrumentos que han permitido el desarrollo de la contratación en masa destacan, entre otros, la utilización de contratos de adhesión y de condiciones generales predispuestas²⁸, herramientas válidas y útiles que han permitido, entre otras cosas, una sustancial

²⁶ En tal sentido RICO, MARILIANA. Ob. cit. p. elec. señala: *“Las mayores dificultades que se derivan de la aceptación en entornos electrónicos se relacionan directamente con la inclusión de condiciones generales de contratación en el entendido de que gran parte de los contratos celebrados vía Internet, son contratos de adhesión que impiden la negociación de las cláusulas en ellos contenidas”*.

²⁷ GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 579, refiriéndose a los fenómenos ligados a la contratación en masa señala: *“De una parte en muchos contratos la fase previa de negociación ha desaparecido; de otra, se tiende a una estandarización de todos los contratos a través del establecimiento de reglas, pretendidamente generales, que alcancen a los que pertenecen a un mismo tipo de operaciones económicas, reglas que la parte fuerte económicamente (grandes empresas o grupos) utilizan a la hora de contratar por la agilidad que se logra con ello”*.

²⁸ En tal sentido señala GARCÍA RUBIO: *“Resulta bastante frecuente que en la contratación electrónica, sobre todo a través de redes abiertas como Internet, se empleen cláusulas predispuestas por una de las partes, redactadas por ella o por un tercero, que suelen ser incorporadas a una multitud de contratos celebrados por el predisponente y el adquirente de los bienes y servicios de que se trate, quien puede ser o no consumidor”*, GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. 2001. “La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales”, en **Comercio Electrónico en Internet**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 326. Expresando ideas parecidas Rogel Vide señala: *“Los contratos electrónicos celebrados vía Internet son -en la mayoría de los casos, sino en todos- contratos sometidos a condiciones generales que los engloban, dada la posición dominante del oferente de los productos o servicios, que no puede ni quiere discutir los términos de cada contrato que suscribe con cada concreto consumidor, siendo multitud los contratos. Ello y la imposibilidad de ver aquello que se adquiere hacen que sea necesario tomar cautelas, asegurándose de que los consumidores conocen las condiciones generales que les afectarán y de que no hay, en las mismas, condiciones que puedan considerarse abusivas o tomando medidas contra ellas, si las hay”*, ROGEL VIDE, CARLOS. 2001. “Los Contratos Electrónicos, sus Tipos y el Momento de su Perfección”, publicación electrónica **Derecho sobre Internet**, <http://derechosobreinternet.com>, p. 8. También CARRASCOSA, POZO, RODRÍGUEZ sostienen la relación directa entre contratos electrónicos y la utilización de

baja en los costes de comercialización de diversos productos y servicios²⁹ en lo que ha venido ha denominarse la sociedad de consumo. Como se sabe, la aparición de tales instrumentos jurídicos contractuales ha generado la necesidad de revisar los presupuestos sobre los cuales está construida la teoría general del derecho de obligaciones y contratos³⁰, constatándose la necesidad de realizar modificaciones a la teoría general, principalmente con el propósito de procurar la adecuada protección de la parte más débil del contrato y limitar la inadecuada utilización que el predisponente podía hacer tanto de los contratos de adhesión como de las condiciones generales de la contratación.

Dentro de los instrumentos jurídicos utilizados para limitar los abusos en la utilización de contratos de adhesión y cláusulas predisueltas³¹ se encuentra la elaboración de un conjunto de normas tendentes a asegurar que las condiciones generales sean utilizadas dentro de los parámetros de la buena fe contractual, que el adherente haya conocido efectivamente las condiciones generales y que haya dado su consentimiento en términos explícitos aceptando las mismas, destacando, por tanto, la consagración del denominado deber de información³². Entre tal bloque normativo y, especialmente en el ámbito comunitario europeo, puede destacarse la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

contratos de adhesión, CARRASCOSA, VALENTÍN, Pozo; M^A. A., Rodríguez, E.P. 1999. **La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos**. Granada: Segunda Edición, Editorial Comares, p. 2.

²⁹ En tal sentido BALLESTEROS Y VATTIER: BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO. 1999. **Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 25 y VATTIER FUENZALIDA, C. 1999. "En torno a los Contratos Electrónicos", en **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Madrid, p. 90.

³⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 311, señalan: "El sistema jurídico codificado, fundado sobre los principios de igualdad entre los contratantes, y de libertad de regulación de los propios intereses, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas. En efecto la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, y aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención de la voluntad del consumidor en el establecimiento del contrato (en muchos casos se limita a firmar un clausulado que no ha leído, o no ha entendido), así como por el mayor poder que goza el profesional, que puede desembocar en un desequilibrio entre las los derechos y las obligaciones de las partes". Entre nosotros puede consultarse la interesante obra de TAPIA R., MAURICIO Y VALDIVIA O., José M. **Contrato por Adhesión: Ley N° 19.496**. Microjuris. <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm> vista 25.04.05.

³¹ DAVARA refiriéndose a los contratos de adhesión en la venta electrónica expresa: "son producto de la contratación en masa que, en múltiples ocasiones, viola los derechos de los consumidores por el posible desequilibrio –a veces, gran desequilibrio- que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato", DAVARA RODRÍGUEZ, MIGUEL ÁNGEL. 1997. **Manual de Derecho Informático**. Pamplona: Ed. Aranzadi, p. 182.

³² GÓMEZ CALLE: "Los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperience negocial", GÓMEZ CALLE, ESTHER. 1994. **Los Deberes Precontractuales de Información**. Madrid: Ed. La Ley, p. 15.

norma que dispone en su artículo 3.1, que las cláusulas contractuales que no se hubieran negociado individualmente se considerarían abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En nuestro país, el mayor esfuerzo en el sentido antes señalado ha sido la entrada en vigor de la Ley 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y su última modificación la Ley 19.955³³, cuerpo legal que ha juicio de Tapia y Valdivia, entre sus objetivos principales ha estado el de legitimar la contratación por medio de la adhesión a condiciones generales, de la facultad del empresario de redactarlas y de la posición del consumidor de aceptarlas pura y simplemente, contemplando normas de orden público de protección que fijan requisitos de validez del contrato por adhesión, referidos al cumplimiento de ciertas formalidades y a la prohibición de algunas estipulaciones, sancionando con nulidad absoluta su vulneración³⁴.

En Chile, recientemente de la Maza ha trabajado acerca del deber de informar en sede contractual y extracontractual en nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que: “es posible sostener la existencia de una obligación general de informar en el derecho chileno –general, conviene recordar, en el sentido que no se encuentra constreñida por los límites de la disciplina de los vicios del consentimiento”³⁵.

A poco andar de la puesta en práctica de la modalidad negocial electrónica han sido confirmadas las aprehensiones iniciales debido a la aparición –en la práctica- de una serie de dificultades generadas por el uso de condiciones generales predispuestas³⁶. Es así como se ha comprobado que en ocasiones las páginas Webs no ofrecen el texto íntegro de las condiciones generales incluidas en la transacción realizada, otras veces se ofrecen éstas condiciones por medio de vínculos que derivan al usuario a otras direcciones

³³ Que introdujo modificaciones especialmente destinadas al ámbito de la contratación electrónica.

³⁴ TAPIA R., MAURICIO Y VALDIVIA O. Ob. Cit. Electrónica.

³⁵ DE LA MAZA GAZMURI, ÍNIGO. 2005. **El Silencio de los Inocentes: Hacia una caracterización de la obligación de informar en sede precontractual.** En prensa con la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

³⁶ Al respecto RICO, MARILIANA. Ob. cit. p. elec. sostiene, refiriéndose a la utilización de condiciones generales en la contratación electrónica vía página Web: “*cláusulas que por lo general no se encuentran insertadas en forma directa, clara y visible en la misma página Web sino que se incluyen de manera indirecta a través de un link que envía al usuario a otro sitio de la Red. El problema se agrava en razón de que en la mayoría de las oportunidades al manifestarse la aceptación por medio de impulsos electrónicos, en los denominados contratos click-wrap agreements o point-and-click agreements, estas condiciones ni siquiera son de acceso al aceptante llegando en algunos casos a emitirse la aceptación con total desconocimiento de las condiciones generales que rigen el contrato, ocasionando graves perjuicios a los usuarios de la Red*”.

URL³⁷ o, simplemente, se verifica la circunstancia de que las condiciones generales no se incluyen en una pantalla de visualización obligatoria por lo que el usuario, en la práctica, contrata sin haber tenido un conocimiento efectivo de las mismas vulnerándose subsiguientemente uno de los principales objetivos perseguidos en la normativa, tanto nacional como internacional, referida a la protección del adherente a un contrato con condiciones generales predispostas.

1.3. LA ACEPTACIÓN ELECTRÓNICA Y REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

La normativa que contiene disposiciones especialmente diseñadas para la contratación a distancia, contratación en contratos de adhesión o con condiciones generales de la contratación, así como para la contratación electrónica es la Ley 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y su última modificación la Ley 19.955, la que, dentro de su ámbito propio de aplicación –la contratación con consumidores- nos ofrece la perspectiva más interesante de análisis, sin olvidar, el importante rol que puede cumplir tal Ley en la analogía e interpretación analógica que pueda hacer el intérprete en otras clases de relaciones como las entre comerciantes –b2b- y netamente civiles –que no pudieran encuadrarse como de consumo- debido a lo antiguo de los Códigos que rigen tales materias, el silencio que guarda el Código Civil sobre la formación del consentimiento, así como la especialidad y complejidad de la realidad electrónica que hace muy difícil, por no decir imposible, su plena aplicación a la resolución de problemas derivados de las nuevas tecnologías de la información.

Sobre el particular, el artículo 12 A de la Ley de la Ley 19.496 del Consumidor prescribe que: *“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirllos”*.

³⁷ Cuestión que ofrece fundadas dudas sobre la legitimidad de tal procedimiento. URL, Uniform Resources Locator, según explicación de DE ANDRÉS: “*Nombre completo del documento al que se quiere acceder y el protocolo con el que se quiere acceder a él. Si, por ejemplo, se quiere acceder a la página inicial de una entidad cualquiera, se indica el protocolo con el que se quiere acceder a ella (para páginas Webs, el protocolo es http) y el nombre por dominios de la máquina en la que se encuentra dicha página, resultando que la dirección es URL es algo así como http://nombre.suddominio.dominio. Si, por el contrario, se quiere acceder a un fichero que se encuentra en el directorio doctrinas (por ejemplo) para transferirlo a nuestro ordenador, habría que poner ftp://nombre.subdominio.dominio/doctrinas/fichero. Si la entidad a la que accedemos es una empresa privada, casi con toda seguridad su nombre por dominios será algo como www.empresa.com (si es norteamericana) o www.empresa.es (si es de España)”, DE ANDRÉS BLASCO, JAVIER. 1999. **Internet. Cuadernos del Senado**. Madrid: Secretaría General del Senado, Serie Minor, p. 201.*

Precisando, la misma disposición, que “*La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor*”, concluyendo que “*Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Esta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato*”.

Tal disposición contempla la exigencia de una serie de deberes de información precontractuales, como los de tener por parte del consumidor un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato así como la posibilidad de almacenar o imprimir tal información.

La sanción a la omisión de tales requisitos será –en los hechos- la inexistencia del contrato toda vez que la disposición citada prescribe que: “*el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente*”, por lo que podemos concluir que el legislador considera tales requisitos como verdaderos requisitos de existencia del contrato de consumo.

En cuanto a la forma de expresión de la voluntad por parte del consumidor, la ley en el inciso 2º del mencionado artículo 12 A prescribe -como se desprendería fácilmente de la sola aplicación de las reglas generales que gobiernan la teoría del acto jurídico- que la sola visita del sitio de Internet no impone al consumidor obligación alguna, agregando “*a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor*”.

¿Se acepta la voluntad tácita para formar el consentimiento electrónico? ¿Qué debe entenderse por forma inequívoca? ¿Qué sucede con el silencio como forma de aceptación?

Para responder tales interrogantes deben realizarse algunas precisiones.

La declaración de voluntad tácita se diferencia de la expresa, ya que mientras en esta última se *dice*, empleando alguna clase de lenguaje³⁸ dirigido específicamente a la declaración

³⁸ FERRARI destaca el aspecto relativo a la utilización del lenguaje en la declaración de voluntad expresa al decir: “...<acuerdos expresos> aquellos que están compuestos por declaraciones de voluntad, entendiendo por dichas declaraciones los signos del lenguaje, y éstos no son sólo palabras, sino todo instrumento comunicativo que sea considerado como tal socialmente (por ejemplo, alzar el brazo en una sala de subasta)”, FERRARI, FRANCO. 2000. “La Formación del Contrato”, en **Atlante de Diritto Privato Comparato**. Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado, p. 136.

de la voluntad negocial³⁹, en la tácita la voluntad se infiere de hechos⁴⁰, como un proceso lógico que se funda en el principio de responsabilidad del sujeto que actúa, puesto que si éste ha creado una situación que puede dar a entender una voluntad a terceros, debe responder de su conducta, aceptando las consecuencias negociales que tal conducta pudiera haber generado⁴¹.

El requisito esencial, consensuado en doctrina, para entender que nos encontramos ante una voluntad tácita, consiste en la exigencia de que la conducta o comportamiento del sujeto del que se infiere o deduce la voluntad sea concluyente *-facta concludentia-*, en el sentido de que sea inequívoco y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada.

De acuerdo a las explicaciones dadas y siguiendo las principales definiciones doctrinales⁴²

³⁹ FLUME, WERNER. Ob. cit. p. 103, destaca tal aspecto de la diferenciación de la voluntad expresa y la realizada por actos concluyentes al decir: “*La declaración de voluntad por actos concluyentes se diferencia de la declaración de voluntad <normal> en que el acto no está directamente encaminado a ser signo de declaración respecto de la celebración del respectivo negocio. Se llega a admitir la existencia de una declaración de voluntad respecto del negocio en cuestión solamente por deducción. Por eso se habla de acto <concluyente>.* SAVIGNY señaló que el comportamiento concluyente tiene <ante todo otra finalidad independiente, pero, sin embargo, además implica la manifestación de voluntad”.

⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. 1997. **El Negocio Jurídico**. Madrid: Ed. Civitas, p. 67.

⁴¹ LACRUZ siguiendo a BETTI señala: “*En tales supuestos, el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del mismo...*”, LACRUZ Y OTROS 2^a ED. REVISADA POR F. RIVERO. 2000. **Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato**. Madrid: Editorial Dykinson Vol. 1º, 2^a Ed. puesta al día por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ. BETTI que ha trabajado detenidamente la responsabilidad como elemento del negocio jurídico, no sólo para el caso de las declaraciones de voluntad tácita, sino como elemento genérico del negocio, expresa: “*El negocio es un acto humano de importancia social, fruto de la consciente iniciativa y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de autorresponsabilidad. Iniciativa y autorresponsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente. Consciente iniciativa, o sea, libertad, antes del acto; autorresponsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite correctivo que el de la buena fe... Este valor es algo inescindible del contenido mismo del negocio e inherente a su función social (cap. III), ya que la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho, de emprender un juego libre y sin compromisos, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social. Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad, que viene después (n.2), y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido*”, BETTI, EMILIO. 2000. **Teoría General del Negocio Jurídico**, traducción por A. Martín Pérez. Granada: Ed. Comares, p. 141.

⁴² DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN “*La declaración de voluntad es tácita, en cambio, cuando el sujeto no manifiesta de modo directo su voluntad mediante los signos adecuados para ello, sino que realiza una determinada conducta que por presuponer necesariamente tal voluntad es valorada como declaración por el ordenamiento jurídico*” DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO. 1990. **Sistema de Derecho Civil**. Madrid: Volumen I, 7^a Edición, Ed. Tecnos, p. 507. ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. 182, expresan: “*Tácita es actuación de voluntad: es decir,*

podemos decir que la voluntad es tácita cuando se infiere o deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta⁴³ de un sujeto. Tal noción es usualmente la adoptada en doctrina y, aceptada además, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos⁴⁴ y que daremos por válida para el análisis de las hipótesis de declaración de voluntad electrónica tácita.

Con todo, debe advertirse que la calificación fáctica del carácter concluyente de un determinado comportamiento -en caso de desacuerdo entre las partes- será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello a las reglas de la lógica, toda vez que la determinación de la voluntad tácita consiste en un proceso de inferencia o deducción a partir de determinadas premisas, configuradas en éste caso, por el comportamiento del sujeto.

La doctrina distingue otra clase de expresión de voluntad que no es más que una especie o clase particular de voluntad tácita, nos referimos a la voluntad presunta. En el caso de que el proceso de deducción lógico, no sea realizado por las partes, ni por el juez, sino que por la ley, la voluntad tácita recibe habitualmente la denominación de *presunta*⁴⁵. En todo caso,

realización de un determinado comportamiento o acto del que se deduce, necesariamente, una voluntad negocial, bien por el contexto en que se realiza, bien porque ya lo implica en sí misma. Son los llamados <facta concludentia>. FERRARI. FRANCO. Ob. Cit., p. 137, señala: “se dice que un acuerdo es tácito en caso de que los contratantes manifiesten su voluntad <mediante comportamientos, de los que pueda deducirse con certeza la existencia del propósito contractual>”. “En este sentido basta recordar la definición dada en Italia por Bianca: <se dice que el consentimiento es tácito cuando las partes manifiestan su voluntad, mediante comportamientos concluyentes que no constituyen signos del lenguaje y de los que, sin embargo, según, las circunstancias, se deduce un propósito negocial implícito>”. PUIG BRUTAU señala: “Tácitas son las que consisten en palabras o actos que no significan directamente la voluntad negocial, pero que permiten inferir o deducir de manera necesaria e inequívoca dicha voluntad”, PUIG BRUTAU, JOSÉ. 1997. **Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontatos.** Barcelona: Bosch Editor, vol. II, 3^a Ed., p. 325. GETE-ALONSO (2000), p. 531, en un sentido similar explica: “Declaración de voluntad tácita: es aquella que supone una actuación de voluntad, es decir, la realización de un determinado comportamiento o acto del que se deduce, necesariamente, una voluntad negocial, bien por el contexto en que se realiza, bien porque ya lo implica en sí misma (es una conducta inequívoca). Son los llamados facta concludentia (hechos concluyentes), en los que la voluntad, realmente, más que declarada es ejecutada”, mientras que GALGANO. 1992. Ob. Cit., p. 85, esta vez, referido al contexto del consentimiento contractual expreso indica: “La segunda hipótesis se presenta cuando la voluntad de las partes, o de una de ella, no se declara, sino que se desprende de su comportamiento (el llamado <comportamiento concluyente>): su comportamiento responde a la ejecución de un contrato y por ello, permite presuponer que ellos han querido concluirlo”.

⁴³ El comportamiento o condición puede consistir también en palabras, como explica en su definición Puig Brutau. Ob. Cit. p. 325, siempre que tales palabras no estén destinadas a la exteriorización directa de la voluntad.

⁴⁴ FERRARI. FRANCO. Ob. cit. p. 137: “Esta definición,..., está presente en la doctrina de la mayor parte de los ordenamientos”.

⁴⁵ PUIG BRUTAU. Ob. Cit. p. 325, “Declaraciones presuntas son las que consisten en una conducta a la que la ley atribuye el valor de declaración de voluntad. Es un efecto previsto por la ley ante determinados actos, por la presunción de que éstos revelan determinada voluntad”. ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. 193, “Reciben

como bien advierten Enneccerus y Nipperdey, no siempre que la ley realiza las presunciones lo hace dentro del ámbito negocial⁴⁶, por lo que habrá que determinar en cada caso las condiciones en que se realiza la presunción legal para establecer si se trata realmente de una declaración presunta de voluntad o de una ficción legal realizada por el legislador con otros fines.

Según Albaladejo, la Ley no hace más que determinar la conducta más probable, lógica o normal que realizan los sujetos en la actividad negocial, toda vez que; “*la conducta observada por el sujeto, corresponde normalmente a la determinada voluntad que se presume*”⁴⁷.

En los casos de voluntad presunta, al igual que en prácticamente la totalidad de las situaciones en que el legislador recurre a la técnica de las presunciones, lo que pretende es proteger ciertas situaciones que estima dignas de amparo a través de la inversión de la carga de la prueba, facilitando a la parte más débil la prueba. Es así como, ante una presunción de voluntad establecida por el legislador, el que quiera beneficiarse de la presunción no necesitará probar –como habitualmente requeriría- el significado negocial de una determinada conducta, sino solamente los hechos antecedentes o premisas, los que acreditados llevarán automáticamente a la conclusión prevista en la ley, salvo claro está, prueba en contrario, que deberá ser proporcionada, ésta vez, por quien se encuentre interesado en desvirtuar la presunción.

Respecto al silencio como manifestación de voluntad, tal como sucede en la teoría clásica del negocio jurídico, el silencio mantenido a través de las nuevas tecnologías, por regla general, no significará nada⁴⁸, a excepción de que la inactividad de la parte se dé dentro de un contexto

⁴⁵ PUIG BRUTAU. Ob. Cit. p. 325, “*Declaraciones presuntas son las que consisten en una conducta a la que la ley atribuye el valor de declaración de voluntad. Es un efecto previsto por la ley ante determinados actos, por la presunción de que éstos revelan determinada voluntad*”. ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. 193, “*Reciben tal calificación aquellas que manifestadas normalmente a través de actuaciones de voluntad (en este punto parecidas a las tácitas) tienen valor de determinada clase de voluntad porque así aparece recogido por el Derecho.// Se trata, en términos generales, de que la ley presume una determinada voluntad y le da un valor concreto*”. Albaladejo “*De las declaraciones tácitas hay que distinguir las llamadas presuntas, que frecuentemente se denominan también tácitas, o se confunden con aquéllas.// Hablase de declaración presunta en los casos en que el Derecho considera a cierto comportamiento (que se encamina a declarar o que no es, por su naturaleza, medio de declaración) como declarador de una determinada voluntad, es decir, la ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad. Se dice, entonces, que la ley deduce o presume la voluntad. Y la conducta que da base para tal presunción, se califica de declaración presunta*”, ALBALADEJO, MANUEL. 2002. **El Negocio Jurídico en Derecho Civil. Introducción y Parte General**, Barcelona: Décimo quinta edición, José María Bosch Editor, p. 593.

⁴⁶ ENNECCERUS Y NIPPERDEY. Ob. cit. p. 193, “*Sin embargo, en todos los casos en que esto ocurre, no podrá hablarse –técticamente- de negocio o de verdadera declaración de voluntad negocial*”.

⁴⁷ ALBALADEJO, MANUEL. 2002. Ob. Cit., p. 593.

⁴⁸ Tal como sucede en la hipótesis prevista en el artículo 12 A de la Ley del Consumidor, referida a que la sola visita del sitio de Internet no impone al consumidor obligación alguna, debido a que no puede entenderse como voluntad manifestada.

del que quepa deducir alguna voluntad en términos concluyentes⁴⁹, tal como explicáramos para el caso de la voluntad tácita, pues el silencio, en los casos que supone una expresión de voluntad, constituye –además de la presunta- otra especie calificada de voluntad tácita⁵⁰.

Para que silencio pueda considerarse declaración de voluntad deberá haber sido previamente considerado o previsto como hecho condicionante de una relación jurídica -hecho hipotético ideal- para que en el caso en que se realice en los términos previamente delimitados -hecho real- genere las consecuencias jurídicas previstas –nacimiento de derechos y obligaciones⁵¹.

La determinación de las consecuencias jurídicas del silencio debe hacerse específicamente para cada hipótesis negocial, pues como regla excepcional que es, su aplicación es de derecho

⁴⁹ En tal sentido FLUME, WERNER. Ob. Cit. p. 94, “*En el tráfico jurídico negocial nadie puede imponer a otro que el silencio sea signo de declaración. Nadie puede, solamente porque él así lo decida, forzar a otro a que tenga que hacer una declaración, porque de no hacerlo su silencio valdría como declaración, porque de no hacerlo su silencio valdría como aceptación*”. GALGANO, FRANCESCO. 2000. “El Negocio Jurídico en Alemania y en Italia”, en **Atlante de Diritto Privato Comparato** (Obra colectiva). Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado. p. 138, “*En esta materia cabe establecer una regla general, válida para la mayor parte de los ordenamientos: el silencio (silence, silenzio, schweigen), no se considera aceptación de una oferta*”, también Galgano. 1992. Ob. Cit., p. 86, señala: “*El silencio, por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva. Podrá adquirir valor significativo, pero sólo en conexión con otros hechos o actos, y entonces como parte de una compleja conducta expresiva*”, mientras que DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. cit., p. 69, en igual sentido expresa: “*El silencio, en sí mismo y por sí mismo, no tiene valor jurídico de consentimiento tácito (en este mismo sentido también se expresa art. 18,1º, de la citada Convención de Viena sobre la venta internacional); sólo puede tener semejante valor si las circunstancias en las que se observa o que lo acompañan permiten atribuirle el significado de comportamiento concluyente*”.

⁵⁰ Así señala ALBALADEJO, MANUEL. 2002. Ob. Cit., p. 595: “*Generalmente la declaración mediante silencio, es declaración tácita (por lo cual, le serán aplicables, en particular, las reglas de éstas), pero puede ser expresa: por ejemplo, silencio previamente convenido como equivalente a un acuerdo, si el aceptante no responde a una determinada oferta en cierto tiempo*”. FERRARI, FRANCO. Ob. cit. p. 137, en un sentido similar expresa: “*Pertenece también al tema del consentimiento tácito el problema del valor jurídico del silencio (como aceptación). Como demostración baste recordar la definición que la doctrina alemana da de la stillschwiegende Willenserklärung: la expresión <declaración tácita de voluntad> tiene varios significados: comprende tanto la manifestación de voluntad a través de hechos concluyentes, como a través del silencio*”, en tanto que FLUME, WERNER. Ob. cit., p. 99, en un sentido similar manifiesta: “*De la declaración de voluntad, en la que el silencio es un modo de declarar, debe distinguirse la llamada <declaración de voluntad tácita> mediante actos concluyentes o, como se decía en la Ciencia del Derecho, mediante facta concludentia*”.

⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. cit., p. 70, pone de manifiesto la esterilidad del silencio en los casos en que no estén expresa y previamente determinadas sus consecuencias al decir: “*Por lo demás, cuando no existan dichas bases negocial o normativa, que den valor vinculante al silencio o de las que resulte la obligación de romperlo, es decir, en la mayoría de los casos, el guardar silencio ante una oferta no supondrá aceptación ni originará obligaciones (art. 1.262); tanto más ello será así en los casos en que el silencio sea respuesta al proceder ajeno impertinente; por ejemplo, cuando se escribe que si no se comunica lo contrario o se devuelve lo enviado a prueba, se entenderá aceptada la oferta de venta o abono*”.

estricto. Tal determinación podrá haberse realizado por medio de la ley o a través del acuerdo previo de las partes. Sin acuerdo previo el silencio, excepcionalmente, sólo podrá tener valor en la contratación entre presentes, si concurren circunstancias que hagan indudable el sentido del silencio en cuanto declaración de voluntad⁵².

Cualquier duda en la determinación del significado del silencio o de las consecuencias que éste deba generar deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración⁵³, toda vez, que la regla general es que el silencio no constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada –previo cumplimiento de los presupuestos señalados- es que si la suponga.

Especialmente sensible a la interpretación del silencio como forma de manifestación de voluntad se encuentran aquellas situaciones negociales en que las partes se encuentran en un plano de desigualdad, entre predisponente y aceptante o profesional y consumidor⁵⁴, pues la imposición de una determinada significación del silencio a la parte débil de la relación jurídica podrá, razonablemente, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe, situación que podría ser combatida, para atenuar tales efectos en al ámbito del Derecho de Consumo nuestra Ley del Consumidor, en su artículo 3 que: “*Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo*”; complementándose tal disposición en el artículo 16 de lo misma Ley que dispone: “*No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del*

⁵² En tal sentido señala FLUME, WERNER. Ob. cit. p. 94, “*Sin acuerdo especial, el silencio solamente puede ser un signo de declaración en el caso de declaraciones entre presentes en cuanto dadas las circunstancias tenga carácter de signo de declaración*”. Lo afirmado por Flume es lógico, ya que sólo en la comunicación entre presentes se podrán dar una serie de otras circunstancias que permitan concluir que dentro del contexto de negociación mantenido, tal silencio tiene un significado concluyente. De lo contrario, según decimos, siempre se necesitará el pacto que delimita y atribuya significado específico al silencio.

⁵³ ALBALADEJO, MANUEL. 2002. Ob. Cit., p. 595, enfatizando las especiales condiciones de interpretación del silencio manifiesta: “*Así, pues, si bien es cierto que para interpretar cualquier declaración, ésta debe apreciarse según los datos que la circundan, tal cosa adquiere especial relevancia cuando la declaración se emite mediante silencio, ya que éste carece de un sentido en sí, y que se le atribuya uno u otro, depende de las circunstancias en las que se guarde*”, en tanto que DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. Ob. Cit., p. 508, consideran que la valoración del silencio; “*como declaración de voluntad dependerá fundamentalmente de las siguientes circunstancias: existencia o no de relaciones entre las partes; usos generales del tráfico y usos individuales de aquellas partes*”.

⁵⁴ Hemos señalado que la actividad negocial que se realiza por medio de las nuevas tecnologías, se caracteriza por ser una actividad de masas que utiliza, por tanto, herramientas tales como los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación, por lo que las prevenciones hechas para tal clase de contratación serán generalmente aplicables a la actividad negocial realizada a través de los medios que proporciona Internet.

contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”, en tanto que de producirse un situación irregular en materia civil, podrá recibir aplicación el artículo 1546 del Código del ramo.

Al respecto nuestra Ley del Consumidor prescribe en su artículo Despues de efectuadas las precisiones podemos señalar que lo dispuesto en el inc. 2º del artículo 12 A de la Ley del Consumidor, exige “*que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor*”, por lo que excluido el silencio puro como manifestación de voluntad –artículo 3º-, lo exigido en tal disposición no es la voluntad expresa como se entendía antaño sino que la voluntad sea concluyente *-facta concludentia-*, en el sentido de *inequívoca* y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada.

1. LA PERFECCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ELECTRÓNICO. ASPECTOS GENERALES

Como se sabe, de acuerdo a nuestro Código Civil, por regla general los contratos se perfeccionan⁵⁵ por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, ya que la regla general también, en materia de exigibilidad de las obligaciones es que los actos jurídicos sean puros y simples. Entonces, la teoría general del negocio jurídico se construye a partir de la hipótesis contractual más simple, esto es, que las partes se encuentran presentes, lo que conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se forme en el mismo instante en que se ha producido la aceptación así como en el lugar en que ésta se ha efectuado, circunstancias que además en tal caso, coincidirán con el lugar de emisión de la oferta⁵⁶.

⁵⁵ GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 577, entiende por perfección del contrato: “*la cualidad que produce (o de la que se deriva) la vinculación de las partes a la relación jurídica creada, la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y, normalmente, el nacimiento de su eficacia típica (la producción de obligaciones)*”.

⁵⁶ Así, señala LALAGUNA, ENRIQUE. Ob. cit. p. 108; “*En los casos de formación instantánea (compraventa al contado, donación manual, etc.) el fenómeno de la concurrencia de la oferta y la aceptación se nos ofrece con una notable simplicidad y no plantea, por lo general, problema alguno respecto a la determinación del momento en que el contrato se perfecciona*”. En un sentido similar señala MARTÍNEZ GALLEGO, EVA. Ob. cit. p. 114: “*en los contratos entre sujetos presentes, los cuatro estados por los que pasa tanto la proposición como la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en el mismo instante. La voluntad de las partes se manifiestan a través de preguntas y respuestas sucesivas, de modo que, <confundiéndose propuesta y aceptación entre sí, forman un solo estado. Así no existe duda alguna sobre el momento en el que el contrato entre presentes debe considerarse perfecto>. Sin embargo, la declaración de voluntad entre personas distantes es difícil e incierta, ocurriendo en espacios y tiempos diferentes. Por ello ha de aclararse el momento en que ha de considerarse perfeccionado el contrato por la presencia del consentimiento, en cuanto recíproca manifestación de voluntades*”. En idéntica

Una materia tan estudiada en doctrina como la relativa al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato ha adquirido un nuevo interés⁵⁷, pues se ha constatado que las nuevas tecnologías de la información han alterado algunos de los elementos usados tradicionalmente para el análisis del proceso de formación del contrato⁵⁸, tal es el caso de la nueva dimensión que han adquirido en Internet nociones tan importantes como las de tiempo y espacio⁵⁹, aspectos que necesariamente han llevado a la revisión de las soluciones que hasta

Línea doctrinal SANZ VIOLA, ANA M^a. 2001. "Contratación electrónica", en **Actualidad Civil** N° 18. Pamplona: Ed. Aranzadi, p. 653.

⁵⁷ En el sentido señalado MARTÍNEZ GALLEGOS, EVA. Ob. cit. p. 114, dice: "En un contexto de incesante progreso de los medios de comunicación, como en nuestros días, se produce un progresivo aumento de las relaciones contractuales entre personas situadas en lugares diversos. Renace constantemente, a causa de tal circunstancia, un creciente interés por un tema tan viejo y nuevo como es el momento de la perfección del contrato, de cuya exacta fijación dependen cuestiones fundamentales como la determinación del límite temporal para revocar la oferta o el límite de la retroactividad del contrato condicional, etc.".

⁵⁸ Sobre el particular MARTÍNEZ NADAL expresa: "El momento de perfeccionamiento de un contrato electrónico ha sido una de las cuestiones más debatidas y que, por tanto, genera una gran inseguridad para las partes contratantes en general, y para el consumidor en particular...Además, los comportamientos específicos que adoptan las partes para contratar por vía electrónica provocan incertidumbres respecto a la celebración del contrato; en especial, la propia acción de hacer clic en el ícono "Aceptar" puede tener un significado jurídico distinto para cada Estado miembro (¿es la aceptación de una oferta del prestador de un servicio o de una oferta de contrato de cliente?). Estas enormes diferencias entre los regímenes jurídicos nacionales, combinadas con la especificidad del contexto tecnológico, provocan situaciones de inseguridad, en especial para el consumidor, en las relaciones contractuales "sin fronteras", situaciones que no contribuyen al desarrollo de la confianza necesaria en el comercio electrónico (Una parte puede considerar, según su propio régimen jurídico, que el contrato está formalizado en tanto que la otra parte, de acuerdo con su legislación, considera que aún no está vinculada por dicho contrato)", MARTÍNEZ NADAL, APOLLONIA. 1999. "Comercio Electrónico" en **Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores**. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, p. 267. De Miguel por su parte, señala: "La rapidez en intercambio electrónico de datos característica de la tecnología de la sociedad de la información tiende a reducir la importancia de la referida disparidad de soluciones en la medida en que facilita la simultaneidad de las comunicaciones, marco en el que el carácter instantáneo y no sucesivo de la formación del contrato provoca que la determinación del momento de celebración se plantea en los términos típicos de la contratación entre presentes", DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO A. 2000. **Derecho Privado en Internet**. Madrid: Civitas Ediciones. p. 312. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, por su parte expresa: "La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, en muchas ocasiones, los consumo jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Así, resulta que el jurista tradicional, formado en esquemas conceptuales no informáticos, encuentra verdaderas dificultades para adaptar la Ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos", ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSE MARÍA. 1992. **Las Obligaciones Concertadas por Medios Electrónicos y la Documentación Electrónica de los Actos Jurídicos**. Madrid. La Ley. T. IV, p. 1.012. En un sentido similar CAVANILLAS p. 270, pone de manifiesto la capacidad de las categorías jurídicas informáticas para alterar los conceptos clásicos del consentimiento contractual, CAVANILLAS MÚJICA, Santiago. 1996. **Informática y Teoría del Contrato. X Encuentro sobre Informática y Derecho**. Madrid: Instituto de Informática Jurídica, ICADE.

⁵⁹ En ese sentido DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313 y 314 sostiene que: "La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet,...". Expresando ideas parecidas PRIETO, p. 437, señala: "En esta realidad, cobra especial trascendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los

antes de la aparición de las nuevas tecnologías se daban por satisfactorias⁶⁰.

2.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA APARICIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Como se sabe el Código Civil no contiene disposiciones que regulen la formación del consentimiento, por lo que el legislador chileno intentó por medio de la promulgación del Código de Comercio, y tal como se señala en el mensaje del mismo cuerpo legal, se quiso “*llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil*” haciéndose aplicable –aunque no sin opiniones contrarias- los artículos 97 a 108 del Código de Comercio, relativos a la formación del consentimiento, en materia civil, ya que “*a pesar de estar contenidos en un código especial, regulan una materia de aplicación general*”⁶¹.

En tal sentido el artículo 97 del menciona Código, prescribe –confirmando la regla general- que para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso.

En tanto que el artículo 98 dispone que la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechara dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso.

Precisando un poco, antes de intentar el análisis de las mencionadas disposiciones, diremos que tradicionalmente se han reconocido en doctrina las siguientes teorías para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes: de la declaración o emisión, de la remisión, de la recepción y de la cognición o del conocimiento.

contratos, en los que las partes, valiéndose de las nuevas tecnologías, logran superar la hasta ahora inexpugnable barrera de tiempo y espacio que suponía la distancia, recurriendo el documento electrónico como respuesta para formalizar sus contratos, sin necesidad de requerir tan siquiera la presencia física de las partes”, PRIETO GUTIÉRREZ, JESÚS MARÍA. 1999. “Problemáticas y expectativas en torno al Documento Electrónico: Valor Probatorio” en **Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet**, N° 30, 31 y 32. Mérida: Ed. Uned.

⁶⁰ Destacando las consecuencias que en la teoría del negocio jurídico producen las distintas realidades constituidas por la normal y la virtual DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313, señala: “*No obstante, la aplicación de las reglas del entorno tecnológico de Internet, en el cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación de declaraciones negociales, provoca en ocasiones incertidumbre*”. En un sentido similar GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 577.

⁶¹ VÍAL Y LYON. Ob. Cit. p. 39.

Para la teoría de la declaración o emisión la perfección del contrato tiene lugar desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación⁶². La teoría de la declaración se critica por la circunstancia, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática jurídica⁶³, de que no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, en segundo lugar, porque no se considera justo que un contratante quede vinculado por una declaración que ignora por completo⁶⁴.

Buscando posiciones que atenuaran los efectos negativos de la teoría de la emisión se desarrolló la denominada teoría de la expedición o remisión. Para tal postura doctrinal no sólo es necesario que el aceptante haya declarado su voluntad de aceptar sino que se requiere además que la haya dirigido a su destinatario con la intención que éste pueda conocerla⁶⁵.

La teoría del conocimiento o de la cognición, por su parte, manifiesta que para la perfección del consentimiento no sólo es necesaria la declaración de voluntad del aceptante sino que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente. Tal teoría intentando solucionar las críticas formuladas a la teoría de la declaración se ubica en el extremo opuesto, pues esta vez deja desprotegido al aceptante ya que: “*sí el aceptante del contrato ha hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle,... para que su aceptación llegara a conocimiento del oferente y no ha ocurrido así por un hecho que le es imputable a este último, ¿es justo que la declaración de aceptación quede ineficaz y que por consiguiente no exista contrato?*”⁶⁶.

Finalmente, la teoría de la recepción, una modalidad de la teoría del conocimiento, considera que no es necesario que el oferente haya tomado efectivo conocimiento de la aceptación para que el contrato quede perfeccionado bastando para tal propósito que la

⁶² En tal sentido DÍEZ-PICAZO, 1996. Ob. Cit. p. 319 y ROGEL VIDE. Ob. Cit. p. elec.

⁶³ Al ser ese el instante en el cual se cierra el *iter contractual*.

⁶⁴ En tal sentido DÍEZ-PICAZO, 1996. Ob. Cit. p. 319, por su parte ROGEL señala: “*Rigurosamente consecuente, desde el punto de vista dogmático, plantea inconvenientes graves, que giran en torno a la justa composición de los intereses en juego. Estando a la misma, la perfección del contrato puede quedar, a la poste, al arbitrio del aceptante, que puede no enviar su declaración de voluntad o destruirla. La declaración que solo el oferente conoce y no remite es como una voluntad no manifestada, todo ello al margen del carácter recepticio predicado de las declaraciones de voluntad contractuales*”, ROGEL VIDE. Ob. Cit. p. elec.

⁶⁵ En tal sentido DÍEZ-PICAZO, 1996. Ob. Cit. p. 320: “*Desde el momento en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad y la expide, él ha hecho ya cuanto estaba en su mano para que fuera conocida por el proponente. Si no llega al efectivo conocimiento del proponente, ello será a un hecho que no es imputable al aceptante*”. En términos similares ROGEL VIDE. Ob. Cit. p. elec., quien al sistematizar las debilidades de tal teoría señala: “*Con la expedición no se resuelven tampoco los problemas antes planteados, pues, aun llevándola a cabo, el aceptante no se despoja definitivamente de la aceptación, dado que, mientras no llegue ésta al destinatario, cabe que pueda ordenar su retención o pedir su restitución. Todo ello al margen de que la mera remisión no asegura el conocimiento de una declaración de voluntad que se predica recepticia*”.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, 1996. Ob. Cit. p. 320.

aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente⁶⁷. Si no ha tomado conocimiento de aquella es un hecho imputable sólo a él y, en consecuencia, el aceptante no tiene porque sufrir las consecuencias de su actuar negligente.

Volviendo al terreno de nuestra legislación positiva, y dada la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio en materia civil, de acuerdo al artículo 101 de dicho cuerpo legal, el consentimiento se forma cuando se ha producido la aceptación, acogiendo de esa forma la denominada teoría de la declaración.

La teoría de la declaración es la solución adoptada por el Código de Comercio, no obstante, tal como explica Ducci⁶⁸, en la donación se aplica la teoría del conocimiento, ya que el donante puede revocar la donación a su arbitrio mientras ella no haya sido aceptada y se le haya notificado la aceptación -art. 1412-.

Con todo, la solución del Código Civil -teoría del conocimiento-, aunque específica, se considera mejor que la adoptada por su homónimo de comercio que optó por la teoría de la declaración, aunque el perfeccionamiento del negocio mediante el conocimiento de la aceptación es más lento y en algunos casos puede dar lugar, como se ha dicho, a situaciones injustas⁶⁹.

Por su parte, cabe preguntarnos ¿qué teoría acoge nuestra Ley del Consumidor que se ha ocupado explícitamente de la contratación por medios electrónicos?

Lo cierto es que no ha sido nada clara en este punto, pudiendo haberlo sido dado el estado de avance de la cuestión en Derecho comparado.

⁶⁷ En tal sentido DÍEZ-PICAZO, 1996. Ob. Cit. p. 320, ROGEL VIDE. Ob. Cit. p. elec.

⁶⁸ DUCCI CLARO, CARLOS. 1994.. **Derecho Civil. Parte General.** Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 3^a Edición, p. 233.

⁶⁹ ALBALADEJO, MANUEL, sostiene: “*es indudable que, aplicando en todo su rigor la teoría de la perfección por el conocimiento, quedaría al arbitrio del destinatario retrasar aquélla, demorando tal conocimiento, incluso de forma dolosa (no se lee la carta recibida, a de poder hacerlo). Solución injusta, que se ha de evitar, puesto que no debe pensarse que sea ése el espíritu de la ley*” ALBALADEJO, MANUEL. 2002. Ob. Cit., p. 599. ROGEL VIDE. Ob. Cit. p. elec., sintetiza de la siguiente forma las críticas de la teoría del conocimiento, especialmente aplicada a la contratación electrónica: “*Cognición. Críticándola, se dice que, con ella, la existencia y perfección del contrato queda al arbitrio del oferente, dado que, si no le interesa conocer la aceptación, puede limitarse a no abrir el buzón -electrónico o no-. Ello es injusto, sobre todo si el aceptante ha hecho ya cuanto estaba en su mano. Se dice, por otra parte, que el conocimiento de un hecho -concurso de voluntades- difiere del hecho en sí, que puede haber tenido lugar antes, con la aceptación, sobre todo si ésta es susceptible de prueba*”. También, por nuestra parte señalábamos que el conocimiento que pueda tener el oferente en principio es un hecho subjetivo y de difícil prueba, ya que si una persona a formulado una oferta y se arrepiente, podrá por ejemplo negarse a revisar su correspondencia, impidiendo de esa manera tomar conocimiento de una eventual aceptación, creando una situación del todo injusta para el aceptante.

El ya analizado artículo 12 A, inc. 2 nos señala que para que nazcan obligaciones el consumidor deberá haber aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor, pero tal disposición nada nos señala sobre el momento en que debe entenderse formado el consentimiento, respuesta a la que tampoco ayuda el inc. 3º del mismo artículo, pues dice que “*una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo*”, por lo que se envíe o no tal confirmación la misma ley ya ha señalado que el contrato se entiende perfeccionado. Nuestra propuesta, que elaboraremos más adelante en esta serie será seguir una línea de interpretación armónica con las soluciones que para la formación del consentimiento electrónico se han dado en cuerpos normativas internacionales, con el propósito de compatibilizar, no sólo tecnológicamente, sino también normativamente una materia –las nuevas tecnologías- que por su mismo carácter global requieren de tal coordinación internacional. Profundizaremos en el punto en el tercer capítulo de esta serie dedicado a la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento electrónico.

2.1. ¿CONSTITUYEN REALMENTE LOS SUPUESTOS NEGOCIALES ELECTRÓNICOS UNA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES?

Encontrándonos abocados al estudio de los problemas que genera la determinación de la perfección del contrato electrónico cuando éste se desarrolla entre ausentes cabe preguntarse si constituyen realmente los supuestos negociales electrónicos una modalidad de contratación entre ausentes.

Abundante y, al parecer mayoritaria, es la normativa y doctrina que entiende los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes⁷⁰, ello debido principalmente a que en un comienzo las nuevas tecnologías fueron

⁷⁰ En tal sentido PRADA, p. elec., señala: “*La contratación electrónica, es un supuesto de contratación a distancia <o sin presencia física simultánea de los contratantes> como dice el art. 1.1 del R.D. 1906/99; el art. 18.1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico lo define como aquel <que ha sido celebrado sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando éstos su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos*”. Así pues, observamos que el concepto de contratación electrónica se encuentra inicialmente algo desdibujado más en la forma que en el fondo, en razón a lo definido por el ordenamiento nacional (art. 38.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista) y por el ordenamiento comunitario (art. 2.1 de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia, esta Directiva inicia la protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico”, PRADA ALONSO, JAVIER. 2001. “Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato”, en Revista General de Derecho, formato electrónico, http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm. De igual opinión es Moreno (1999), p. 37, quien sostiene que es: “*Característica fundamental de la contratación electrónica es la ausencia de las partes en la perfección del negocio. Los contratantes no están presentes en la conclusión*

desarrolladas casi exclusivamente como medios de comunicación –función hoy evidentemente sobrepasada-, sin embargo, en la actualidad comienza a dudarse de que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, al menos de acuerdo a los criterios tradicionales o clásicos que se han utilizado para calificar el procedimiento de formación del consentimiento en los contratos.

Al respecto es necesario abordar dos cuestiones principales. Por una parte preguntarse si es posible que el negocio jurídico electrónico se celebre entre presentes –ya hemos dicho que en un principio sólo estaba considerado como una hipótesis negocial a distancia- y, por la otra, esclarecer si la formación del consentimiento electrónico entre personas distantes físicamente puede ser explicado de acuerdo a las reglas clásicas que gobiernan la formación del consentimiento entre ausentes.

Respecto al primer punto que nos hemos planteado, si bien es cierto que la contratación electrónica se originó como un fenómeno comunicacional entre personas distantes físicamente, en la actualidad, debido principalmente a los avances experimentados en los últimos años en aspectos tales como suscripción, archivo y prueba del documento electrónico, es posible anticipar que el formato electrónico será preferido por una proporción de los suscriptores de documentos de naturaleza negocial que se encuentran en el mismo lugar de suscripción⁷¹ y por

del contrato,...". Consideran asimismo el contrato electrónico como una modalidad de contratación a distancia –al menos como regla general- BOTANA GARCÍA, GEMA. 1999. "Contratos a Distancia", en **Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores**. Madrid: Ed. Mc Graw Hill, p. 229, CLEMENTE MEORO. Ob. cit. p. 65, FERNÁNDEZ-ALBOR. Ob. cit. p. 272 y SANZ VIOLA. Ob. cit. p. 647, SERRANO GIL DE ALBORNOZ. Ob. cit. p. 282, entre otros autores. Por su parte ILLESCAS refiriéndose ésta vez al comercio electrónico (C-E) expresa: "El C-E, de una parte, no emplea ni formas orales ni escritas; de otra, la contratación comercial electrónica se produce siempre entre sujetos ausentes, distantes el uno del otro geográficamente y residenciados con frecuencia en países distintos. Empleo así el término clásico iusprivatista español para hacer referencia a aquellos supuestos de contratación en los que las partes del contrato se encuentran cada una de ellas, a la hora de la perfección del vínculo y de los tratos prenegociados que la anteceden, en lugares distintos. Sus declaraciones requieren, por tanto, de un trayecto a recorrer para llegar a conocimiento de la respectiva contraparte con independencia del momento en que produzcan los efectos jurídicos apetecidos, la distancia a recorrer, la velocidad aplicada al recorrido y el medio de transporte", ILLESCAS ORTÍZ, RAFAEL. 2001. **Derecho de la Contratación Electrónica**. Madrid: Editorial Civitas, p. 34.

⁷¹ Como ya es previsible la incorporación en pocos años del denominado documento público electrónico no es raro pensar que en el futuro sujetos que se encuentren en la misma ciudad prefieran el formato electrónico, pues, entre otras ventajas, podrán probablemente suscribirlo sin necesidad de desplazarse a la notaría y podrán transmitir, a dónde deseen y en cuestión de segundos, cuantas copias autorizadas del documento requieran. Sintomático de la rapidez con que son incorporadas las nuevas tecnologías es lo dispuesto por el artículo 107.1 de la Ley de Acompañamiento 24/2001, que prescribe que: "Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información". A su vez, el artículo 111, bajo el epígrafe de *Formalización de negocios jurídicos a distancia* señala: "Por conducto electrónico podrán dos o más notarios

lo tanto, presentes, debido principalmente al hecho de que se transita decididamente desde el documento en soporte papel al documento en soporte electrónico.

El segundo aspecto importante en el análisis de la cuestión, se refiere a la determinación de si el proceso de formación del consentimiento electrónico entre personas ausentes obedece a los criterios usados por el legislador -al establecer normas especiales para el perfeccionamiento de negocios jurídicos entre personas no presentes- en la teoría general de obligaciones y contratos. Para ello será necesario determinar, en primer lugar, cuál ha sido, el criterio utilizado por el legislador en la distinción entre contratos entre presentes y ausentes.

Lo cierto es que antes de la aparición del fenómeno de la contratación electrónica doctrina y jurisprudencia debieron, ante la necesidad de determinar si la contratación telefónica debía ser considerada una especie de contratación entre ausentes, abocarse al estudio de tal cuestión. En el ámbito jurisprudencial puede considerarse clásica ya, la profusamente citada sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de enero de 1948 que señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes.

Validando el criterio jurisprudencial señalado la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes⁷².

remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico. Reglamentariamente se determinarán las condiciones y el procedimiento para la integración de las distintas declaraciones de voluntad en el negocio unitario, así como la plasmación del mismo en un único documento público". Por su parte el artículo 115 de la misma Ley, que modifica la Ley del Notariado abre la posibilidad del instrumento público electrónico al señalar en su párrafo 1: "*Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervenientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias*", voluntad legislativa que es confirmada por el artículo 115.2 de la mencionada Ley de Acompañamiento que añade una nueva disposición transitoria indécima a la Ley de 28 de mayo de 1862s, en la que se dispone: "*Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas*".

⁷² Así LACRUZ sostiene: "*La disciplina contenida en el art. 1.262, no puede extenderse a la contratación entre personas alejadas que utilizan un procedimiento de comunicación que posibilite el acuerdo entre ellas de una manera inmediata. En este sentido, la S. de enero de 1948 consideró que el acuerdo alcanzado por teléfono da lugar a la perfección del contrato lo mismo que si hubiera sido concertado entre dos personas presentes*", LACRUZ. 2000. Ob. Cit. p. 384. En el mismo sentido se pronuncian CARRASCOSA, POZO, RODRÍGUEZ. Ob. cit. p. 25, DAVARA, MIGUEL. Ob. cit. p. 170, DÍEZ-PICAZO. 1996. Ob. Cit. p. 318, MARTÍNEZ GALLEGO, EVA. Ob. cit. p. 137, entre otros.

Igual criterio es seguido en los países del “*common law*”, y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, países en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados “*presentes*”⁷³.

La doctrina estima asimismo, que la *ratio legis* del razonamiento que estima la comunicación telefónica como una especie negocial entre presentes se encuentra en la circunstancia de que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido. En el sentido indicado se sostiene que: “*El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido*”, continúa, “*Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación*”⁷⁴.

En nuestro Derecho, según afirma Alessandri y Somarriba, existen dos criterios para determinar si la contratación es entre presentes o entre ausentes: “*uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar, y el otro a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no*”⁷⁵, prefiriendo en tal obra ya el mismo don Arturo Alessandri, aquella tesis que considera contratos entre presentes a aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada, razonamiento que como se podrá vislumbrar dará mucho mejor respuesta a los problemas que impone al tema de la formación del consentimiento la forma electrónica de contratación.

En atención a los mismos criterios antes expresados la doctrina no duda en calificar como

⁷³ Así señala FERRI, LUIGI. Ob. cit. p. 141.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO. 1996. Ob. Cit. p. 318. En igual línea doctrinal MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 133, señala: “*Lo determinante aquí será, ..., no la distancia, sino la existencia o no de un intervalo temporal jurídicamente relevante entre la emisión de la aceptación y su recepción o conocimiento por el otro contratante...*”. Por su parte PAZ-ARES, BERMEJO, SAENZ señalan: “*Se entiende que hay contratación entre presentes cuando no media lapso temporal alguno entre oferta y aceptación. A estos efectos, la distancia es irrelevante: buena prueba de lo dicho es que, a pesar del distanciamiento físico entre las partes, el Tribunal Supremo, en Sentencia del 3 de enero de 1948 (Ar. 11), consideró que existía contratación entre presentes en el caso de un acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica*”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA, SAENZ LACAVE, M. ISABEL. 2001. **La Formación Electrónica del Contrato: Nada nuevo bajo el sol.** Publicación electrónica Derecho sobre Internet, en <http://derechosobreinternet.com>. En similar sentido GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 578 y LALAGUNA, ENRIQUE. Ob. cit. p. 111, agrupando tal clase de contratos dentro de la denominación de contratos de formación instantánea explica que en éstos: “*la separación física entre los contratantes no impide el conocimiento simultáneo del momento en que se unen las declaraciones de voluntad, al utilizar un medio de comunicación que elimina la diferencia de tiempo en la emisión de las declaraciones de oferente y aceptante (contratación por teléfono, télex, etc.)*”.

⁷⁵ ALESSANDRI Y SOMARRIBA. Ob. Elec. Cit.

una especie de contratación entre ausentes aquella que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica⁷⁶, ya que entre las diversas comunicaciones, entre aceptante y oferente, media interrupción o un espacio de tiempo de jurídicamente relevante⁷⁷.

En lo que dice relación a la formación del negocio jurídico electrónico, si bien es cierto que los criterios definidos con anterioridad para la determinación de la calidad de ausentes o presentes de las partes sirve para orientar la búsqueda de soluciones, el problema es bastante más complejo⁷⁸, dificultad que se origina en dos problemas principales.

El primero, se refiere a la naturaleza relativa que han adquirido en Internet las categorías filosófico jurídicas de tiempo y espacio⁷⁹ las que, para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales⁸⁰, habiéndose incluso comenzado a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los usos horarios. Sobre el particular piénsese, por ejemplo, en la circunstancia de que en la contratación electrónica no tiene sentido hablar de horas hábiles u horario comercial debido a lo cual las transacciones comerciales han debido desarrollar sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones.

También debe ser considerada la inmediatez de las comunicaciones electrónicas que hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, ello sin importar los lugares del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional. Al respecto puede concluirse, en primer término, que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta en las comunicaciones electrónicas es

⁷⁶ GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 578. Al respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 133, afirma: “*En cambio, en la aceptación realizada telegráficamente sí existe intervalo temporal, por lo que la perfección del contrato se entiende producida en el momento en que el destinatario del telegrama lo recibe*”.

⁷⁷ Todo proceso comunicacional puede presentar interrupciones, pero pensamos junto con MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 133, que lo importante es determinar si tal interrupción representa un espacio de tiempo “jurídicamente relevante”, ya que si no es así el proceso deberá ser considerado como ininterrumpido para los efectos en estudio.

⁷⁸ En tal sentido GETE-ALONSO, MARÍA. Ob. cit. p. 578.,

⁷⁹ Al respecto DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 79, señala: “*El tiempo y el espacio adquieran un significado en las comunicaciones en Internet muy distinto del que es común a las actividades fuera de la Red, lo que determina características peculiares de los conflictos de intereses surgidos en este nuevo medio...*”.

⁸⁰ Ha adquirido tal dimensión los conceptos espacio y tiempo en Internet, que incluso se habla de una realidad virtual, que se la intenta presentar con rasgos de autonomía propia, distinta de las dimensiones en la que trascurre la vida humana, proyección que, en todo caso, consideramos exagerada. Sobre el carácter relativo que han adquirido en Internet las nociones de tiempo y espacio MATEU DE ROS. Ob. Cit. p. 60, afirma: “*En Internet, lo mismo que la contratación telefónica directa, no hay distancia temporal (que es lo decisivo) sino mera distancia física, fenómeno que resulta accesorio, y también aparece con frecuencia en la contratación convencional*”.

insignificante sin importar la distancia física: de ahí a que se haya acuñado el concepto *aldea global*.

El segundo problema se relaciona con el hecho de que el concepto *nuevas tecnologías de la información* engloba medios de comunicaciones muy diversas que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos negociales entre presentes o entre ausentes.

Planteadas ambas interrogantes, retomemos el primer de problema, el referido a los conceptos de tiempo y espacio en Internet, el que como decimos responde muchas veces a cánones diversos de los hasta ahora conocidos. Piénsese en la comunicación por correo electrónico, en principio es asimilable a la comunicación por carta tradicional, sin embargo, debe considerarse que el correo electrónico puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del mundo, lo que traerá como consecuencia, según veremos, que muchas de las aprehensiones de los legisladores de los siglos pasados relativas a la demora en la recepción de las comunicaciones, en el caso de correo electrónico no se justifiquen. Tal prevención, efectuada para la comunicación vía correo electrónico, puede hacerse extensiva en general a la mayoría de los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, resultando que la frecuentemente presumida falta de continuidad en los procesos de comunicación a distancia no se encuentra en el caso de la formación del consentimiento electrónico⁸¹.

Todos los aspectos señalados han llevado a más de algún autor a sostener, con buena dosis de razón, la insuficiencia de los conceptos clásicos para explicar adecuadamente las hipótesis de contratación electrónica, en el sentido que en tal modalidad contractual carece de sentido, bajo algunos respectos, el calificar un determinado negocio como celebrado entre ausentes o entre presentes.

En todo caso, teniendo en cuenta las características generales de simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales mediante nuevas tecnologías si de clasificarlos se trata, una parte importante de la doctrina parece considerar que estaríamos en presencia, según los

⁸¹ En tal sentido MATEU DE ROS. Ob. Cit. p. 43, en nota a pie de página 30, señala: "Es, precisamente, esa presunción de falta de continuidad de las declaraciones de voluntad de las partes, característica del contrato a distancia, concebido como contrato entre ausentes, la que se rompe en la contratación a través de Internet". En sentido similar DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313 y 314, expresa: "*La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet, en particular la mensajería instantánea, que hacen posible el intercambio instantáneo y personal de mensajes escritos entre integrantes de una lista que se encuentran conectados en un momento determinado. En consecuencia, el empleo de este servicio para el intercambio de mensajes de texto parece hacer posible, frente a la regla general en el uso del correo electrónico, la formación instantánea y no sucesiva del contrato*". Siguiendo una línea doctrinal similar PRIETO GUTIÉRREZ. Ob. Cit. p. 437.

cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes⁸², ello para los efectos previstos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico. Lo anterior, como regla general que admite excepciones en atención a las diversas cualidades de los diferentes medios pertenecientes a las tecnologías de la información.

Como lógica consecuencia de las características de las nuevas tecnologías se ha hecho notar que éstas no sólo constituyen un avance técnico en relación a los medios de comunicación existentes hasta antes de su aparición sino que, en ocasiones, constituyen un proceso comunicacional casi idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes⁸³. Piénsese o si no, en la comunicación por video conferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiendo las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz, datos que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

-
- 82 MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Ob. cit. p. 133, señala al respecto: *“En cuanto a la contratación electrónica mediante medios informáticos, los principios son los mismos: las características técnicas de los mecanismos utilizados para enviar la aceptación permiten conseguir la simultaneidad entre el envío y la recepción por el destinatario, por lo que, en términos generales, quedaría sometida a las reglas de la contratación entre presentes, en cuanto al momento de la perfección del contrato...”*. En un sentido similar DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313, señala: *“Por el contrario, cuando la formación del contrato se produce mediante el empleo de servicios interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información –esa es la situación normalmente en la malla mundial– predomina la idea de que se trata de medios de comunicación a distancia que posibilitan una formación instantánea y no sucesiva del contrato, de modo que el tratamiento del momento de celebración debe ser equiparado al de otros medios instantáneos como el teléfono, pues permite la comprobación inmediata de que la declaración de voluntad ha sido recibida por el destinatario”*. Otros autores, aparentemente en sentido opuesto, como Fernández sostienen: *“incluimos al contrato electrónico como una modalidad intermedia entre la contratación presencial y la contratación a distancia, pero se acerca más a ésta última”*, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, RODOLFO, 2001. **La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p.34, o Ribas (1999), p. 62, que en igual sentido señala: *“es evidente que la venta minorista a través de Internet está más cerca de la figura legal de la venta a distancia que de la venta tradicional en una tienda”*. Con todo, consideramos que la contradicción es más aparente que real ya que la gran mayoría de los autores estima que los contratos electrónicos son ventas a distancia, en atención a los criterios que las leyes han fijado como el ámbito de aplicación de la normativa aprobada para regular tal clase especial de contratación, no obstante, lo cual para otros efectos, especialmente la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico, deben ser **considerados** como una especie de proceso negocial entre presentes, aunque para otros efectos no gocen de igual calificación. Es la opinión también de ALESSANDRI Y SOMARRIVA. Ob. Elec. Cit.
- 83 En esa línea señala MATEU DE ROS. Ob. Cit. p. 43: *“En suma, los contratos en Internet aunque se generen y ejecuten a distancia y en remoto (con ausencia o distancia física, pero normalmente sin distancia temporal) se parecen mucho más a la contratación física o presencial habitual en el mundo jurídico que a las operaciones informatizadas o automatizadas y que a los tradicionales contratos entre ausentes y compraventas a distancia, por correo, por catálogo, domiciliarias y ambulantes”*. También MATEU DE ROS. Ob. Cit. 61, señala: *“La contratación electrónica a través de comunicaciones instantáneas funciona como si las partes estuvieran “cara a cara”. El estándar en el ciberspacio consiste, cada vez más, en servidores que usan programas que intercambian en tiempo real ofertas y aceptaciones”*.

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el criterio lógico para la caracterización de un proceso comunicacional como entre ausentes no depende hoy, como antaño, de la distancia física sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento⁸⁴, ello, reiteramos, como reglas generales válidas para todos los medios de comunicación que pueden adscribirse en la noción de nuevas tecnologías de la información, sin perjuicio, de que sea aconsejable el análisis pormenorizado de cada uno de ellos para determinar si consisten o no en un proceso ininterrumpido de comunicación y, si pueden, por tanto, ser calificados verdaderamente *entre presentes*⁸⁵.

Para tal determinación, en principio, la telefonía IP⁸⁶ y el vídeo conferencia por Internet son los medios que menos problemas presentan. Establecido por doctrina y jurisprudencia que la comunicación telefónica constituye una especie de contratación entre presentes, el mismo criterio debe aplicarse por analogía a su similar realizada por la Red, la telefonía IP. Decimos, en principio, pues la telefonía IP aparentemente idéntica a la telefónica tradicional funciona sobre bases tecnológicas diferentes. En la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones de las partes viajan a su destino en paquetes de información independientes por vías completamente diferentes dentro del mismo proceso, no existiendo como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto⁸⁷.

Con todo, tales interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso

⁸⁴ En tal sentido señalan s Ob. cit. p. 25, específicamente para la contratación electrónica, que es irrelevante el hecho de que los contratantes se encuentren presentes o ausentes físicamente, dado que: “*es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación*”.

⁸⁵ Sobre la diversidad de los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías y la aplicación de las reglas clásicas para la formación del consentimiento DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313, señala: “*No obstante la aplicación de las reglas al entorno tecnológico de Internet, en el que cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación negociales, provoca en ocasiones incertidumbre*”.

⁸⁶ INTERNET PROTOCOL, sistema de comunicación telefónica realizada vía Internet, por medio de al menos dos ordenadores.

⁸⁷ Ya explicamos en el presente capítulo a propósito de la distinción entre contratos electrónicos on line y off line, que en la telefonía IP existe más bien una apariencia de comunicación ininterrumpida, pues, cada intervención viaja en un paquete por diversas vías hasta el destinatario, por lo que no existe, como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto. Recordemos que Vila explicaba de la siguiente forma las diferencias entre ambas especies de telefónica: “*Este último (la telefónica tradicional) es un sistema de conmutación de circuitos: cuando se establece una comunicación entre dos interlocutores se abre un circuito permanente entre ellos a través del cual intercambian la información que desean. Sin embargo, el protocolo TCP/ IP funciona mediante conmutación de paquetes, al igual que el sistema postal: el remitente introduce paquetes en un canal de comunicación (la red de ordenadores), cada uno con su dirección oportuna, y se despreocupa de la vía concreta que éstos siguen*”, VILA SOBRINO, JOSÉ ANTONIO. 2001. “Aspectos Técnicos para el Desarrollo de Aplicaciones de Comercio Electrónico”, en **Comercio Electrónico en Internet**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 49.

comunicativo tan evidente que sin perjuicio de que efectivamente se produzcan interrupciones no dudamos en calificar tal proceso de fluido –aunque no implique un canal bidireccional permanentemente abierto- y, por lo tanto, de acuerdo a los parámetros clásicos, como una especie comunicacional que puede ser adscrita a la categoría contractual clásica de *entre presentes*⁸⁸.

La vídeo conferencia por Internet deberá recibir idéntica solución, toda vez que constituye una especie mejorada de comunicación telefónica⁸⁹, en donde, como se sabe, además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen. La vídeo conferencia funciona, al igual que la telefonía, por medio del protocolo de Internet (IP), por lo que las prevenciones y alcances efectuados para la telefonía IP son válidas igualmente para la vídeo conferencia por Internet, así como la conclusión final referida a la circunstancia de que a pesar de que existen pequeñas interrupciones debe considerarse como un proceso comunicativo fluido y, en consecuencia, de acuerdo a los parámetros tradicionales como una especie de contratación entre presentes.

El Chat, por su parte, aún cuando no significa una mejora en comparación con la comunicación telefónica tradicional, es un proceso comunicacional en tiempo real⁹⁰, esto es, exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibiendo las respuestas a las interrogantes planteadas por las partes en cuestión de segundos en el otro extremo de la comunicación. Es por eso, que consideramos conforma también un proceso fluido⁹¹ de comunicación en el que las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la aceptación a una oferta contractual determinada, por lo que no es posible

⁸⁸ No considerarlo así, llevaría al absurdo de poder considerar todo proceso de comunicación como interrumpido, ya que si se considera que los espacios de tiempo siempre son fraccionables, siempre podrá medirse un intervalo entre la intervención de una u otra parte.

⁸⁹ DAVARA, MIGUEL. Ob. cit. p. 170, al respecto dice: “*No cabe duda que la formación de la voluntad en un sistema de video-conferencia, en el que es posible incluso detectar signos o expresiones mínimas de una de las partes que puedan condicionar, o al menos orientar, la voluntad, debe ser considerada entre presentes*”, lo anterior porque la comunicación por vídeo conferencia debe recibir un trato idéntico a comunicación telefónica: “*habida cuenta de que el medio empleado es el mismo y sólo varía, en mejora*”.

⁹⁰ En tal sentido GARCÍA VIDAL al explicar en que consiste el proceso comunicacional denominado Chat destaca la circunstancia de que se trata un sistema comunicacional en tiempo real al señalar que se trata de: “*un sistema que permite conversaciones entre dos o más usuarios en tiempo real. La idea básica es que lo que se escribe con el teclado aparece en la pantalla de los demás usuarios*”, GARCÍA VIDAL, ÁNGEL. 2001. “La regulación jurídica de la firma electrónica”, en **Comercio Electrónico en Internet**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 105.

⁹¹ En tal sentido DAVARA, MIGUEL. Ob. cit. p. 170 y 171, expresa: “*Sin embargo, no podemos decir lo mismo de las demás aceptaciones por medios electrónicos y telemáticos, ya que la aceptación por fax, o por correo electrónico, debido a los problemas de interoperatividad de las redes y de la compatibilidad de los sistemas, debe entenderse como una aceptación realizada por correspondencia -moderna correspondencia- y aplicarle lo que ya hemos hablado respecto a la contratación entre ausentes...*”.

avizorar los factores que hicieron al legislador de antaño calificar como <de ausentes>, por ejemplo, al proceso comunicacional vía correo ordinario.

El correo electrónico, por el contrario, es considerado, por regla general, una especie de contratación entre ausentes⁹², por tratarse de un proceso de comunicación sucesivo o interrumpido⁹³, ya que según es públicamente conocido, pueden transcurrir horas o días hasta que el mensaje de correo electrónico sea leído y contestado por su destinatario. Lo paradójico es que, si se aplica la teoría de la recepción⁹⁴ y la normas que hasta el momento han sido elaboradas especialmente para la contratación electrónica⁹⁵, el perfeccionamiento del negocio se producirá, por regla general, en forma prácticamente instantánea⁹⁶, ya que lo que se exigirá no es que el

⁹² En éste caso también existen pequeñas interrupciones, pero que no impiden a nuestro entender la calificación del proceso como interrumpido, al menos según hemos dicho, en lo podría calificarse un espacio de tiempo jurídicamente relevante.

⁹³ Al respecto DE MIGUEL ASENSIO. Ob. cit. p. 313, señala: *“Respecto a la formación del contratos por medio de intercambio de mensajes de correo electrónico prevalece la consideración de que se trata de un medio que hace posible la formación sucesiva –no instantánea- de contratos a distancia. Así resulta del carácter no instantáneo de este servicio, que no es interactivo y no permite el intercambio simultáneo de información ni la comprobación inmediata de que el destinatario ha recibido la oferta o la aceptación en sus propios términos”*. En sentido contrario VATTIER FUENZALIDA, C. Ob. Cit. p. 86, afirma que: *“es mayoritaria... la opinión según la cual estos contratos, aunque se celebren a distancia y los mensajes se asimilen a las cartas, son de formación instantánea”*.

⁹⁴ ROGEL, p. 13, se muestra partidario de aplicar la teoría de la recepción a la contratación perfeccionada por correo electrónico al señalar: *“Dichos contratos, concluidos mediante correo -aunque sea electrónico-, se perfeccionan cuando la aceptación emitida llega al sistema informático del oferente. Por rápido que sea el medio de comunicación empleado, cabe que exista diferencia horaria entre el lugar en que se emite la aceptación dicha y aquél en que se recibe y, en tal caso y dado el carácter receptivo de tal declaración y los paliativos que hemos señalado a la teoría del conocimiento de la misma, a la recepción habrá que estar”*, Rogel Vide. Ob. Cit. p. elec. En el mismo sentido se pronuncia Barriuso al analizar la conveniencia de la aplicación de la teoría de la recepción en la contratación electrónica cuando expresa, *“Nosotros vemos más ventajas en la teoría de la “recepción”, en el buzón del ofertante, ya que emisión y recepción es instantánea en la contratación electrónica...”*, *“Determinando como “facta concludentia” la llegada de la aceptación al buzón del oferente sin necesidad de abrirlo, ya que contiene información como el nombre del remitente y destinatario, la fecha y asunto de que trata el mensaje, sin necesidad de abrirlo, y que permite, en ese caso, conocer el contenido de la aceptación”*, BARRIUSO RUIZ, CARLOS. 1998. **La Contratación Electrónica**. Madrid: Ed. Dykinson, p. 131. En igual sentido FERNÁNDEZ-ALBOR. Ob. cit. p. 288 y PAZ-ARES, BERMEJO, SAENZ. Ob. cit. p. elec.

⁹⁵ El artículo 11.1 de la Directiva sobre Comercio Electrónico dispone, al tratar sobre el acuse de recibo (aceptación), que el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, y que se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo **cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos**, acogiendo, en la práctica, la teoría de la recepción para la formación del consentimiento en el negocio jurídico electrónico o, por lo menos, en aquél que pueda encuadrarse dentro del ámbito de regulación de la citada Directiva sobre Comercio Electrónico.

⁹⁶ En ese sentido señala Mateu De Ros. Ob. Cit. p. 60: *“El contrato es objeto, frecuentemente, de consumación instantánea, de trato inmediato, sin intervalo de tiempo ni interrupción del proceso de comunicación: la eficacia ejecutiva del consentimiento del cliente es el motor que desencadena el negocio jurídico, adoptando la entidad proveedora una actitud pasiva, de aceptación mecánica, y por ende implícita más que tácita, de la orden del cliente, convertido éste en verdadero oferente del contrato”*.

destinatario haya leído el correo sino que éste haya llegado a su órbita de conocimiento, lo que sucederá en el instante en que mensaje haya ingresado en la cuenta de correo electrónico que el destinatario mantiene en un determinado servidor con independencia del momento en que decida recuperar y tomar conocimiento del mensaje.

En lo que dice relación con la formación del consentimiento electrónico vía página Web no es posible dar una respuesta unitaria a la cuestión relativa a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, sino que será necesario realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, de tal suerte que, por regla general, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea, esto es, se trate de una Web interactiva, deberemos considerar tal proceso negocial dentro de la categoría *entre presentes* y, en caso contrario, como una especie negocial entre ausentes⁹⁷.

Con todo, debemos advertir, que el ejercicio realizado destinado a intentar adscribir los medios más conocidos pertenecientes a las nuevas tecnologías de la información a las reglas de la formación del consentimiento entre presentes o ausentes es un ejercicio artificial y que, según hemos dicho, no corresponde a la realidad de Internet. Lo cierto es, y que no debe perderse de vista que cuando afirmamos, en general, que los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes lo que estamos afirmando realmente es que los *consideramos o asimilamos* a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues, la realidad será que en la gran mayoría de los casos las partes se encuentran ausentes, al menos de acuerdo al sentido que tradicionalmente se ha dado en el ámbito jurídico a la noción de <ausencia> y que hoy decimos se encuentra en entredicho. En tal sentido, y como una propuesta que intenta coordinar las nuevas realidades tecnológicas con la dogmática jurídica Mateu de Ros se inclina por considerar derechamente la contratación electrónica como un proceso negocial *verdaderamente entre presentes*, si se quiere una forma distinta de presencia -la virtual-, pero una especie de presencia al fin⁹⁸.

Otra faceta que demuestra la insuficiencia de las normas existentes para tratar adecuadamente los aspectos relativos a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías se refiere al hecho de que en los casos que hemos concluido la posibilidad de aplicación de las reglas establecidas para ausentes, resultará, según tendremos oportunidad de analizar más a fondo -cuando tratemos lo relativo a la determinación del momento de perfeccionamiento

⁹⁷ Si la Web sólo ofrece la posibilidad de establecer contacto vía correo electrónico deberemos aplicar entonces lo dicho para tal medio electrónico de comunicaciones.

⁹⁸ Mateu De Ros. Ob. Cit. p. 60: “*No hay, por tanto, ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y, a menudo, mucho más libre y espontánea, que la presencia personal, física o material*”.

del negocio- que la consecuencia final será la misma que si hubiere recibido aplicación la regla establecida para la formación del consentimiento entre presentes, de lo que puede colegirse que la norma no produce ningún efecto práctico que justifique su aplicación, al menos, en las hipótesis de contratación electrónica.

Por último, en el repaso de las circunstancias normativas que no calzan adecuadamente con la contratación electrónica hemos de destacar el hecho de que, según hemos señalado, el denominado contrato electrónico -en sentido estricto- es probable que sea utilizado en un futuro cercano, por sus ventajas, como un medio de formalización contractual entre personas presentes⁹⁹, lo que provocará la inaplicabilidad de buena parte de la incipiente regulación sobre contratos electrónicos la que se encuentra estructurada sobre la premisa de que se trata de una especie contractual a distancia o entre personas ausentes¹⁰⁰.

2. CONCLUSIONES

La aceptación electrónica pareciera, en principio, tener que cumplir las mismas exigencias de cualquier negocio jurídico de acuerdo a la teoría clásica. En ese punto no se observan diferencias significativas.

La revisión de la normativa nacional nos lleva a la conclusión de que existe escasa normativa sobre la materia. La contenida en el Código de Comercio parece poco aplicable a la realidad electrónica debido a su antigüedad. En la Ley del Consumidor existen disposiciones especialmente diseñadas para la contratación electrónica, pero sin tratar de modo sistemático

⁹⁹ Sobre el particular decíamos que el contrato electrónico no requerirá necesariamente que las partes se encuentren alejadas físicamente, pues las ventajas que esta clase de contratación ofrece por sobre aquella contenida en soporte papel y firmada en forma manuscrita y, más aún, por sobre aquella consensual o no formal entre presentes, permiten pensar que contratantes presentes titulares de firma digital, desearán firmar electrónicamente un contrato en el que han convenido. Entre sus ventajas se encuentra la posibilidad de obtener múltiples copias a muy bajo costo, el hecho de que un tercero imparcial -prestador de servicios de certificación- guardaría copia electrónica del mismo y podría además certificar electrónicamente la identidad de las partes, la fecha y contenido del contrato, a quien lo solicitara, desde cualquier parte del mundo y en cuestión de segundos.

¹⁰⁰ La incongruencia consiste en que para evitar inconsistencias mayores se clasifica como contratación entre presentes aquella que se desarrolla entre personas distantes. Tal circunstancia, a nuestro entender, demuestra en este punto la obsolescencia de los conceptos jurídicos clásicos para entender el proceso de formación del negocio jurídico electrónico. Para reafirmar lo dicho, recordemos que el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales, delimita su ámbito de aplicación en su artículo 1.1 señalado que se aplicará a los contratos a distancia o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación. Además, como ya hemos dicho, prácticamente la totalidad de la doctrina caracteriza la contratación electrónica como una especie de contratación entre ausentes o a distancia concepto que, según afirmamos, deberá ser revisado en el futuro.

el tema de la aceptación electrónica y, menos, de la formación del consentimiento, como sí sucede en legislaciones internacionales.

El negocio jurídico electrónico -según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes- ofrece variables que hacen esta materia sustancialmente diferente a la contratación tradicional, por lo que las soluciones existentes en la actualidad se muestran insuficientes para una adecuada regulación de la nueva realidad, lo que nos lleva a considerar que en este punto puede ser necesaria la introducción en el ordenamiento jurídico de soluciones que sean compatibles con la realidad electrónica¹⁰¹.

Aunque la doctrina se inclina mayoritariamente por encuadrar los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías como contratación entre presentes, muchas veces la legislación considera a tales contratantes como personas distantes, lo que constituye una evidencia de un problema que deberá ser resuelto hacia el futuro.

Las teorías clásicas desarrolladas para la determinación del momento de formación del consentimiento, a saber, teorías: de la declaración o emisión, de la remisión, de la recepción y de la cognición o del conocimiento, parecen no responder –en una visión preliminar– adecuadamente a la contratación electrónica, cuestión en la que ahondaremos en el capítulo III de esta serie, referido específicamente, a la determinación del momento de formación del consentimiento electrónico.

¹⁰¹ En el sentido expresado Mateu De Ros. Ob. Cit. p. 60, señala: “*A esta modalidad nueva de encuentro, de concurrencia presencial de voluntades, a la reunión virtual de los contratantes y la prestación del consentimiento <on line>, el Derecho no puede ofrecer una respuesta rígida y uniforme sino la solución más acorde con la naturaleza de cada negocio jurídico, con independencia del carácter civil o mercantil del contrato*”.