

# LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN PARTE III: EL MOMENTO DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Ruperto Pinochet Olave \*

## RESUMEN

El presente artículo es el tercero de una serie de cuatro que tienen por objeto tratar de modo exhaustivo el tema de la formación del consentimiento electrónico. Se ocupa del momento de formación del consentimiento electrónico procurando determinar a cuál de las teorías del derecho civil clásico puede adscribirse la formación del consentimiento electrónico para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico, ello de acuerdo a las últimas tendencias del derecho europeo.

Con todo, se concluye que tiempo y distancia son conceptos calificadamente relativos en el espacio y tiempo virtual y, por lo tanto, no necesariamente el razonamiento jurídico clásico sirve para resolver adecuadamente los interrogantes que plantea el estudio del momento y lugar del perfeccionamiento electrónico.

## PALABRAS CLAVES

Derecho civil – Negocio jurídico – Acto jurídico – Contratos – Contratos elec-

---

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.  
Recibido el 30 de septiembre de 2005, aceptado el 13 de octubre de 2005. [rpinoche@utalca.cl](mailto:rpinoche@utalca.cl)

trónicos – Consentimiento electrónico – Derecho y Nuevas tecnologías.

## ABSTRACT

This is the third article in a series of four that seek to provide a comprehensive analysis of the formation of consent or agreement by electronic means. Its focus is on the moment of formation of agreement, and it seeks to determine, in accordance with contemporary trends in European law, which of the classical civil law theories about consent is a better match for the problem of defining the moment of consent in the case of an electronic contract.

Given that the notions of time and distance are relative concepts in virtual time and space, classical legal reasoning is ill-equipped to solve the dilemmas posed by the analysis of the moment and place of formation of the electronic agreement.

## KEY WORDS

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

### 1. ASPECTOS GENERALES

Todo lo revisado en los artículos N° 1 y 2 de esta serie, relativos a la oferta y a la aceptación, corresponde a las reglas generales y especialmente al principio de que, por regla general, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces tienen fuerza obligatoria. El artículo 1.258 del Código civil español lo dice en términos explícitos, al disponer que “*los contratos se perfeccionan<sup>1</sup> por el mero consentimiento, y desde entonces obligan*”, en el caso del Código Civil chileno tal principio no se encuentra formulado en palabras tan manifiestas, pero se desprende inequívocamente de su artículo 1445, de la circunstancia de que los actos jurídicos formales o solemnes constituyen la excepción, de modo que para estar frente a ellos se requiere de texto legal expreso.

El principio espiritual como elemento formador del consentimiento parte de la hipótesis

---

<sup>1</sup> GETE-ALONSO, 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)*”. GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. 2000. Teoría General del Contrato, en Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato. Madrid: 3<sup>a</sup> Ed., Marcial Pons, p. 577.

contractual más simple, esto es, que las partes se encuentran presentes, lo que conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se ha de formar 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 oferta.

Una materia tan estudiada en doctrina como la relativa al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato ha adquirido un nuevo interés, pues se ha constatado que las nuevas tecnologías de la información tienen la capacidad de alterar algunos de los elementos usados tradicionalmente para el análisis del proceso de formación del contrato, tal es el caso de la nueva dimensión que han adquirido en Internet nociones tan importantes como las de tiempo y espacio, aspectos que necesariamente han llevado a la revisión de las soluciones que hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías se daban por satisfactorias.

## **LA PERFECCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ELECTRÓNICO. ASPECTOS GENERALES**

En lo relativo al estudio de las reglas aplicables a la determinación del momento y lugar del perfeccionamiento del contrato 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 tuvimos la oportunidad de apreciar -en el trabajo N° 2 de esta serie referido a la aceptación electrónica- ha perdido gran parte de su vigencia, conclusiones que, como veremos, serán del todo confirmadas al entrar en el análisis del momento de perfeccionamiento del consentimiento electrónico. Precisando un poco, antes de intentar el análisis de las disposiciones aparentemente aplicables de nuestro ordenamiento jurídico, 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.

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 aceptación. La teoría de la declaración jurídica se crítica por la circunstancia, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática, de que no reconoce el carácter receptivo que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, en segundo lugar, porque no se considera justo que un contratante -el oferente- quede vinculado por una declaración que ignora por completo.

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 de que éste pueda conocerla.

La teoría del conocimiento o de la cognición, por su parte, agrega más exigencias al requerir para la perfección del consentimiento no sólo la declaración de voluntad del aceptante sino además 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?*”.

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 aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente. 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.

Las reglas generales de la teoría general del contrato, tanto en nuestro país como en el Derecho comparado, parten desde 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 oferta<sup>2</sup>.

Esta materia relativa al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato ha adquirido

<sup>2</sup> Así, señala LALAGUNA: “*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 perfeciona*”. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE. 1993. **Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> Ed., p 108. En un sentido similar, señala MARTÍNEZ GALLEGOS: “*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*”. MARTÍNEZ GALLEGOS, EVA MARÍA. 2000. **La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 114. En idéntica línea doctrinal SANZ VIOLA, ANA M<sup>a</sup>. 2001. “*Contratación electrónica*”, en **Actualidad Civil N° 18**. Pamplona: Ed. Aranzadi, p. 653.

un nuevo interés<sup>3</sup>, 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 contrato<sup>4</sup>, tal es el caso de la nueva dimensión que han adquirido en Internet nociones tan importantes como las de tiempo y espacio<sup>5</sup>, aspectos que necesariamente han

<sup>3</sup> En el sentido señalado MARTÍNEZ GALLEGOS, Ob cit., pag. 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.”

<sup>4</sup> 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 plantee 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, JOSÉ 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, pone de manifiesto la capacidad de las categorías jurídicas informáticas para alterar los conceptos clásicos del consentimiento contractual. CAVANILLAS MÚICA, SANTIAGO. 1996. **Informática y Teoría del Contrato. X Encuentro sobre Informática y Derecho**. Madrid: Instituto de Informática Jurídica, ICADE, p. 270.

<sup>5</sup> En ese sentido DE MIGUEL (2000), ob. cit., p. 313 y 314 sostiene que: “La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet,...”. Expresando ideas parecidas PRIETO, señala: “En esta realidad, cobra especial trascendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los 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**, Nº 30, 31 y 32. Mérida: Ed. Uned, p. 437.

llevado a la revisión de las soluciones que hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías se daban por satisfactorias<sup>6</sup>.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA APARICIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

En lo relativo al estudio de las reglas aplicables a la determinación del momento y lugar del perfeccionamiento del contrato, 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 tuvimos la oportunidad de apreciar -en el trabajo N° 2 de esta serie referido a la aceptación electrónica- ha perdido gran parte de su vigencia, conclusiones que, como veremos, serán del todo confirmadas al entrar en el análisis del momento de perfeccionamiento del consentimiento electrónico.

Como se sabe, nuestro Código Civil no contiene disposiciones que regulen la formación del consentimiento y, tal como hemos señalado el legislador chileno intentó por medio del Código de Comercio, como se señala en el mensaje del mismo cuerpo legal, “*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*”<sup>7</sup>.

En el plano de la formación del consentimiento entre personas distantes, el artículo 98 del Código citado dispone que la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada 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. Así, dada la idea mayoritaria en nuestro ordenamiento jurídico, acerca de la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio en materia civil, de acuerdo al artículo 101 de dicho cuerpo legal, el consentimiento se entenderá formado cuando se ha producido la aceptación, acogiendo de esa forma la denominada teoría de la declaración, ya que la disposición citada no exige que la respuesta llegue a conocimiento del oferente ni tampoco a su esfera privada –teoría de la recepción-.

---

<sup>6</sup> Destacando las consecuencias que en la teoría del negocio jurídico producen las distintas realidades constituidas por la normal y la virtual DE MIGUEL (2000), 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 (2000), Ob. cit. p. 577.

<sup>7</sup> VÍAL DEL RÍO, VÍCTOR Y LYON PUELMA, ALBERTO. 1985. **Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 39.

La teoría de la declaración es la solución adoptada por el Código de Comercio, no obstante, tal como explica DUCCI<sup>8</sup>, 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-.

A contrario de lo que sucede en nuestro país, el Código civil español regula la formación del consentimiento, más específicamente en lo relacionado al momento de perfeccionamiento su artículo 1.262 dispone que: “*la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*”, pudiendo adscribirse el sistema adoptado por tal cuerpo legal a la denominada teoría del conocimiento. 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 injustas.

Con el propósito de atenuar los efectos negativos advertidos desde un comienzo en la teoría del conocimiento<sup>9</sup>, recogida como se ha dicho en el artículo 1.262 del Código civil español<sup>10</sup>, jurisprudencia<sup>11</sup> y doctrina<sup>12</sup> optaron por una interesante línea hermenéutica que

<sup>8</sup> DUCCI CLARO, CARLOS. 1994. **Derecho Civil. Parte General**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 3<sup>a</sup> Edición, p. 233.

<sup>9</sup> En ese sentido se expresa MARTÍNEZ GALLEGOS (2000), Ob. cit., p.132, al decir; “*Este sistema de cognición o conocimiento poco favorable para un adecuado desarrollo del tráfico jurídico, se ha visto corregido por nuestro más alto tribunal que ejerce, con acierto, una función verdaderamente creadora de Derecho;... Podemos decir, en este sentido, que la doctrina del abuso del Derecho supone la dulcificación del Derecho por la equidad, poniendo fin a los abusos a que se prestaría la aplicación rigurosa del criterio del conocimiento*”.

<sup>10</sup> Criterio que según LACRUZ Y OTROS: “*resulta en extremo riguroso*”. LACRUZ Y OTROS 2<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, p. 384. La misma opinión expresa MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS. 2000, **Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones**. Madrid: Ed. Colex, p. 367 y PUIG BRUTAU. (1987) 1997. **Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontatos**. Barcelona: Bosch Editor, vol. II, 3<sup>a</sup> Ed., p., 221, entre otros autores.

<sup>11</sup> En tal sentido en la Sentencia de 24 de noviembre de 1998, T.S. (Sala 1.<sup>a</sup>), indica: “*...esta Sala entiende que el sistema de la recepción, para el cual se perfecciona el contrato sólo cuando la aceptación llega a poder del ofertante o al ámbito o círculo de intereses del mismo, es, sin duda, el más próximo al legalmente contemplado, y su aplicación por el Tribunal de apelación no ha conculado precepto alguno, ni tampoco la doctrina jurisprudencial expresada en el motivo*”. Por su parte en la Sentencia de 24 de abril de 1995, T.S. (Sala 1.<sup>a</sup>) (P. Gullón Ballesteros), se señala: “*Aplicando necesariamente el párrafo 2º del artículo 1262 del Código Civil, la venta no se entiende perfeccionada hasta que el oferente (concedente o vendedor) no conoce la aceptación (del optante). Esta Sala tiene declarado que tal conocimiento hay que darlo por existente desde el momento en que fue posible porque el oferente hubiese actuado con una diligencia media*”.

<sup>12</sup> DÍEZ-PICAZO (1996), Ob. cit., p. 321 señala que la doctrina mayoritaria: “*se ha inclinado por interpretar el precepto desde el punto de vista de la teoría de la recepción, pensando que el criterio del legislador permite equiparar el conocimiento real a la posibilidad de conocimiento cuando ésta no se produjo por causas imputables a culpa o falta de diligencia del destinatario de la declaración*”. ALBALADEJO (2001). Ob. cit., p. 600,

atenuó los efectos negativos atribuidos a la teoría de la cognición, recurriendo para ello a la teoría de la recepción que, como se sabe, no considera necesario que el oferente haya conocido efectivamente la aceptación emitida por el destinatario de la misma, sino que sólo exige que la aceptación haya sido recibida, esto es, haya llegado al ámbito u órbita de conocimiento el oferente.

Para la adopción de la teoría de la recepción a partir del artículo 1.262 del Código civil español, se recurrió a diversos argumentos entre los que pueden ser destacados los siguientes:

- 1º El principio de responsabilidad, en virtud del cual la toma de conocimiento se equipara a la posibilidad de la misma y la imposibilidad de la que sea culpable el destinatario<sup>13</sup>. Quien participa de un proceso de formación del consentimiento a distancia realizando ofertas debe, como una exigencia mínima de conducta diligente, revisar las comunicaciones que lleguen a su órbita de conocimiento.
- 2º Las denominadas presunciones judiciales con apoyo en el principio de normalidad -que

---

considera también preferible la vía de admitir la teoría de la recepción: “admisible teóricamente, aunque sólo sea por ser más útil desde el punto de vista práctico”. LACRUZ, en una línea argumental parecida expresa la conveniencia de acoger la teoría de la recepción: “..., sobre todo faltando en nuestra disciplina positiva una regla semejante a la de otras legislaciones que siguen el mismo criterio del conocimiento y según la cual la aceptación se considera conocida, salvo prueba en contrario, a partir del momento en que llega a la dirección del destinatario”; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. 1990. **Manual de Derecho Civil**. Barcelona: José Marfa Bosch Editor, 2ª Edición, reimpresión, p. 635. ROGEL (2001), Ob. cit., p. elec., por su parte señala: “la interpretación que...hace la doctrina determina que los autores -superando, con creces, su tenor literal- prediquen, tanto para los contratos civiles como para los mercantiles, la bondad de la teoría de la recepción, entendiendo que la emisión o la remisión no se casan con el carácter receptivo de las declaraciones de voluntad y que la mala fe del oferente, retrasando la toma de conocimiento de la aceptación, no se puede aplaudir. El conocimiento de la aceptación -se dice- es una carga del destinatario de la misma, asunto suyo y de su exclusivo riesgo, sobre todo si ésta ha llegado a su círculo de influencia y puede venir en su conocimiento empleando tan solo la diligencia normal exigible”. Adscribiéndose asimismo a la doctrina mayoritaria CLEMENTE MEORO, M. 2000. “Algunas consideraciones sobre la Contratación Electrónica”, en **Revista de Derecho Patrimonial**. Pamplona: N° 4, Ed. Aranzadi, p. 77; DE MIGUEL (2000). Ob. cit. p. 311, GETE-ALONSO (2000). Ob. cit., p. 533, LALAGUNA (1993), Ob. cit., p. 114, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS (1998), Ob. cit., p. 133, MARTÍNEZ GALLEGOS (2000), Ob. cit., p. 132, PUIG BRUTAU (1987), Ob. cit., p. 222.

<sup>13</sup> ALBALADEJO (2002), Ob. cit., p. 600: “De modo, pues, que únicamente no habría perfección de la declaración recepticia aun enviada, si la culpa de no llegar al destinatario es del remitente (por ejemplo, éste no tomó nota del cambio de domicilio que aquél le participó) o del medio de transporte (así el correo funcionó mal o con retraso) o de caso fortuito o fuerza mayor”. En la misma línea GALGANO, sostiene que: “Por tanto, en esta hipótesis el riesgo de la transmisión de la aceptación no incumbe el aceptante, sino al proponente que se verá contractualmente vinculado incluso cuando la carta que contiene la aceptación no hubiese llegado a su domicilio”, 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. 158.

es una consecuencia, a su vez, del principio de responsabilidad-, ya que a través de ellas: “*se puede presumir que quien recibe una declaración de voluntad de la que era destinatario (caso del oferente respecto de la aceptación), en circunstancias tales que lo normal es que hubiese tenido conocimiento de su contenido, la conoció efectivamente*”, continúa el párrafo citado señalando; “*En definitiva, si el oferente no llega a probar que por causa no imputable a él no llegó a tener conocimiento de la aceptación llegada a su círculo de intereses, se equipara el sistema del conocimiento al de recepción*”<sup>14</sup>.

- 3º Argumentos de texto legal que tienen su base en el mismo artículo 1.262 del Código civil, pues se ha considerado que: “*si su intención (la del legislador) hubiera sido aplicar de manera estricta la teoría de la cognición, habría establecido que el oferente queda vinculado “desde que tuvo conocimiento” de la aceptación y no “desde que (ésta) llegó a su conocimiento”*”<sup>15</sup>.

Sin entrar a calificar la intención del legislador en el momento de redacción de la norma nos parece que efectivamente la expresión “*desde que llegó a su conocimiento*”, no significa, “*desde que efectivamente conoció*”, como erróneamente lo interpretó la primera doctrina, siendo razonablemente sostenible la tesis de que el texto legal admite la aplicación de la teoría de la recepción, sobre todo si se considera que la interpretación de las leyes deben hacerse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, según dispone el artículo 3.1 del Código civil español, recogiendo de ese modo un criterio finalista en la interpretación de la ley.

Como se puede apreciar, doctrina y jurisprudencia, en el caso español, lograron ajustar, interpretando adecuadamente la ley vigente adoptando, a diferencia de nuestro país<sup>16</sup>, un rol activo en la creación y adaptación del Derecho a las nuevas circunstancias que le corresponde vivir.

## ¿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.

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ GALLEGOS, (2000), Ob. cit. p.134. Expresando la misma línea doctrinal LASARTE, CARLOS. 1995. **Principios de Derecho civil. Contratos**. Madrid: Ed. Trivium, tomo III, p. 64.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ GALLEGOS (2000), Ob. cit. p.134.

<sup>16</sup> En el que habitualmente se ha entendido que los tribunales deben limitarse a aplicar la ley.

Abundante y, al parecer francamente mayoritaria, es la normativa y doctrina que entienden los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes<sup>17</sup>, ello debido principalmente a que en un comienzo las nuevas tecnologías fueron desarrolladas casi exclusivamente como medios de comunicación a distancia –función hoy evidentemente sobrepasada-, sin embargo, en la actualidad comienza a dudarse que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, al menos de acuerdo a los criterios tradicionales que se han utilizado para dar tal calificación a 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

<sup>17</sup> En tal sentido PRADA, 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](http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm). De igual opinión es MORENO, 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 del contrato,...”, MORENO NAVARRETE, MIGUEL ÁNGEL. 1999. Contratos Electrónicos. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 37. 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; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR. 2001. “Aspectos Fundamentales de la Contratación Electrónica”, en Comercio Electrónico en Internet. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 272 y SANZ (2001), Ob. cit., p. 647, SERRANO GIL DE ALBORNOZ, FRANCISCO. 2000. “Directiva sobre Ventas a Distancia y Propuesta de Directiva relativa a la Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, en Derecho de Internet” en Contratación Electrónica y Firma Digital. Pamplona: Ed. Aranzadi, 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 trácto 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.

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, ya hemos expresado nuestra opinión en el artículo Nº 2 de la presente serie en el sentido de que 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 suscripción<sup>18</sup>, ello 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 perfecciona-

<sup>18</sup> 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 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 aquel 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 undécima a la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, 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*".

miento 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.

Un dato de la jurisprudencia española servirá para ilustrar esta cuestión. Nos referimos a la 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 presentes<sup>19</sup>. 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 “praesentes”<sup>20</sup>.

La doctrina estima, asimismo, que la *ratio legis* del razonamiento que considera 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*”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Así LACRUZ Y OTROS 2<sup>a</sup> ED. REVISADA POR F. RIVERO (2000), Ob. cit., p. 384, 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*”. En el mismo sentido se pronuncian CARRASCOSA, VALENTÍN; POZO, M.<sup>a</sup>. A.; RODRÍGUEZ, E.P. 1999. **La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos**. Granada: Segunda Edición, Editorial Comares, p. 25; DAVARA RODRÍGUEZ, MIGUEL ÁNGEL. 2001. **Manual de Derecho Informático**. Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, 170, DÍEZ-PICAZO (1996), Ob. cit., p. 318; MARTÍNEZ GALLEGO (2000), Ob. cit., p. 137, entre otros.

<sup>20</sup> Así señala FERRI, LUIGI. 2001. **La Autonomía Privada**. Granada: Ed. Comares, p. 141.

<sup>21</sup> DÍEZ-PICAZO (1996), Ob. cit., p. 318. En igual línea doctrinal MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, señalan: “*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...*”, 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.133. Por su parte PAZ-ARES, BERMEJO, SANZ 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. II), consideró que existía contratación entre presentes en el caso de un acuerdo alcanzado*

En atención al mismo criterio, la doctrina no duda en calificar como una especie de contratación entre ausentes aquella que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica<sup>22</sup>, ya que entre las diversas comunicaciones, entre aceptante y oferente, media interrupción o un espacio de tiempo de jurídicamente relevante<sup>23</sup>.

Por su parte, en el ámbito normativo español<sup>24</sup>, parece prevalecer la idea de que la contratación electrónica es una especie de contratación a distancia. En tal sentido, el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, disurre sobre la idea de que el contrato electrónico con condiciones generales es una especie de contrato a distancia<sup>25</sup>, sin entrar eso sí, en un pronunciamiento de carácter dogmático sobre el punto. Por su parte, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 38.1 prescribe que se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza. 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 complejo<sup>26</sup>, dificultad que se origina en dos problemas principales.

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 (2000), Ob. cit., p. 578. LALAGUNA (1993), 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.).*”.

<sup>22</sup> GETE-ALONSO (2000), Ob. Cit., p. 578. Al respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS (1998), 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*”.

<sup>23</sup> Todo proceso comunicacional puede presentar interrupciones, pero pensamos junto con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS (1998), 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.

<sup>24</sup> Debemos recurrir a él para ilustrarnos, debido al poco desarrollo sobre el punto en nuestro país, no obstante, volver sobre nuestra realidad normativa y sacar las conclusiones que puedan obtenerse.

<sup>25</sup> Es así como el artículo 1.1 del citado Real Decreto dispone, al delimitar su ámbito de aplicación que: “*El presente Real Decreto 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, entendiendo por tales las definidas por la Ley 7/1996, de 13 de abril (RCL 1998, 960), y se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes en materia de firma electrónica contenidas en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de diciembre (RCL 1999, 2379)*”.

<sup>26</sup> En tal sentido GETE-ALONSO (2000), Ob. cit., p. 578.

El primero, se refiere a la naturaleza relativa que han adquirido en Internet las categorías filosófico jurídicas de tiempo y espacio<sup>27</sup>, a las que para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales<sup>28</sup>, 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 y que 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 afirmarse que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, de ahí a que se haya acuñado el concepto de *aldea global*.

El segundo problema se relaciona con el hecho de que el concepto <nuevas tecnologías de la información> engloba medios de comunicación muy diversos 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 que, en principio es asimilable a la comunicación por carta tradicional, sin embargo, el correo electrónico puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del

---

<sup>27</sup> Al respecto DE MIGUEL (2000), Ob. cit., p. 79, señala: “*El tiempo y el espacio adquieren 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...*”.

<sup>28</sup> 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 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*”, MATEU DE ROS, RAFAEL. 2000. “El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica”, en **Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital**, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 60.

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 da en el caso de la formación del consentimiento electrónico<sup>29</sup>.

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 cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes<sup>30</sup>, ello para los efectos previs-

<sup>29</sup> En tal sentido MATEU DE ROS (2000), 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 (2000), 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 (1999), Ob. cit., p. 437.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS (1998), 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 (2000), 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*

tos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico. Lo anterior, como regla general que admite excepciones en atención a las diversas características 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 comunicaciones existentes hasta antes de su aparición sino que, en ocasiones, constituyen un proceso comunicacional idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes<sup>31</sup>. Piénsese, o si no, en la comunicación por video conferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el principio 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 consentimiento<sup>32</sup>, 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 en la especie *entre presentes*<sup>33</sup>.

*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 fijada 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.

<sup>31</sup> En esa línea señala MATEU DE ROS (2000), 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 (2000), Ob. cit., p. 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".

<sup>32</sup> En tal sentido señalan CARRASCOSA, POZO, RODRÍGUEZ (1999), 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".

<sup>33</sup> 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 (2000), 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".

Para tal determinación, en principio, la telefonía IP<sup>34</sup> y la 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 hemos explicado que la telefonía IP aparentemente idéntica a la telefonía tradicional funciona sobre bases tecnológicas diferentes, ya que en la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones que las partes hacen –frases- 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 abierto<sup>35</sup>. Con todo, las interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso 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>*<sup>36</sup>.

La vídeo conferencia por Internet deberá recibir idéntica solución, toda vez que constituye una especie –mejorada- de comunicación telefónica<sup>37</sup>, en donde, como se sabe, además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen.

---

<sup>34</sup> INTERNET PROTOCOL, sistema de comunicación telefónica realizada vía Internet, por medio de al menos dos computadores.

<sup>35</sup> Ya explicamos, 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: “*Éste último (la telefónica tradicional) es un sistema de comunicación 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, pag. 49.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> DAVARA (1997), 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: “*habiéndola cuenta de que el medio empleado es el mismo y sólo varía, en mejora*”.

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 real<sup>38</sup>, esto es, exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibiéndose las respuestas a las interrogantes planteadas por las partes en cuestión de segundos en el otro extremo de la línea de comunicación. Es por eso, que consideramos conforma también un proceso fluido<sup>39</sup> de comunicación en el que las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la aceptación a una oferta contractual determinada, por lo que no se encuentran presentes 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 ausentes<sup>40</sup>, por tratarse de un proceso de comunicación sucesivo o interrumpido<sup>41</sup> ya que según es públicamente conocido pueden transcurrir horas o días hasta que

---

<sup>38</sup> En tal sentido **GARCÍA VIDAL**, al explicar en qué 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> En tal sentido **DAVARA** (1997), 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...*”.

<sup>41</sup> Al respecto **DE MIGUEL** (2000), 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**, 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*”, VATTIER FUENZALIDA, C. 1999. “En torno a los Contratos Electrónicos”, en **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Madrid, p. 86.

el mensaje de correo electrónico sea leído por su destinatario. Lo paradójico es que, si se aplica la teoría de la recepción<sup>42</sup> y la normas que hasta el momento han sido elaboradas especialmente para la contratación electrónica<sup>43</sup>, el perfeccionamiento del negocio se producirá, por regla general, en forma prácticamente instantánea<sup>44</sup>, ya que lo que se exigirá no es que el 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 ausentes<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> ROGEL (2001), Ob. cit., 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*”. 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 RUÍZ, CARLOS. 1998. **La Contratación Electrónica**. Madrid: Ed. Dykinson, p. 131. En igual sentido FERNÁNDEZ-ALBOR (2001), Ob. cit., p. 288 y PAZ-ARES, BERMEJO, SÁENZ (2001), Ob. cit., p. elec.

<sup>43</sup> El artículo 11.1 de la Directiva de Comunidad Europea 2000/31/CE 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.

<sup>44</sup> En ese sentido señala MATEU DE ROS (2000), 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*”.

<sup>45</sup> Si la Web sólo ofrece la posibilidad de establecer contacto vía correo electrónico deberemos aplicar entonces lo dicho para tal medio electrónico de comunicaciones.

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 no debe perderse de vista 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 fin<sup>46</sup>.

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, 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 se conforman 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 presentes<sup>47</sup>, 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

---

<sup>46</sup> MATEU DE ROS (2000), 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”.

<sup>47</sup> Sobre el particular decíamos: “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

de una especie contractual a distancia o entre personas ausentes<sup>48</sup>.

De todo lo expresado puede concluirse, respecto del tema de la caracterización del negocio jurídico electrónico según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes, que la nueva realidad 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 electrónica, realidad que seguramente en pocos años constituirá la forma normal y más generalizada de contratación<sup>49</sup>.

### Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico

Habiendo adelantado algo en lo relativo al momento de perfeccionamiento del contrato electrónico, cuando hemos intentado determinar si tal especie negocial se encuadraba dentro de los esquemas tradicionales elaborados para la contratación entre presentes o ausentes, corresponde entrar con exclusividad y profundidad al estudio de tal asunto, materia que constituye, por lo demás, una de las cuestiones más debatidas en la nueva temática contractual electrónica<sup>50</sup>.

Para la resolución del problema relativo a la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico debemos considerar, en primer lugar, la existencia de

---

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". PINOCHET OLAVE, RUPERTO. 2001. **Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor**. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 57.

<sup>48</sup> 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 español 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.

<sup>49</sup> En el sentido expresado MATEU DE ROS (2000), 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".

<sup>50</sup> En tal sentido PRADA (2001), Ob. cit., p. elec.: "El momento de perfección del contrato electrónico es una de las cuestiones más debatidas y que generan gran inseguridad, sobre todo para el consumidor, ya que puede dudar si es el momento del envío de la aceptación o el de la recepción de la misma. Tampoco está claro lo que significa

normas especiales sobre la materia, especialmente en Derecho comparado, ante la ausencia de regulación en el nuestro. Es así como la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico<sup>51</sup>, en su artículo 2. a) entiende por servicios de la sociedad de la información aquellos servicios en el sentido del apartado 2, del artículo 1, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, que concibe, a su vez, por *servicio* todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, *a distancia*, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

En todo caso debe decirse que la Directiva sobre Comercio Electrónico no se aplica a la regulación del ámbito exclusivamente civil ya que su considerando 18, delimita el concepto de servicio de la sociedad de la información señalando que las comunicaciones entre personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información<sup>52</sup> y, se entienden, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la misma.

---

*la acción de hacer «clic» en el icono de «aceptar», ya que puede tener un significado diferente para cada Estado miembro (aceptación de una oferta del prestador del servicio u oferta de contrato del cliente). Una parte puede considerar que el contrato ya se ha celebrado, y la otra, de acuerdo con su legislación, entender que aún no está vinculada por dicho contrato. Aquí lo importante no es la celeridad, sino la seguridad".*

<sup>51</sup> Debe advertirse que existe un vasto ámbito de aplicación no cubierto por la citada normativa, pues tal legislación ha sido formulada específicamente para el *comercio electrónico* y no en términos genéricos referidos a la contratación electrónica o, mejor, al negocio jurídico electrónico, materias propias estas últimas de la teoría general del Derecho común. En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, la citada Directiva sobre Comercio Electrónico excluye los contratos celebrados entre particulares, ya que al estar su objeto constituido por el comercio electrónico cuyo concepto clave es, en el lenguaje de la Directiva, el de servicio de sociedad de la información, delimita su campo de acción a las relaciones entre comerciantes –*business to business (b2b)* y *business to consumer (b2c)*– y entre comerciantes y consumidores.

<sup>52</sup> El considerando 18 de la Directiva sobre Comercio Electrónico explica el sentido de la noción de servicio de la sociedad de la información al señalar: "El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. La relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información". En relación a la exclusión de otras materias de carácter específico el artículo 1.4. de la Directiva dispone que ésta no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia en tanto que el artículo 1.5 excluye de su ámbito de aplicación: a) las materias de fiscalidad; b) las cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; c) las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles; d) las siguientes actividades de los servicios de la sociedad de la información; - las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, - la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales, - las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

## REGLAS GENERALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL NEGOCIO JURÍDICO ELECTRÓNICO

Según lo hasta ahora expresado, el criterio general que parece prevalecer en la doctrina respecto a las nuevas tecnologías es que, no importando la distancia física entre las partes, la contratación electrónica, en principio, debe ser considerada una especie o modalidad de contratación entre presentes.

Así las cosas, resulta que la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento en el negocio jurídico electrónico no presentará problemas, al menos en la mayoría de las hipótesis de contratación electrónica.

Siguiendo las reglas generales formuladas para la contratación entre presentes<sup>53</sup>, el consentimiento se entenderá perfeccionado en el mismo momento en que se emita la aceptación ya que éste será el instante en que conocerá la aceptación el oferente, coincidiendo, en consecuencia, las diferentes fases en que puede encontrarse la aceptación, nos referimos a las etapas de declaración, emisión, recepción y conocimiento<sup>54</sup>.

Respecto a las situaciones negociales electrónicas que son consideradas como una especie de contratación entre ausentes, básicamente el correo electrónico, lo cierto es, según hemos puesto de manifiesto, que la extraordinaria rapidez de la velocidad con que se desplazan las comunicaciones telemáticas minimiza las diferencias constatadas en el pasado entre personas distantes<sup>55</sup> haciendo, en los hechos, prácticamente inútil tal distinción, pues, en las hipótesis

---

<sup>53</sup> LALAGUNA (1993), 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”.

<sup>54</sup> Al respecto señala MARTÍNEZ GALLEGO (2000), 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”. También se manifiestan en una línea similar SANZ (2001), Ob. cit., p. 653 y FERNÁNDEZ (2001), Ob. cit., p. 42, para el ámbito específico de la contratación en Internet.

<sup>55</sup> Lo cierto es, que la extraordinaria celeridad con que en las comunicaciones electrónicas es emitida y recibida la aceptación ha llevado a algunos autores, con fundamento, a dudar de la calificación del correo electrónico como una especie de contratación entre ausentes, en tal sentido ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (1992), Ob. cit., p. 1.022 sostiene refiriéndose a la determinación de momento de formación del contrato electrónico: “en la actualidad, la

de contratación electrónica, el momento de la declaración o emisión coincidirá, en la gran mayoría de los casos, con el de la recepción<sup>56</sup>, o al menos, la diferencia entre ambos momentos no podrá ser considerada un espacio de tiempo jurídicamente relevante, por lo que será perfectamente posible calificar casuísticamente algunos procesos negociales, aun por correo electrónico, como instantáneos y, por lo tanto, entre presentes.

Sin perjuicio de lo antes señalado, y considerando la posibilidad de que en el correo electrónico pueda transcurrir un lapso jurídicamente relevante de tiempo entre la aceptación y el conocimiento o recepción de la misma por el oferente, parte de la doctrina se inclina por considerar tal clase de contratación como un proceso negocial sucesivo o interrumpido y, por tanto, entre ausentes debiendo tal situación ser resuelta, según hemos dicho afirma mayoritariamente la doctrina nacional, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 98 del Código de Comercio, disposición que, según lo dicho, parece adscribirse originariamente a la teoría de la declaración.

Tal teoría no sólo no es buena en el ámbito del comercio electrónico sino que en el Derecho europeo ha sido paulatinamente reemplazada –según hemos dicho- primero, por la teoría del conocimiento y, luego, por la teoría de la recepción. Según lo expresado anteriormente, la teoría de la declaración se crítica por que no reconoce el carácter receptivo que debe asignársele a las declaraciones contractuales y porque no se considera justo el oferente quede vinculado por un declaración que ignora por completo.

En el caso particular del correo electrónico el instante de la declaración será el momento

---

*emisión de la respuesta y su conocimiento por el oferente se nos representan como actos simultáneos en el tiempo*". Sin embargo, se debe advertir que tal autor no llega a pronunciarse sobre la calificación de esta especie de contratación e incluso considera en el mismo párrafo como aplicable a las hipótesis de contratación electrónica el párrafo 2 del artículo 1.262 que se refiere, como se sabe, a la contratación entre ausentes. VATTIER (1999), Ob. cit., p. 86 y siguientes aborda el problema y estima –en contra de lo por nosotros investigado– 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". En un sentido contrario se pronuncia ROGEL (2001), Ob. cit., p. elec., cuando afirma: "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".

<sup>56</sup> En el ámbito específico de la contratación electrónica según expresa PRADA (2001), Ob. cit., p. elec., al igual que en las demás especies negociales adscritas al Derecho común, también: "parece lógico entender que el contrato se perfecciona en el momento que la aceptación llega al buzón del oferente (del que hace la oferta), sin necesidad de que éste tenga un conocimiento expreso de la misma, pauta que se corresponde con la teoría del conocimiento de la aceptación por parte del oferente, corregida doctrinal y jurisprudencialmente por la teoría de la recepción (art. 1262 del C.C.) en base al momento de la perfección del contrato".

en que el mensaje de correo electrónico sea enviado por el servidor de la cuenta de correo electrónico del aceptante, difiriendo, tal instante con el de recepción del servidor del correo electrónico del oferente por un intervalo insignificante de tiempo<sup>57</sup> haciendo de escaso valor práctico, aún en este caso, la aplicación de las reglas generales relativas a la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

## **REGLAS ESPECÍFICAS CONTENIDAS EN LA NORMATIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO PARA LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO**

En este punto seguiremos recurriendo para el análisis al Derecho europeo, toda vez que nuestra Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica -siguiendo nuestra vocación nacional de ignorar tan importante materia- no contiene disposiciones que puedan aplicarse al particular.

Sobre el punto y, como decimos, en el ámbito propio de aplicación de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, su artículo 11.1, en lo que la Directiva denomina en su lenguaje mercantil *<acuse de recibo>*, prescribe que el prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica<sup>58</sup>, y que se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen hayan podido tener acceso a los mismos, optando la mencionada Directiva por una solución que puede ser adscrita dentro de la teoría de la recepción<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Destacando la pérdida de importancia del concepto tiempo en la contratación electrónica CAVANILLAS (1996), Ob. cit., p. 271, sostiene: "El tiempo..., es importante cuando la aceptación ha de viajar por correo, pero desaparece cuando se emplean técnicas telemáticas que hacen que la emisión y la recepción puedan producirse en <tiempo real>. Así el aceptante puede iniciar inmediatamente el cumplimiento del contrato, gracias a las nuevas tecnologías, sin necesidad de que se adopte la llamada teoría de la emisión".

<sup>58</sup> Esta obligación no rige los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente según lo prescrito en el apartado 3 del mismo artículo 11.

<sup>59</sup> La génesis del artículo 11, de la Directiva ha sido accidentada, ya que ha debido enfrentar diversas propuestas de redacción fruto de las diferencias de criterios entre los Estados miembros en lo relativo al instante y, a los pasos previos necesarios para entender perfeccionado el contrato realizado vía electrónica. La primera redacción del citado artículo, modificada posteriormente por el Parlamento en su enmienda 42 de la propuesta de Directiva, pretendía armonizar el momento de la conclusión del contrato celebrado por medios electrónicos exigiendo un sistema de doble acuse de recibo. El sistema fue simplificado por la mencionada enmienda 42 del Parlamento Europeo, en el sentido de que el contrato debería considerarse concluido cuando el prestador de servicios hubiera enviado el acuse de recibo de la aceptación del receptor. Este nuevo sistema eliminó el último acuse de recibo que debía hacer el destinatario del servicio –usuario–, suponiendo concluido el contrato con el acuse de recibo que el prestador debe hacer del pedido del cliente. El sistema originalmente propuesto, si bien ganaba en seguridad jurídica, hacia más lento y complejo el proceso de negociación, pareciendo más adecuado el sistema simplificado por el cual finalmente se ha optado.

Sin embargo, no todos los autores consideran adecuada la forma en que ha resuelto el problema de la perfección del negocio la Directiva sobre Comercio Electrónico, ya que, siendo el último acuse de recibo de resorte exclusivo del prestador de servicios, se considera que éste podría no hacerlo con el sólo objeto de evitar un contrato que se ha vuelto inconveniente para sus intereses<sup>60</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que no puede estimarse que la falta de acuse de recibo permita, en el caso que el oferente haya recibido la aceptación, sostener que la infracción a tal deber impide la perfección del contrato. Ello porque si bien la Directiva discurre sobre ideas parecidas a las del perfeccionamiento del contrato, durante el proceso de formación del mencionado artículo 11, se cambió expresamente la terminología que tenía relación con el perfeccionamiento del contrato para dejar establecido que no se pretendía alterar las reglas existentes sobre la formación del contrato electrónico<sup>61</sup>, por lo que en el caso español, mientras no entre en vigor la Ley de Comercio Electrónico, deberán recibir aplicación en sus respectivos ámbitos las reglas contenidas tanto en el Código civil como en el Código de comercio sobre la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato y, por tanto, habiendo recibido la aceptación el prestador de servicios deberá en el ámbito civil considerarse perfeccionado el negocio jurídico, ello no obstante, pueda imponerse al prestador que no ha cumplido su deber de acusar recibo otra clase de sanción.

## EL NEGOCIO JURÍDICO INTERNACIONAL ELECTRÓNICO Y LAS REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE SU PERFECCIONAMIENTO

En el ámbito de la contratación Internacional, la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías prescribe 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**.

---

<sup>60</sup> En tal sentido CLEMENTE (2000), Ob. cit., p. 80, señala: “La Propuesta modificada de Directiva opta por el criterio de la recepción, pero no de la aceptación, sino del acuse de recibo de la aceptación que ha de remitir el oferente, con lo que la perfección del contrato queda a la voluntad de éste. El oferente puede revocar su oferta incluso después de haber conocido la aceptación de la contraparte, pues le basta con no acusar recibo de la misma para que el contrato no llegue a perfeccionarse. Lo cual no deja de producir perplejidad y suponer un evidente desequilibrio entre las partes contratantes”.

<sup>61</sup> En tal sentido señala GARCÍA MAS: “Posteriormente, 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 inmiserir 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. Por ello en el Texto de la Posición Común, se llegó a una solución menos comprometida, más ambigua que no entraba de lleno en la auténtica fase contractual, sino más bien en la fase anterior preliminar, y creo que esta solución ha sido acertada”, GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, La Contratación Electrónica: la firma digital y el documento electrónico, en Notariado y Contratación Electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. elec.

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.

Como puede apreciarse el artículo 18.2 de la Convención de Viena ha optado por el criterio vinculado a la *recepcción* de la aceptación por parte del oferente para la determinación del momento de perfección del contrato.

El criterio seguido por la Convención de Viena sobre compraventa Internacional corresponde a la tendencia “*de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como norteamericanos*”<sup>62</sup>, circunstancia que queda confirmada en el artículo 2:205 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en el que bajo el epígrafe de: “*Time of Conclusion of the Contract*”, se señala en su apartado 1º que, si una aceptación ha sido enviada por el destinatario de la oferta se concluye el contrato cuando la aceptación llega al oferente<sup>63</sup>.

En una línea similar, en los principios de UNIDROIT se dispone en su artículo 1.9 que: “*la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien va dirigida*” y, “*se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal*”<sup>64</sup>, acogiéndose, por tanto, también el criterio conceptualizado como teoría de la recepción.

## ALGUNAS CONCLUSIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL NEGOCIO JURÍDICO ELECTRÓNICO

---

<sup>62</sup> CAVANILLAS (1996), Ob. cit., p. 271.

<sup>63</sup> El texto original del artículo citado es el siguiente: “*Article 2:205 (ex art. 5.205): Time of Conclusion of the Contract*”.

- (1) *If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.*
- (2) *In case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.*
- (3) *If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by performing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the performance of the act begins.*

<sup>64</sup> En su versión original en inglés el citado artículo prescribe: “*ARTICLE 1.9 (Notice)*”

- (1) *Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances.*
- (2) *A notice is effective when it reaches the person to whom it is given.*
- (3) *For the purpose of paragraph (2) a notice “reaches” a person when given to that person orally or delivered at that person’s place of business or mailing address.*
- (4) *For the purpose of this article “notice” includes a declaration, demand, request or any other communication of intention”.*

La aplicación de las reglas clásicas a la determinación del momento de perfección del negocio jurídico electrónico genera una buena dosis de problemas, sobre todo si tal labor se realiza a partir de los parámetros clásicos para la contratación entre presentes o ausentes criterios que, según hemos dicho hoy se encuentran en franca obsolescencia.

Sin embargo, si se realiza el esfuerzo de intentar determinar el momento de perfección del consentimiento electrónico a través del empleo de los principios tradicionales, puede afirmarse que la gran mayoría, por no decir la casi totalidad, de los medios electrónicos de transmisión de la voluntad pueden ser **considerados** una especie de contratación *<entre presentes>*, por constituir procesos inmediatos de formación del consentimiento en los que no es posible apreciar espacios de tiempo jurídicamente relevantes que aconsejen aplicar a tales procesos negociales la reglas formuladas antaño para la contratación entre personas distantes, ello aunque las partes en la contratación electrónica se encuentren a miles de kilómetros de distancia, circunstancia que evidencia la incongruencia de la concepción clásica de las categorías tiempo y espacio cuando son aplicadas a la realidad conformada por la formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información.

Asimismo, es posible sostener que la características particulares de la transmisión electrónica de la voluntad, especialmente su extraordinaria rapidez, han relativizado y modificado sustancialmente las consideraciones doctrinarias efectuadas hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías referidas al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico entre personas distantes, vertidas esencialmente en las denominadas teorías de la emisión, del conocimiento y la recepción<sup>65</sup>.

En el sentido aludido, se puede afirmar que hoy es prácticamente insignificante el tiempo que media entre la emisión y la recepción de una comunicación electrónica anulando, en la práctica, el que era el elemento determinante en el pasado para discriminar las diversas consecuencias que podía producir el optar por las señaladas teorías de la declaración, de la emisión, de la recepción o del conocimiento. Así, se afirmaba que la teoría de la emisión era aconsejable en el ámbito del comercio, pues, su rapidez era compatible con la celeridad que exigen las transacciones comerciales, aspecto que hoy, repetimos, es irrelevante por cuanto la recepción del mensaje electrónico se produce prácticamente en el mismo instante que en el de su emisión.

---

<sup>65</sup> Si bien es cierto que además de las denominadas teorías de la declaración o emisión, de la expedición y de la recepción la doctrina distingue también aquella denominada del conocimiento, sólo las primeras conservan verdadero interés dogmático, pues la última han sido progresivamente desestimada por la doctrina en atención a los graves inconvenientes que presenta. La línea exegética que se ha seguido en la interpretación del artículo 1.262 del Código civil, relativo al reemplazo de la teoría del conocimiento por la teoría de la recepción, a la que hemos hecho referencia expresa, es una buena prueba de ello.

Quizás, debido a las mínimas diferencias técnicas que en la actualidad pueden percibirse entre el momento del perfeccionamiento del negocio jurídico según la teoría de la emisión y de la recepción, es que el criterio del redactor de la Ley española sobre Comercio Electrónico fue vacilante<sup>66</sup>, abandonando acertadamente el criterio de la teoría de la emisión<sup>67</sup> y optando definitivamente por una solución parecida a la de la teoría de recepción, en concordancia con la tendencia doctrinal mayoritaria<sup>68</sup> y la normativa de carácter internacional que acoge mayoritariamente tal teoría<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> En la versión de 30 de abril de 2001, del Anteproyecto de Ley sobre Comercio Electrónico, se optaba por la teoría de la emisión, criterio que finalmente fue abandonado a favor del de la teoría de la recepción.

<sup>67</sup> Si bien era concordante lo prescrito en el Código de Comercio, consideramos errado el criterio por el que en su momento optó el redactor del Anteproyecto de Ley sobre Comercio Electrónico al acoger la teoría de la emisión en atención a los siguientes argumentos:

- 1º No se ve razón que aconseje abandonar el criterio seguido por la legislación de carácter internacional y el contenido en los proyectos de unificación del Derecho europeo de contratos, máxime si se considera la marcada tendencia de globalización del Derecho privado, tendencia que se demuestra, entre otras circunstancias, por la decidida voluntad europea de unificación del Derecho de contratos.
- 2º La diferencia entre el momento de la emisión y de la recepción es irrelevante jurídicamente debido a la extraordinaria rapidez de las comunicaciones electrónicas, por lo que la celeridad con que se perfecciona el negocio jurídico en ambas hipótesis es prácticamente la misma.
- 3º Debido a las mismas características de las comunicaciones electrónicas es que las debilidades destacadas por la doctrina antaño asociadas a la teoría de la recepción, principalmente la circunstancia de que el oferente puede ignorar la recepción, hecho puramente material, así como la circunstancia de que la recepción no equivale a conocimiento de la declaración de voluntad recepticia, se han visto superadas o al menos minimizadas hasta niveles que hacen tales reparos hoy de muy poca relevancia. En tal sentido, se puede afirmar que el primero de los problemas puede solucionarse fácilmente a través de los acuses de recibos automáticos que pueden realizar los computadores respecto de cualquier comunicación recibida, si están para ello programados. De esa manera el interesado podrá asegurarse que la recepción ha sido recibida por el oferente pudiendo, en caso de no recibir la confirmación dentro de un plazo prudente, requerir mediante una nueva comunicación la confirmación de la misma. La segunda debilidad constatada en la teoría de la recepción, referida al efectivo conocimiento de la aceptación, es un elemento de la esencia de la teoría de la recepción la cual, según hemos dicho, radica en la teoría de la responsabilidad el deber que el oferente tiene de actuar diligentemente y revisar, en consecuencia, con cierta periodicidad la correspondencia llegada a su órbita de conocimiento. Tal criterio mantiene incólume su vigencia en la realidad electrónica.
- 4º Adicionalmente a las razones expuestas, conviene destacar las dificultades de prueba que genera la teoría de la emisión, aspecto en el cual resulta más aconsejable la teoría de la recepción.
- 5º Por último, siendo prácticamente idéntico el instante de la emisión y la recepción en las declaraciones de voluntad emitidas por medios telemáticos o, al menos, no existiendo intervalos de tiempo jurídicamente significativos, es factible sostener que la teoría de la emisión despojada de su principal ventaja –la celeridad en el perfeccionamiento del negocio- y, consecuentemente, la teoría de la recepción de su principal desventaja –el retardo en la formación del consentimiento-, no se observan razones de peso que desaconsejen la exigencia de que todas las partes del contrato puedan conocer la aceptación de la oferta –a través de la teoría de la recepción- para entender perfeccionado el negocio jurídico.

<sup>68</sup> En tal sentido CAVANILLAS (1996), Ob. cit., p. 271, destaca que la tendencia doctrinaria es: “*la adopción de la teoría de la recepción, liberada ya de todos sus inconvenientes*”.

<sup>69</sup> En tal sentido CAVANILLAS (1996), Ob. cit., p. 271: “*no es casualidad que varios de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como norteamericanos, se inclinan por la adopción de la teoría de la*

No obstante, puedan considerarse anacrónicas nuestras reglas aplicables a la formación del consentimiento, en definitiva, en el caso de formación del consentimiento electrónico tal situación no tendrá mayor efecto, por todas las razones dichas y eso en el caso de que se llegue a la conclusión de que la negociación por correo electrónico es una forma de contratación entre ausentes ya que, en una postura que compartimos, creemos más bien que todas las hipótesis de formación del consentimiento electrónico deben encuadrarse dentro de lo que antaño se conoció como la contratación entre presentes, pues consideramos la contratación electrónica una especie de contratación **verdaderamente entre presentes**, si se quiere una presencia virtual, pero una presencia al fin<sup>70</sup>.

Finalmente, y para el caso de que en nuestro país se decidiera legislar sobre la formación del consentimiento en general o del consentimiento electrónico, creemos manifiesta la necesidad -siguiendo las claras tendencias de globalización mundial- de adscribirse a la teoría de la recepción, adoptada por los principales proyectos de unificación del Derecho privado y considerada, también por la doctrina muy mayoritaria, como la teoría que ofrece más ventajas desde el punto de vista lógico y de la seguridad jurídica<sup>71</sup>.

---

*recepción*". Asimismo ROGEL (2001), Ob. cit., p. elec., señala: "Recepción. Digamos, desde ahora, que es la tesis más aplaudida por la doctrina, siendo predicada, por cuanto me resulta y a mayor abundamiento, en la Convención de Viena sobre compraventa internacional e integrada en los principios predicados por UNIDROIT".

<sup>70</sup> MATEU DE ROS (2000), 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".

<sup>71</sup> CAVANILLAS (1996), Ob. cit., p. 271.