

**LOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA
CONTRATACIÓN CON DECLARACIONES
DE VOLUNTAD NO SIMULTÁNEAS:
UN ANÁLISIS DESDE EL PUNTO
DE VISTA DE LA EVOLUCIÓN DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL***

**THE CHANGES PRODUCED IN THE
PROCUREMENT WITH NON SIMULTANEOUS
DECLARATIONS OF WILL: AN ANALYSIS
FROM THE PERSPECTIVE OF THE
EVOLUTION ON SPANISH LAW**

*Francisco Javier Pérez-Serrabona González***

*Fecha de recepción: 22 de octubre de 2013
Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2013
Disponible en línea: 30 de junio de 2014*

Para citar este artículo / To cite this article

Francisco Javier Pérez-Serrabona González, *Los cambios producidos en la contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas: Un análisis desde el punto de vista de la evolución del ordenamiento jurídico español*, 128 *Vniversitas* (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.cpcd>

doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cpcd

-
- * El presente artículo es fruto de las investigaciones realizadas en el seno del proyecto de investigación al cual pertenece el autor.
- ** Profesor de derecho mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España). Especialista y Magíster Oficial en Derecho de los Negocios (Universidad de Granada) y Magíster en Asesoría Jurídica de Empresas (Ilustre Colegio de Abogados de Granada). Abogado e investigador permanente del grupo de investigación de la Universidad de Granada "El derecho mercantil y su proceso de reforma. Nuevas tecnologías y derecho mercantil". Correo electrónico: jpsgonzalez@ugr.es

RESUMEN

La evolución de la realidad social ha hecho que los contratos en los que hay inmediatez entre las declaraciones de voluntad coexistan con otros contratos realizados con declaraciones de voluntad no simultáneos e incluso que estos alcancen una gran importancia práctica, cuyo principal problema hace necesario un marco jurídico que introduzca elementos suficientes para dar seguridad, integridad y protección de intereses a las partes no presentes. Este artículo describe cómo se perfeccionan este tipo de contratos entre ausentes, ahondando en su regulación jurídica española, exponiendo las soluciones que el derecho comparado hace de la misma y concluyendo finalmente con la propuesta de modernización que del derecho contractual europeo se espera en un futuro.

Palabras clave: contratación entre ausentes; perfección; aceptación; oferente

ABSTRACT

For the evolution of social reality, the contracts characterized by the immediacy between the declarations of will coexist with other contracts realized with no simultaneous declarations of will and reach a great practical importance. The main problem of these contracts is the need of a legal framework that introduces sufficient elements to provide security, integrity and the protection of the interests of the parties when they are not present. In this regard, this article describes how this type of contract between absents become perfect, focusing into Spanish legal regulation, exposing the solutions that comparative law presents and finally concluding with the proposal of Modernization of the European contractual Law that is expected in the future.

Keywords: procurement; perfection; acceptance; offerer

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I.- FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.- II.- REGULACIÓN JURÍDICA.- III.- PERFECCIÓN DEL CONTRATO. *A.- Artículo 54 del Código de Comercio. B.- Artículo 1262 del Código Civil.* IV.- LA REFORMA DE AMBOS CÓDIGOS POR LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *A.- Solución legal: la teoría de la cognición atemperada.* V.- SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO. *A.- La perfección del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM), en los Principios Ünidroit y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PEDEC).*- CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad son varias las normas que recogen en sus preceptos definiciones de ventas a distancia, coincidiendo todas ellas en que lo característico es la no presencia física simultánea de los contratantes y la utilización de medios que hacen posible la emisión a distancia de las declaraciones de voluntad del comprador y del vendedor para la celebración del contrato¹. Pero tal vez sea en la norma comunitaria (artículo 2.1 de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia) donde con mayor acierto se define el contrato a distancia, al describirlo como *“todo contrato entre proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”*. Para dar el alcance que le corresponde a esta definición, en los siguientes apartados del precepto se precisa lo que hay que entender por consumidor, por proveedor, por técnicas de comunicación a distancia y por operador de técnicas de comunicación a distancia.

De esta definición conviene destacar, por un lado, que el ámbito de aplicación de la Directiva se extiende no solo a los contratos de venta a distancia de productos, sino también a los de prestación de servicios, y por otro, que la Directiva es inaplicable cuando la

1 En este sentido, las legislaciones autonómicas han sido las primeras que han aportado un concepto sobre la venta a distancia, teniendo en cuenta que la no atribución en el artículo 149.1 de la CE de competencias exclusivas al Estado en materia de defensa de consumidores y usuarios ha favorecido que las Comunidades Autónomas españolas hayan asumido competencias exclusivas en esa materia en sus respectivos estatutos de autonomía. La gran mayoría ha legislado sobre esta materia, a título de ejemplo cabe citar: La Ley Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales (arts. 23 y ss.); Ley Gallega 13/2010, de 17 de diciembre, de Ordenación del Comercio Interior de Galicia (arts. 56 y ss.); Ley Aragonesa 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en la Comunidad Autónoma de Aragón (arts. 31 y ss.); Decreto Legislativo Catalán 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre comercio interior que refunde las normas de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre (arts. 26 y ss.) entre otras. Por otro lado, el legislador estatal dicta la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y es concretamente en su artículo 38 donde nos da un concepto de ventas a distancia, posteriormente modificado por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, de reforma de la anterior, y la posterior Ley de 1/2010, de 1 de marzo, de Ordenación del Comercio Minorista; y ya en el ámbito europeo es la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, la que se ocupa del tema.

incitación para contratar procede del comprador. Si bien no todos los contratos a distancia se encuentran sometidos a la disciplina de la Directiva, el texto contempla en su artículo 3, apartados 1 y 2, dos grados de exclusión: 1) Hay contratos que escapan totalmente de la aplicación de la Directiva (contratos que se refieran a los servicios financieros enumerados en el Anexo II; contratos celebrados mediante distribuidores automáticos; mediante operadores de telecomunicación; contratos celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles, ni los que se refieran a otro derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arriendo; los celebrados en subasta), y otros 2) que están exentos de cumplir con la mayor parte de las normas protectoras de los consumidores: información previa, confirmación escrita de información, derecho de resolución y plazo máximo de ejecución (contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su lugar de residencia o en su lugar de trabajo; contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto)².

Han sido varios los criterios que se han seguido para calificar como especiales las compraventas. Así, Uría, Menéndez y Vergez distinguen según el lugar de celebración o el lugar de entrega, en razón de la determinación del objeto vendido, en razón a que se difiere el pago del precio o las prestaciones de ambas partes contratantes, por la cuantía del precio como instrumento de publicidad y promoción³. Vicent Chulia, llamándolas “*compraventas empresariales especiales*”, señala algunos tipos que presentan cierta peculiaridad que las distinguen del régimen general civil o mercantil, constituyendo unas veces modalidades de la compraventa mercantil; por la prestación del consentimiento, por el lugar de celebración, por las modalidades de la puesta a disposición, por las modalidades de pago del precio, y otras veces ventas empresariales civiles, venta

2 Vid. J. Juste Mencía, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997*, 1626 *La Ley*, (1997).

3 En este sentido vid. M. Vergez, *Compraventas especiales y contratos afines a la compraventa*, en Uría-Menéndez, *Curso de derecho mercantil II*, 65-79 (2012).

realizada en tienda o establecimiento abierto al público, fuera de establecimiento mercantil, venta a plazos de bienes muebles, ventas especiales o agresivas⁴. Otros muchos autores también han venido apuntando diferentes criterios para clasificar las compraventas que presentan alguna peculiaridad que las hace singulares frente al régimen general⁵.

En todo caso, la gran mayoría de los autores distingue las ventas según el proceso de formación del contrato, o más específicamente, por la formación del consentimiento en los contratantes y el conocimiento de sus voluntades respectivas por los mismos.

El profundo cambio que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto en el ámbito de la contratación, por ejemplo en la contratación electrónica y a través de redes de telecomunicación, hacen necesaria una credibilidad, una confianza⁶ (está, se convierte en un concepto tan amplio y uniforme, que las diferentes disciplinas científicas la contemplan desde diversas perspectivas, si bien es claro que las raíces de la misma se hunden en los modernos mercados de la información, en la abundancia de información⁷), y una imprescindible protección especial de los intereses de los consumidores en las distintas fases de la misma, con el fin de paliar los nuevos problemas que se generan.

Así, nuestra Carta Magna de 1978 (Constitución Española), desarrolla en su artículo 51 un mandato constitucional de protección de los consumidores y usuarios, donde se reconoce, por un importante sector de la doctrina, un principio general del derecho

4 Vid. F. Vicent Chulia, *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch, 1594-1599 (2012).

5 Entre otros E. Seco Caro, *Compraventas especiales y contratos afines en derecho mercantil*, en G. J. Jiménez Sánchez, coord., *Derecho mercantil*, II, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 339-345 (2010).

6 Y en este contexto, igualmente la Unión Europea ha percibido también en su Agenda Digital para Europa, la función crucial de la confianza en la red para facilitar las transacciones electrónicas e impulsar el desarrollo económico. La adopción de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, Bruselas, 4/06/2012, COM (2012) 238 Final, 2012/0146 (COD), incorpora igualmente a su vez la noción “servicios de confianza” y confirma la necesidad de mejorar el marco normativo regulador de los servicios de identificación electrónicos y de servicios de confianza conexos esenciales y dotar su prestación de reglas de conocimiento y aceptación mutuos a nivel de la Unión Europea para atenuar la fragmentación del mercado. La referencia expresa a los “servicios de confianza” y el reconocimiento de su función crucial para el desarrollo del mercado electrónico refuerzan nuestro planteamiento sobre la generación de confianza como estadio crítico en la evolución de la protección de los consumidores y usuarios.

7 B. O’Neill, *Trust in the information society*, 28 *Computer Law Security Review*, 551-559 (2012).

privado español a favor del consumidor. Este precepto acoge los denominados derechos fundamentales del consumidor, que posteriormente tienen un desarrollo legislativo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU)⁸. No obstante, al analizar estas ventas conviene advertir que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹, ha tenido una incidencia importante sobre la regulación de la ley.

Efectivamente el Texto Refundido, al ofrecer una regulación propia de los contratos a distancia celebrados con consumidores, no solo ha derogado los preceptos de la ley que hacían referencia expresa a los consumidores, sino que al excluir de ella las ventas a distancia celebradas con consumidores ha eliminado en buena medida el sentido de la regulación protectora que en ella se establece, que ha dejado de ser imperativa en el sentido de lo que disponía su artículo 48¹⁰.

En cualquier caso continúa estando claro también que al regular este tipo de ventas no se está pensando en una contratación realizada a través de actos aislados o esporádicos; lo que se está disciplinando más bien en nuestra opinión, son las ventas a distancia como sistema de contratación organizado por el vendedor para promover la venta de sus productos, en el que se da cierta forma de “agresión” comercial sobre los compradores.

8 Ley 16/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, publicada en boe No. 176, de 24 de julio de 1984, vigente hasta el 1º de diciembre de 2007. Y su posterior reforma en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, publicado en boe núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

9 Este Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cumple con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios que habilita al gobierno para que, en el plazo doce meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Para la identificación de las normas objeto de refundición se ha considerado el listado del anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que identifica las disposiciones comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, y, en consecuencia, las normas de transposición respecto de las cuales debe examinarse la procedencia de su incorporación al texto refundido.

10 Hoy en día derogado, en el que se consagraba la irrenunciabilidad de los derechos que la ley concedía a los consumidores.

Por lo tanto, se explican así no solo las normas que regulan estos contratos, sino el marco en el que se desarrolla este tipo de contratación, de manera que en todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial, siendo necesario para su envío el consentimiento previo de la parte a la que se dirige si se utiliza un sistema automatizado de comunicación, y ofreciéndose además al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas; así como también el sometimiento de esta actividad a determinado tipo de control, en relación con lo cual cabe decir que queda sometida en otro momento a autorización¹¹.

En la contratación a distancia, la difusión de la oferta al consumidor se realiza mediante una técnica de comunicación a distancia, y el consumidor la acepta, bien utilizando el mismo medio de comunicación u otro con eficacia similar. El Anexo I de la Directiva 97/7/CE, proporciona una lista indicativa de técnicas a utilizar, donde se pueden diferenciar, por una parte, aquellos medios que tienen como soporte la distribución escrita o la vía postal, y por otra aquellos que utilizan técnicas más modernas que operan a través de medios telemáticos y redes de telecomunicación. Entre los primeros cabe incluir el impreso sin destinatario, el impreso con destinatario, la carta normalizada, la publicidad en prensa con cupón de pedido y el catálogo; entre los segundos hay que mencionar el teléfono con intervención humana, el teléfono sin intervención humana (llamadas automáticas, audiotexto), radio visiófono (teléfono con imagen), videotexto (microordenador, pantalla de televisión), correo electrónico, fax, televisión; no obstante, la enumeración de estas técnicas es meramente enunciativa, dado que la evolución de las mismas no permite establecer una lista exhaustiva. Estas técnicas dan lugar a distintas categorías contractuales: contratos por correo, contratos por teléfono, contratos por televisión, contratos por radio y contratos mediante uso de instrumentos informáticos o telemático.

11 De acuerdo con la modificación introducida por la Ley del Comercio Minorista 1/2010, de 1º de marzo, a lo que queda sometida hoy día es a la obligación que se impone a las empresas que practican ventas a distancia a comunicar en el plazo de tres meses el inicio de su actividad al registro de ventas a distancia de la comunidad autónoma en la que se desarrolla dicha actividad.

A pesar de esta diversidad de medios la ley ha optado por regular de manera uniforme todas las ventas que se realizan por estos procedimientos; sin embargo, lo cierto es que se plantean cuestiones muy diferentes según sea la naturaleza de la técnica utilizada, pues no es lo mismo utilizar una técnica de comunicación escrita¹², que una técnica mucho más moderna como puede ser la contratación por internet o por teléfono, donde por ejemplo los problemas de prueba se dificultan¹³.

La utilización de técnicas de comunicación a distancia está sujeta a límites (artículo 4.2 de la Directiva 97/7/CE). El empresario que utilice habitualmente estas técnicas deberá, por un lado, observar un comportamiento que resulte conforme a las exigencias de la buena fe en materia de transacciones comerciales, y por otro, la selección de las mismas se hará en razón de las personas de sus destinatarios; con ello se pretende proteger a los consumidores con una capacidad de discernimiento inferior a la normal, como es el caso de los menores¹⁴.

I. FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

Que un contrato se puede celebrar entre personas distantes a través de cualquier medio que pueda transmitir su voluntad, es evidente. Si los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (artículo 1.258 Código Civil español)¹⁵ y son obligatorios, cualquiera que

12 Vid. M. Calvo San José, *La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia*, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 31 (2001).

13 Destacamos como ejemplo la polémica publicidad que protagonizó Tripadvisor asegurando que ofrecía “*recomendaciones fiables para viajeros reales*” sin que en la práctica empleara ningún tipo de medida para asegurar esta exactitud y credibilidad fuera calificada de engañosa. Esta la podemos encontrar en la agencia británica de regulación y control de la publicidad (*ASA-Advertising Standards Authority*) en respuesta de 1º de febrero de 2012 a las quejas presentadas con referencia A11-166867. La resolución se encuentra disponible en http://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2012/2/TripAdvisor-LLC/SHP_ADJ_166867.aspx (recuperado el 05 de febrero de 2013).

14 Cfr. J. J. Marín López, *Ordenación del comercio minorista. Comentario a los artículos 38 a 48*, en *AA. VV.*, 280-299, Barcelona (1996).

15 Dicho artículo impone a los contratantes no solo el cumplimiento de lo expresamente pactado sino también las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, de suerte que solo una alteración sobrevenida y verdaderamente extraordinaria de las circunstancias contempladas al celebrarse el contrato justificaría la siempre excepcional modificación de su contenido por la denominada cláusula *rebús sic stantibus* (sts 26-06-08, 25-01-07 y 17-11-00 entre otras muchas), ninguna duda cabe de que la demandada recurrida en dichas sentencias, al dejar por completo de encargar servicios al actor-recurrente estando vigente el contrato, incumplirá su prestación esencial para con dicho contratante (19 de febrero de

sea la forma en que se hayan es celebrado (artículo 1278 Código Civil español)¹⁶, bastará para cualquier medio de comunicación, que permita transmitir y conocer fiablemente las declaraciones de voluntad.

Estas particularidades han servido para distinguir, como otro criterio clasificador de las ventas, las que, realizadas a través de instrumentos que facilitan el cambio o de procedimientos especiales de formación del consentimiento, han recibido un tratamiento especial en nuestro derecho, y que en concreto algunas de ellas han sido reguladas como ventas especiales en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Para todas ellas, además de establecer normas específicas, se establece en dicha ley que los comerciantes que realicen cualquiera de estas, deberán ser autorizados por la respectiva comunidad autónoma y figurar inscritos en los registros que puedan establecer las mismas a tal efecto¹⁷. Tales ventas son las llamadas ventas automáticas, ventas en pública subasta y ventas a distancia.

Se suele distinguir al tratar la formación del contrato entre la contratación entre presentes y la contratación entre ausentes o personas distantes. La contratación entre presentes es la que llevan a cabo personas que se hallan en el mismo lugar, y en cambio en la contratación a distancia las personas se hallan situadas en lugares diferentes. Por lo tanto, mientras que los contratos entre presentes se caracterizan por la inmediatez de la aceptación con respecto a la oferta, en los contratos genéricamente llamados a distancia existe (al menos en principio y para delimitar estas dos categorías sin perjuicio de las matizaciones que se realizarán más adelante), un lapso de tiempo entre el envío de la declaración de voluntad y su recepción por el destinatario y por consiguiente entre la oferta y la

2010, rec.2411/2005, La Ley 3092/2010).

16 Como dice la STS de 30 de mayo de 1983 (y se mantiene inalterado en el vigente Código Civil español), *“el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impone la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que serán obligatorios, cualquiera que sea la forma. en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”*.

17 Así, en el Real Decreto 103/2008, de 1º de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia, texto que se aprobó con el fin de adaptar la regulación del registro al nuevo marco normativo definido por la Sentencia 124 de 19 de junio de 2003, del Tribunal Constitucional y para mejorar su regulación en aspectos tales como la coordinación de la actividad sancionadora de las comunidades autónomas.

aceptación. Y es en este segundo supuesto donde se plantean problemas o particularidades con relación a la formación del contrato.

II. REGULACIÓN JURÍDICA

La legislación española sobre ventas a distancia ha sido objeto de reciente modificación. La reforma ha sido introducida por el Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por el que se regula el funcionamiento del registro de empresas de ventas a distancia, previsto en el artículo 38.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Como resultado de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia —por obra de la Ley 47/2002, de 19 diciembre—, se introdujeron determinadas reformas de la Ley 7/1996, que afectaron, entre otros, a su artículo 38.2. Conforme a la redacción dada a dicho precepto, se impone una obligación de inscripción en un registro especial tanto para las empresas de ventas a distancia que difundan sus ofertas por medios que abarquen el territorio de más de una comunidad autónoma —mediante catálogo, impreso sin o con destinatario, carta normalizada, publicidad en prensa con cupón de pedido, teléfono, radio, televisión, visiófono (teléfono con imagen), vídeo texto, o fax (telecopia)—, como para las empresas no establecidas en España que practiquen ventas a distancia en territorio español.

La creación de un registro de empresas de ventas a distancia ha de atribuirse al Real Decreto 1133/1997, de 11 de julio. En aquel entonces todavía no se había puesto en tela de juicio que la competencia en esta materia fuera estatal. Es por ello que esta norma no se limitaba a determinar cuáles eran las funciones de este registro, sino que además regulaba todo lo relativo a la autorización de la actividad de ventas a distancia y a su revocación, a la documentación necesaria para la solicitud de autorización e inscripción, a las obligaciones de las empresas, a los recursos y al procedimiento sancionador. Tras un requerimiento de incompetencia contra el real decreto citado, se estimó que la gestión de este registro podía encuadrarse en el ámbito de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en materia de comercio interior, lo que

dio lugar a la aprobación del Real Decreto 1976/1998, de 18 de septiembre, por el que se modificó el Real Decreto 1133/1997.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional¹⁸ también se ha pronunciado sobre la obligación de inscripción y autorización para las actividades de ventas especiales, entre las que habría que incluir igualmente y como estamos observando, a las ventas a distancia. De resultas de tal pronunciamiento, hemos de entender que el Estado no es competente para regular las condiciones para la concesión de estas autorizaciones. De ahí que una de las normas que resulten derogadas por este Real Decreto sea el Real Decreto 1133/1997, de 11 de julio.

Así pues, el ejercicio de esta modalidad de venta deberá ser autorizado por la comunidad autónoma donde la empresa tenga su domicilio social, siempre que esta haya decidido someter a autorización administrativa este tipo de actividad. Y, por lo que respecta a los criterios concretos para la autorización, serán fijados por las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, así como los datos y documentos que deberán aportar para solicitar dicha autorización y la inscripción en el registro autonómico.

Junto a ello, el legislador ha valorado otra serie de circunstancias que ponen de manifiesto la necesidad de introducir ciertas reformas en el funcionamiento de este registro. De hecho, se ha tenido muy presente la experiencia de los últimos años, así como la imposición de ciertos requisitos de información a los prestadores de estos servicios por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)¹⁹. Concretamente, por lo que atañe a la regulación especial que resulta de la Ley 34/2002, ya no existirá obligación de inscripción en el Registro de empresas de venta a distancia, para aquellas empresas

18 Así, la Sentencia 124/2003, de 19 de junio de 2003, señala que “*la exigencia de autorización y de su eventual inscripción registral, por parte de la comunidad autónoma, para ejercer las ventas a distancia, ambulantes, automáticas o en pública subasta no puede considerarse un criterio global de ordenación de este sector comercial, ni una medida singular de ordenación económica para alcanzar una determinada finalidad, en este caso, el control de esas actividades comerciales, sino una medida de política administrativa correspondiente a la disciplina de mercado y dirigida a la protección del consumidor, y por ello no puede reputarse como norma básica al amparo del título competencial que corresponde al Estado ex art. 149.1.13.ª CE. En consecuencia, el art. 37 de la ley impugnada debe ser declarado inconstitucional*”.

19 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE No. 166 de 12 de julio de 2002, con corrección de erratas en el BOE No. 187 de 6 de agosto de 2002).

que ofrezcan y vendan sus productos exclusivamente a través de servicios de operadores de telecomunicaciones, portales, o cualquier otro servicio de acceso a internet. Tal es así, porque la referida ley ha dispuesto un sistema de identificación de la empresa oferente adecuado para el canal de comunicación a distancia basado en internet y en el correo electrónico²⁰.

No obstante, estas no son las únicas empresas que quedan excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto. El mismo determina que no existirá obligación de inscripción respecto de aquellas que desarrollen su actividad comercial en establecimiento fijo y esporádicamente realicen ventas a distancia, si el monto de las mismas en ningún caso constituye valor significativo de venta, ni constituye actividad ordinaria; respecto de las empresas que realicen la prestación de servicios financieros —en el ámbito de los mercados de valores, instituciones de inversión colectiva o en el ámbito bancario o asegurador—, y de las empresas de venta de medicamentos²¹.

Asimismo, y siguiendo con su regulación jurídica específica, los artículos 38 a 48 y la disposición adicional primera de la LOCM suponen, dentro de la normativa estatal, la regulación de un contrato que presenta innovaciones con respecto al régimen contractual general. En líneas generales, como ya hemos referido, se trata de un contrato celebrado sin presencia física de las partes contratantes con el empleo exclusivo de técnicas de comunicación a distancia, en el marco de un sistema organizado por el vendedor o proveedor²². En relación con dicho contrato pesa sobre el vendedor o proveedor el deber de informar al consumidor de determinados extremos (artículos 39 y 40), es preciso que el consumidor preste su consentimiento de manera expresa (artículo 41) y se prohíbe —en todo caso— la práctica denominada “envíos no solicitados” (artículo 42). En la regulación contenida en la LOCM se dan además otras particularidades en cuanto a la ejecución del contrato: se trata de la imposición al

20 Cfr. R. Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid (2001).

21 Ley 25/1990, de 20 de diciembre, Del medicamento.

22 Los elementos definidores por tanto de las ventas a distancia son: la desvinculación entre oferta contractual y vendedor, por un lado, y aceptación y comprador, por otro; la exigencia de exclusividad y unidad en cuanto a la técnica de comunicación a distancia utilizada para la transmisión de la oferta y la aceptación; y la necesidad de que el sistema de contratación a distancia sea organizado por el vendedor.

empresario de un plazo de entrega para el caso en que no se haya pactado otro diferente (artículo 43.1), de determinadas previsiones relativas al uso fraudulento de las tarjetas de pago (artículo 46) y de la información por escrito o en soporte duradero que ha de entregarse al consumidor a la ejecución del contrato (artículo 47). Pero, sin duda, la principal innovación viene dada por el derecho de desistimiento —ejercitable sin justificación de causa— (arts. 44 y 45) que se atribuye al consumidor.

Pues bien, el contrato a distancia, aun cuando la LOCM lo denomine genéricamente “*venta a distancia*”, puede ser de compraventa o suministro, arrendamiento de servicios o mixto (una combinación de los anteriores), y en definitiva cualquier tipo de contrato con tal de que se den los requisitos delimitadores de la noción legal.

A los efectos que ahora interesan, se considera el contrato de compraventa, contrato de cambio por excelencia, que recibe regulación en ambos códigos —el Civil y el de Comercio—; no así el arrendamiento de servicios que solo está regulado en el Civil²³.

En cuanto a estos Códigos Civil y de Comercio (españoles) el “*contrato entre personas distantes*” se encuentra regulado en los mismos tan solo en cuanto al perfeccionamiento del contrato. Se trata del artículo 54 Código de Comercio y 1262 Código Civil, que —como es sabido— seguían criterios distintos para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes hasta su modificación por la LSSI, de manera que el criterio es hoy único e idéntico para ambos códigos, como más adelante estudiaremos. Habida cuenta que la LOCM no prevé ninguna norma acerca del lugar y momento de perfeccionamiento del contrato, las normas generales siguen siendo de aplicación en esta materia. Normas que no resuelven los innumerables problemas que se derivan del actual empleo de las técnicas de comunicación, lo que ha sido puesto en evidencia sobre todo con la minuciosa regulación que para la compraventa internacional de mercaderías se ha llevado a cabo en el Convenio de Viena de 1980 en cuanto a la formación del contrato, del que no obstante quedan excluidas las

23 Sin perjuicio de que algunos autores utilicen el término de “arrendamientos mercantiles” para referirse a contratos como el leasing, los servicios turísticos, el catering... Vid. J. L. Pérez-Serrabona, *Arrendamientos mercantiles*, en G. J. Jiménez Sánchez, coord., *Derecho mercantil*, II, 14ª ed., 585-598, Marcial Pons, Madrid (2010).

compraventas “*para uso personal, familiar o doméstico; salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso*” (artículo 2.º del Convenio).

Es lógico que el legislador español se preocupara tan solo de la formación del contrato entre personas distantes, pues el modelo de contrato construido desde aquel está basado en el principio de libertad contractual que reconoce a los contratantes el poder para establecer pactos, cláusulas y condiciones “*siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público*” (artículo 1255 C. Cv.). La principal preocupación era la de establecer el contrato como instrumento general de regulación de los intercambios, contrato que queda perfeccionado por el concurso de voluntades o consentimientos, cualquiera que sea la forma en que estos se manifiesten (arts. 1258, 1262 y 1278 C. Cv., así como el artículo 51 C. Com.).

Pero en los Códigos Civil y de Comercio españoles se regulan igualmente supuestos en los que el comprador puede comprobar si lo vendido responde a las características de lo pactado, con consecuencias respecto de la eficacia del contrato: las ventas contempladas en los artículos 1453 C. Cv.²⁴ y 328 C. Com.²⁵.

Al modelo de contrato diseñado desde el derecho privado hay que añadir la legislación de protección de los consumidores. En particular, la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que incorpora algunas medidas de protección del consumidor-contratante, los llamados legítimos intereses económicos.

Existen normas específicas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes, sobre los contratos a distancia²⁶, por lo que deberá

24 Se ocupa de la venta a prueba y *ad gustum*, y las presume celebradas bajo condición suspensiva.

25 Se ocupa de las ventas que “*no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada*”, el comprador podrá rescindir su contrato.

26 Se incorporan así al texto refundido las disposiciones destinadas a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios contenidas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la ley a diversas directivas comu-

tenerse presente la ley en su conjunto en tanto que las “ventas a distancia” de la LOCM se celebran por consumidores. Pero no solo las normas del derecho privado de la contratación y la LCU deben ser tenidas en cuenta. Así, por ejemplo, la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, ha de ser considerada. Y ello, sobre todo, porque en las ventas a distancia la oferta contractual y la publicidad pueden ser un mismo hecho.

En definitiva, la nueva regulación de contratos a distancia habrá de ser integrada con el resto del ordenamiento, ya que la regulación contenida en la LOCM se preocupa de la incidencia que el sistema de contratación produce respecto de la posición contractual del consumidor, pero no resuelve todas las cuestiones referentes al contrato. Eso explica que hayan de ser tenidas en cuenta las normas ya citadas, así como a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico²⁷.

III. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

A la perfección del contrato se refieren en nuestro ordenamiento español los artículos 1258 y 1262 Código Civil y 54 Código de Comercio. El artículo 1258 y el primer párrafo del artículo 1262, son de aplicación común a los contratos civiles y mercantiles. De ellos se desprende que los contratos se perfeccionan por la concurrencia de la oferta y la aceptación. Por su parte, el artículo 1262 Código Civil, párrafos segundo y tercero, y el artículo 54 Código de Comercio, aluden al momento y al lugar de conclusión del contrato cuando las partes se encuentran en lugares distintos. Aunque el primero rige los contratos civiles y el segundo los mercantiles, su contenido es hoy en día idéntico. Por un lado establecen, para el caso de que el oferente no haya indicado otra cosa, que el contrato se entenderá concluido en el momento en que el proponente conozca la aceptación o, habiéndole sido remitida, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.

nitarias.

27 Ley 34/2002, de 11 de julio, que igualmente habrá de ser tenida por tanto en consideración cuando el contratante sea un consumidor, ya que los contratos electrónicos celebrados por consumidores son contratos a distancia a los efectos de la LOCM, siempre que se cumplan los requisitos objetivos de aplicación.

Como excepción a esta regla general, los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos se perfeccionarán cuando el destinatario de la oferta manifieste su aceptación. Por otro lado, prevén una presunción *iuris tantum* de que el contrato se ha celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta²⁸. De estos artículos se infiere que no se precisa la unidad de acto en la prestación del consentimiento para la perfección del contrato, pues permiten que la oferta y la aceptación tengan lugar en distintos momentos, siempre que esta concorra estando todavía vigente aquella²⁹.

Antes de entrar a analizar con mayor detalle la actual redacción de los artículos 1262.II y III Código Civil y 54 Código de Comercio, es conveniente conocer las reglas establecidas por sus antiguas redacciones, y ello tanto por la necesidad de entender cuáles eran los problemas que pretendió solucionar la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, además de ser todavía aplicables a aquellos contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación, es decir, antes del 13 de julio de 2002³⁰.

Hasta la entrada en vigor de la LSSI, los artículos 1262.II Código Civil y 54 Código de Comercio, contenían reglas distintas en relación con la perfección de los contratos celebrados por correspondencia, que debían aplicarse analógicamente a cualquier otra forma de contratación entre personas distantes a través de medios de comunicación interrumpida. El artículo 1262.II Código Civil establecía: “*La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento*”. Mientras que conforme al artículo 54 Código de Comercio, el contrato celebrado por correspondencia quedaba perfeccionado “*desde que se contestaba aceptando la propuesta o las condiciones con que esta hubiera sido modificada*”. Es decir, la regla relativa al momento de la perfección del contrato por correspondencia variaba según se tratara de un contrato civil o mercantil. La diferencia entre uno y otro cuerpo

28 Vid. A. González Gozalo, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, 140-148 (2004).

29 Así la STS de 7 de marzo de 1956 (RJA 1146), afirmando en relación con un contrato civil que el artículo 1262 CC no impone que el consentimiento se preste en un acto único.

30 Conforme a la Disposición Final novena de la LSSI, su Disposición Adicional cuarta, que es la que modificaba estos artículos, debía entrar en vigor al día siguiente de la publicación de la ley en el BOE, que tuvo lugar el 12 de julio de 2002.

normativo se pretendía justificar por la mayor celeridad que requiere el tráfico mercantil frente al civil y que, se decía, viene asegurada por las teorías de la emisión y la expedición, ya que le permiten al aceptante empezar a ejecutar el contrato inmediatamente, a la vez que limitan la posibilidad tanto del aceptante como del oferente de retirar o revocar sus respectivas declaraciones de voluntad. Sin embargo, hoy no existe una diferencia tal entre el tráfico mercantil y el tráfico civil que la motive.

El segundo inciso del párrafo segundo del artículo 1262 Código Civil aludía, además, al lugar de conclusión del contrato aceptado por carta, presumiéndolo celebrado donde se hizo la oferta. No existiendo norma equivalente en el Código de Comercio, se discutía, como con posterioridad se analizará, si igual presunción regía en relación con los contratos mercantiles como consecuencia del artículo 50 Código de Comercio o si, por el contrario, la misma lógica que inspiraba la regla del inciso segundo del artículo 1262.II Código Civil debía conducir, de acuerdo con el artículo 54 Código de Comercio, a entender que los contratos mercantiles celebrados por correspondencia se perfeccionaban en el lugar desde el que se emitía la aceptación.

A. El artículo 54 Código de Comercio

Según la anterior redacción del artículo 54 Código de Comercio, los contratos que se celebraban por correspondencia quedaban perfeccionados desde que se contestaba aceptando la propuesta o las condiciones con que esta hubiera sido modificada. La dicción poco clara del precepto dio lugar a un debate sobre si acogía la teoría de la emisión o de la expedición. Partidarios de la primera eran fundamentalmente los mercantilistas³¹, los que fundaban en la necesidad de celeridad del tráfico mercantil, a la que contribuye el

31 Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 1ª ed., Madrid, 17-18 (1956); R. Uría, *Derecho mercantil*, I, 33ª ed., Marcial Pons, 643-644 (2010); M. Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil 2*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 387-388 (2012); E. Sánchez Calero, *Instituciones de derecho mercantil*, II, *Títulos valores, contratos mercantiles, derecho concursal y marítimo*, 21ª ed., McGraw Hill, Madrid, 127-128 (1998). Pero no únicamente ellos. También Pérez González y Alguer, *Traducción y notas de derecho español a Ennecerus, Kipp y Wolff, Tratado de derecho civil*, tomo I, Parte general, vol. II, óp. cit., 146; J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral III*, en *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 719-721, 16ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, Reus, Madrid (1992).

adelanto del momento de la perfección del contrato al primer estadio en la comunicación de la declaración de aceptación: sumisión.

Frente a la tesis dominante entre los mercantilistas³², no faltaron voces autorizadas que se decantaron porque el artículo 54 Código de Comercio consagraba la teoría de la expedición³³, basándose en que el precedente de este precepto era el artículo 243 del Código de Comercio de 1829, que establecía que “*en las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde el que recibió la propuesta expida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva, y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un tiempo determinado [...]*”. Para empezar, porque al aceptante hay que exigirle algo más que la simple exteriorización de su voluntad para vincular al oferente, ello para otorgar seguridad jurídica al tráfico³⁴.

La teoría de la expedición se basa en un criterio objetivo: que el aceptante ha encauzado su respuesta en dirección al oferente. La teoría de la emisión, en cambio, tiene un matiz netamente subjetivo. Solo cuando es remitida la aceptación pierde su declarante el control sobre ella, adquiriendo el carácter objetivo necesario para dotar de seguridad al tráfico. Por otro lado, la teoría de la expedición facilita la prueba del momento de la perfección del contrato.

32 Acogida por la STS de 3 de mayo de 1978 (RJA 1638), que contraponía a la teoría de la cognición seguida por el artículo 1262.11 CC la teoría de la emisión o la declaración contemplada por el artículo 54 Código de Comercio.

33 R. Bercovitz Rodríguez Cano, *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones*, óp. cit., 309; Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. I. *Doctrina general del contrato*, óp. cit., 201-202; Perales Viscasilla, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, óp. cit., 197; C. Cuadrado Pérez, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, óp. cit., 262. Entre los mercantilistas, vid. R. Uría, A. Menéndez & M. Vergez, *El contrato mercantil, Curso de derecho mercantil*, tomo II, dirigido por Uría y Menéndez, Civitas, Madrid, 36-37 (2001).

34 En este sentido se manifestaba también, la STS de 21 de febrero de 1994 (RJA 1102) y, sobre todo, la STS de 26 de mayo de 1991 (RJA 3836), que considera tardía la opción ejercitada mediante carta fechada ocho días antes de su vencimiento pero expedida tres días después del mismo (si bien no está claro que el contrato fuera mercantil). Vid. también la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de marzo de 2000.

B. El artículo 1262 Código Civil

Según la anterior redacción del artículo 1262.II Código Civil, la aceptación hecha por carta no obligaba al oferente sino desde que llegaba a su conocimiento. La interpretación literal del precepto conducía, sin duda, a la teoría de la cognición³⁵, lo que venía a su vez reforzado por el artículo 1257.II Código Civil, el cual, en relación con los contratos que contienen alguna estipulación a favor de terceros, faculta a estos para exigir su cumplimiento “*siempre que hubiesen hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*”³⁶. Sin embargo, la doctrina³⁷ y la jurisprudencia³⁸, con buen criterio, consideraban que la teoría de la información así expuesta por el párrafo segundo del artículo 1262 Código Civil debía ser atemperada para que no condujera a resultados injustos en aquellos supuestos en que el oferente se mantuviera por causas únicamente a él imputables en la ignorancia de que se había producido la aceptación. En este sentido, se afirmaba que la aceptación vinculaba al oferente cuando la conocía o habría podido conocerla de haber actuado de buena fe y con una diligencia media³⁹. Una

35 Vid. sts de 11 de abril de 1996 (RJA 2917), entendiendo perfeccionado el contrato de compraventa de acciones celebrado por correspondencia cuando el oferente tuvo “*plena cognición del consentimiento del comprador*” o la RDGRN de 19 de enero de 1989 (RJA 188), declarando que el conocimiento de la aceptación por el oferente es requisito necesario para la perfección del contrato.

36 Vid. asimismo la sts de 22 de octubre de 1974 (RJA 3971), la cual, en relación con el plazo de ejecución de la obra contratada, señala que se computa desde la perfección del contrato, que, de acuerdo con el artículo 1262.2 CC, tiene lugar cuando llega la aceptación a conocimiento del oferente, lo que entiende se produjo al día siguiente de su expedición por correo, sin plantearse cuándo tuvo efectivo conocimiento de ella el oferente. Ahora bien, ello se justifica porque lo relevante a los efectos de solucionar el litigio era precisar que en ningún caso pudo empezar a correr el plazo antes de esa fecha.

37 Cfr. J. Osorio Morales, *Lecciones de derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, 2ª ed., revisada y puesta al día por J. M. Ossorio Serrano, Comares, Granada, 214-216 (1986); Díez Picazo & Ponce de León, óp. cit., *Fundamentos...*, 321-322; Lalaguna Domínguez, óp. cit. *Sobre la perfección de los contratos...*, 1141-1142; Rogel Vida, óp. cit. *Momento y lugar...*, 1262.

38 Vid. la sts de 29 de marzo de 1993 (RJA 2534), afirmando que la opción coloca al concedente en una situación análoga a la del oferente de una oferta irrevocable.

39 Vid. La sts de 21 de febrero de 1994 (RJA 1102) y 24 de mayo de 1994 (RJA 3742), declarando que la teoría de la cognición no puede llevar a retrasar la perfección del contrato más allá del momento en que el conocimiento de la aceptación es posible para el oferente que actúa con una diligencia media, pues solo así queda excluida la entera dependencia del negocio de la voluntad exclusiva del oferente, con la consiguiente exposición a cualquier proceder de mala fe. Vid. asimismo la sts de 24 de abril de 1995 (RJA 3546), según la cual en la opción de compra la aceptación debe entenderse conocida por el concedente en el momento en que le hubiera sido posible conocerla de haber actuado con una diligencia media. De igual forma, la sts de

interpretación más literal del artículo 1262.2 colocaría al oferente en una situación ventajosa que le permitiría incluso impedir que se perfeccionara el contrato simplemente no dándose por enterado de la aceptación de forma deliberada, en contradicción con el espíritu del artículo 1256 Código Civil.

Como el oferente tendrá normalmente la posibilidad de conocer la aceptación cuando la reciba, solía afirmarse que la redacción del artículo 1262.II Código Civil anterior a la LSSI establecía la regla de la cognición matizada con la de la recepción. Por un lado, no puede descartarse que la recepción, en algunos supuestos, no conlleve el inmediato conocimiento de la declaración de voluntad. Así, por ejemplo, cuando la aceptación es depositada en el buzón del establecimiento mercantil del oferente durante el período vacacional en que este permanece cerrado. Por otro, es posible que el contrato se considere perfeccionado aun cuando el oferente no haya llegado a recibir la aceptación, siempre que ello le sea únicamente a él imputable⁴⁰.

La moderación expuesta de la teoría de la cognición encontraba su fundamento no solo en la interpretación sistemática de los artículos 1262.II y 1256 Código Civil, sino también en los principios de equidad y de buena fe. Si, en condiciones normales, el oferente genera en el destinatario de la oferta la creencia de que su aceptación basta para perfeccionar el contrato, si le incita a actuar, en definitiva, la buena fe que rige también el período precontractual le impone el deber de observar una conducta receptiva hacia la posible aceptación. De ahí que se haya mantenido que el oferente tiene la obligación de hacerse sabedor de la aceptación dentro de un plazo normal, salvo que por causas ajenas a su voluntad le sea imposible tomar conocimiento de ella.

Otro argumento en el que apoyar esta interpretación era el carácter dispositivo del artículo 1262.II, que operaba (y sigue operando conforme a la nueva redacción) en defecto de indicación específica en la oferta sobre el momento de la perfección del contrato.

14 de febrero de 1995 (RJA 837) considera ejercitada la opción de compra cuando el notario requerido para ello por el optante, y ante quien ha manifestado su voluntad de ejercitar la opción, entrega cédula de notificación a la vecina del concedente en cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento Notarial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en tal momento debe entenderse recibida la aceptación.

40 Cfr. E. Lalaguna Domínguez, óp. cit. *Sobre la perfección...*, 1141-1142.

IV. LA REFORMA DE AMBOS CÓDIGOS POR LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

La Disposición Adicional cuarta de la LSSI ha suprimido por fin la tradicional diversidad de regímenes sobre la perfección del contrato a distancia según fuera este civil o mercantil, al modificar los artículos 1262 Código Civil y 54 Código de Comercio, que ahora son idénticos, salvo en cuanto al primer párrafo del artículo 1262 Código Civil, que no tiene su equivalente en el artículo 54 Código de Comercio, pero que es de aplicación tanto a los contratos civiles como a los mercantiles, según se extrae del artículo 50 Código de Comercio.

Es curioso que la unificación no se haya llevado a cabo mediante la derogación del artículo 54 Código de Comercio, teniendo en cuenta que, según el artículo 50 Código de Comercio, los contratos mercantiles se regirán por las reglas generales del derecho común en todo lo que no se halle expresamente establecido por el Código de Comercio o por leyes especiales. La supresión del artículo 54 Código de Comercio habría llevado, de esta forma, a la aplicación subsidiaria del artículo 1262 Código Civil. Por ello, la opción legislativa de mantener ambos preceptos, pese a que contienen idéntica regulación, ha sido criticada por la doctrina⁴¹. Para los defensores de la unificación del derecho de obligaciones, la conservación de ambos preceptos, aún siendo iguales, puede significar que el legislador insiste en la vieja distinción entre contratos civiles y mercantiles. Para sus detractores, la disposición de un único régimen implica desconocer las peculiaridades que el tráfico mercantil presenta frente al civil. Sea como fuere, la supervivencia del artículo 54 Código de Comercio sirve para dejar patente un cambio normativo importante con respecto al sistema anterior (la sustitución de la regla de la expedición por la de la cognición, aunque matizada), y puede explicarse también, como ha puesto de manifiesto Alberto Bercovitz, por la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, la profusión

41 Vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Formación del contrato*, en R. Bercovitz, coord., *Manual de derecho civil. Contratos*, Bercal, Madrid, 42-43 (2003), donde califica la solución de introducir una misma redacción para ambos artículos como “sorprendente” por redundante.

con que las Comunidades Autónomas legislan en materia civil al amparo del artículo 149.1.8. CE⁴², ha puesto en tela de juicio la consideración del Código Civil como derecho común. Por ello, para evitar que la remisión del artículo 50 Código de Comercio al derecho común pueda servir de cauce a las Comunidades Autónomas para regular la perfección de los contratos mercantiles —recordemos que la legislación mercantil es de competencia estatal, conforme al artículo 149.1.6. CE— y con el fin de asegurar una uniformidad normativa al respecto, puede tener utilidad el mantenimiento del artículo 54 Código de Comercio, aunque sea literalmente coincidente con el artículo 1262.II Código Civil.

La nueva redacción de los artículos 1262 Código Civil y 54 Código de Comercio contempla una regla que rige con carácter general la perfección de los contratos civiles y mercantiles celebrados a distancia, con independencia del medio de comunicación empleado, y una excepción aplicable fundamentalmente a los contratos electrónicos, pero no a todos, sino únicamente a los concluidos mediante dispositivos automáticos. La regla general se inspira en la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia dieron al artículo 1262 Código Civil, conforme a su redacción anterior a la LSSI. De acuerdo con ella, el contrato se entenderá perfeccionado desde que el oferente conozca la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. Es reflejo de lo que podríamos denominar la teoría de la cognición atemperada. Por su parte, la regla excepcional que se aplica normalmente en el ámbito del comercio electrónico es la de que los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos se perfeccionan cuando se manifiesta la aceptación.

A. Solución legal: la teoría de la cognición atemperada

La regla general sobre la perfección de los contratos celebrados por personas distantes se encuentra en los artículos 1262.2 Código Civil y 54.1 Código de Comercio, conforme a los cuales habrá que entender concluido el contrato cuando el oferente conozca la aceptación

42 Supuestamente para la conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

o, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda desconocerla sin faltar a la buena fe. Acoge, en consecuencia, la teoría de la cognición, pero matizada. En efecto, tanto si el proponente sabe que la oferta ha sido aceptada por su destinatario como si, no siendo consciente de ello, de las circunstancias del caso se desprende que debería haberlo sabido, el contrato se considerará celebrado. De hecho, dado que por lógica el conocimiento efectivo nunca puede ser anterior a la posibilidad de conocer, podemos concluir que basta con el conocimiento de la aceptación por parte del oferente para que se perfeccione el contrato.

Esta cognoscibilidad vendrá determinada normalmente por la recepción de la aceptación, ya que difícilmente puede el oferente saber de su existencia si no ha llegado a su ámbito de control, y una vez recibida, lo normal es que no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. Lo que no quiere decir que el contrato siempre se considere perfeccionado en el momento en que la aceptación se deposite en el lugar indicado a tal efecto por el proponente, pues es posible que, por las circunstancias concurrentes, ni tenga en ese momento posibilidad de tomar conocimiento de ella ni le sea exigible. Cabe, asimismo, que una aceptación ni tan siquiera recibida a tiempo por el ofertante perfeccione el contrato, siempre que la demora, la pérdida o la imposibilidad de entrega le sean a él imputables, y no al aceptante. Así se desprende del tenor de los artículos 1262.2 Código Civil y 54.1 Código de Comercio, cuando disponen que la aceptación remitida por el aceptante perfecciona el contrato si el oferente no puede ignorarla sin faltar a la buena fe.

Dos son, en consecuencia, los requisitos que han de cumplirse para que se entienda perfeccionado el contrato. El primero es que el aceptante expida diligentemente su aceptación. Este actúa con la diligencia exigible cuando, a través de un medio de comunicación adecuado a las circunstancias del caso, dirige su declaración al oferente, haciendo todo cuanto sea necesario para que llegue a tiempo a su destino. El lugar al que tiene que enviar la aceptación será el indicado por el oferente o el que resulte de las prácticas establecidas entre las partes. En su defecto, el establecimiento mercantil u oficina del oferente, si es un empresario o profesional que actúa en calidad de tal, o su residencia habitual, en caso contrario. Como indicio para determinarlo puede acudir al lugar en el que el ofe-

rente emitió la propuesta (que se indicará normalmente si se hizo por carta) o desde el que la envió (que constará en muchos casos, como cuando se comunica por fax o correo electrónico).

El segundo requisito, derivado de los postulados de la buena fe, está relacionado con la cognoscibilidad de la aceptación. El contrato se perfecciona en el instante en que la aceptación es conocida para el oferente, o en aquel otro en que debería haberle sido conocida de no haber mediado una causa a él imputable, siempre que en ese momento la oferta siga vigente. Lógicamente, no le es imputable el retraso o extravío de la aceptación motivado por el funcionamiento anormal de los medios de comunicación escogidos por el aceptante⁴³, y menos aún el que le hubiera llegado tardíamente como consecuencia de la elección por parte del declarante de un medio de comunicación inapropiado⁴⁴ (por ejemplo, si se ha concedido un plazo de un día para aceptar y la respuesta se envía por correo ordinario). En cambio, sí lo es el que, recibida la aceptación en circunstancias tales que fuera esperable un conocimiento inmediato de la misma, ello no se produzca por encontrarse ausente de su domicilio o establecimiento mercantil, o porque no consulte el correo, o porque no quiera hacerse cargo de la carta que contiene la aceptación (en el caso de un envío certificado, por ejemplo), como también el que no llegue la aceptación a su poder, o a su círculo de intereses, por haber indicado de forma errónea su dirección, o por haber cambiado de domicilio sin informar de ello al aceptante... En todos estos casos sería contrario a la buena fe alegar un desconocimiento de la aceptación que se debe a una culpa propia.

Ello implica que, en la práctica, el aceptante no tiene que acreditar que el proponente conoció la aceptación (sería una prueba diabólica), sino simplemente que tuvo la posibilidad de conocerla⁴⁵ o que, si no la tuvo, fue por causa del propio oferente. Si así lo

43 Aunque la sts de 4 de mayo de 1994 (RJA 3565) estima, en relación con una opción de compra, que si la notificación del ejercicio de la opción llega al concedente fuera de plazo por un defecto de los servicios de correos, se entiende igualmente efectiva, lo que es ciertamente criticable como señala A. González Gozalo, óp. cit. *La formación...*, 150 y ss.

44 STS de 24 de abril de 1995 (RJA 3546).

45 STS de 24 de mayo de 1994 (RJA 3742), declarando, en relación con un contrato de opción, que recae sobre el optante la carga de probar que los concedentes pudieron tener conocimiento del ejercicio de la opción dentro del plazo previsto para ello.

prueba, este solo quedará liberado si puede demostrar que no llegó a conocer la aceptación por un motivo que no le era imputable.

La regla general contemplada en los artículos 1262.II Código Civil y 54.1 Código de Comercio se aplica con independencia de los medios de comunicación empleados, sean de comunicación instantánea o interrumpida.

Uno de los requisitos que ha de cumplir la aceptación para perfeccionar el contrato es el de la tempestividad. La aceptación es tempestiva cuando llega a conocimiento del oferente estando vigente la oferta⁴⁶ o cuando, expedida con antelación suficiente como para que hubiera llegado a tiempo a su conocimiento, si no lo hizo fue por causa únicamente a él imputable⁴⁷.

Con independencia del medio de comunicación utilizado, las aceptaciones expedidas fuera de plazo no vinculan al oferente, lo que quiere decir que por sí solas no perfeccionan el contrato. Sin embargo, se entiende que el oferente está facultado para tenerlas por efectivas. Para algunos, esta facultad del oferente dimana de la consideración de la aceptación hecha fuera de plazo como contraoferta. En consecuencia, y mientras que esta no se extinga, puede el oferente inicial aceptarla y perfeccionar el contrato⁴⁸. El momento de la conclusión del contrato vendría determinado por la aceptación por parte del oferente primitivo de la contraoferta que supondría la declaración tardía de la otra parte. Para otros, el oferente puede convalidar la aceptación hecha fuera de plazo simplemente comunicándoselo inmediatamente al aceptante⁴⁹. Así lo establece el artículo 21.1 CVCIM, según el cual la aceptación enviada con retraso surtirá efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía

46 El Tribunal Supremo ha declarado repetidamente, en relación con el ejercicio del derecho de opción, aunque es trasladable a la aceptación de la oferta, que la declaración del optatario no perfecciona el contrato cuando llega a conocimiento del promitente después de haber expirado el plazo para optar. Vid. SSTs de 19 de abril de 1979 (RJA 1401), 12 de julio de 1979 (RJA 2951), 29 de septiembre de 1981 (RJA 3247), 10 de diciembre de 1982 (RJA 7474), 22 de diciembre de 1992 (RJA 10642), 29 de marzo de 1993 (RJA 2534), 25 de abril de 1994 (RJA 3222), 24 de abril de 1995 (RJA 3546), entre otras. Esto es válido también para las aceptaciones tácitas (incluidas las ejecutivas), en el sentido de que solo serán tempestivas si llegan a conocimiento del oferente antes de que transcurra el plazo previsto para aceptar.

47 STS 552/2010 (Sala I) de 17 de septiembre.

48 Cfr. B. Moreno Quesada, *La oferta del contrato*, Barcelona, 157-158 (1963).

49 Así lo entiende Gómez Laplaza, si bien matiza que habrá que analizar las características de la oferta y del contenido de la aceptación tardía, así como la naturaleza del plazo. Vid. Gómez Laplaza, *óp. cit.*, *Comentario al artículo 1262 CC*, 140.

una comunicación en tal sentido. Para la doctrina, esta confirmación del oferente no es la aceptación de una contraoferta, sino el mero aviso de que la declaración del aceptante, aunque tardía, ha perfeccionado el contrato. Lo que significa que no es necesario esperar a que la convalidación del oferente llegue al aceptante, sino que el momento de la conclusión del contrato será aquel en que se haya recibido dicha aceptación extemporánea⁵⁰.

En nuestro ordenamiento, la regla del artículo 21.1 CVCIM puede ser extendida a otros contratos, lo que se hace partiendo de la base de que la consideración de la aceptación como tardía es un derecho al que el oferente puede renunciar. Eso sí, para la convalidación de la aceptación el oferente debe notificarle al aceptante sin demora que la da por buena, con el fin de evitar abusos, sobre todo en mercados muy especulativos. Si no lo hace así, la convalidación no producirá efecto alguno⁵¹.

V. SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

Dada la diversidad de teorías sobre la perfección del contrato entre personas distantes, es conveniente hacer un repaso, siquiera somero, de los ordenamientos de nuestro entorno para ver qué respuesta dan a la cuestión que ahora nos ocupa.

Empezando por el continente europeo, en Francia el Código Civil francés no contiene ningún precepto relativo a la perfección de los contratos entre personas distantes. Lo más que se encuentra en su articulado son dos normas puntuales que acogen contradictorios, por lo que no se puede inducir una regla general⁵². Se trata del artículo 932, que, en relación con la donación, establece que la aceptación por un acto posterior no produce efectos para el donante sino desde que se le notifica dicho acto, y del artículo 1985.2, el cual, con respecto al mandato, dispone que la aceptación pueda ser tácita y resultar de la ejecución hecha por el mandatario. El silencio del

50 Vid. L. Diez Picazo y Ponce de León, óp. cit., *Comentario al artículo 21, La compraventa internacional de mercaderías...*, 198; Perales Viscasillas, óp. cit. *La formación del contrato...*, 605-610; Cuadrado Pérez, *Oferta, aceptación y conclusión...*, óp. cit., 193-197.

51 Vid. Diez Picazo & Ponce de León, óp. cit., *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, 317; Gómez Laplaza, óp. cit., *Comentario al artículo 1262 CC*, 140-141. Moreno Quesada, *La oferta de contrato*, óp. cit., 157.

52 Cfr. J. Ghestin, *Traité de droit civil. la formation du contrat*, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª ed., Paris (1999).

Code hace que la doctrina se encuentre dividida en relación con el momento en que se perfecciona el contrato. Si existe un cierto acuerdo en que lo primero es la propia intención de las partes, cuya voluntad se debe interpretar en la medida en que pueda ser descubierta, e incluso en la relevancia de los usos a estos efectos, no lo hay sobre la regla supletoria necesaria para resolver aquellos supuestos en que se carece de cualquier otro criterio para llegar a conocer lo querido por los contratantes. Unos autores, basándose en el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad, se decantan por la teoría de la cognición, de acuerdo con la cual cada declarante asume el riesgo de que su declaración (oferta, retirada o revocación de la oferta, aceptación o retirada de la aceptación) no llegue a conocimiento de su destinatario, o lo haga tardíamente⁵³. Otros son partidarios de la teoría de la declaración, por considerar que es la voluntad el elemento esencial del contrato, que se manifiesta por la simple coexistencia de dos voluntades concordantes exteriorizadas⁵⁴. La Corte de Casación, por su parte, aboga por una solución casuística, teniendo declarado que la determinación del momento en que el contrato celebrado por correspondencia ha quedado perfeccionado es generalmente una cuestión de hecho a la que deben dar respuesta los tribunales de instancia en atención a las circunstancias del supuesto fáctico. Esta discrecionalidad en la valoración de los hechos reconocida por la Corte Suprema motiva que no pueda encontrarse en la práctica judicial francesa un criterio general conforme al cual se resuelvan los litigios planteados en relación con la fijación del momento de conclusión del contrato, variando las resoluciones entre la teoría de la emisión y las de la recepción y la cognición. Sin embargo, la Corte de Casación se ha pronunciado tradicionalmente a favor de las teorías de la emisión o la expedición en relación con la determinación del lugar de celebración del contrato y siempre a los efectos de fijar la competencia judicial territorial⁵⁵.

53 Vid. Marty & Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, en *Les sources*, tomo I, óp. cit., 121; de la misma opinión es J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 20ª ed., Presses Universitaires de France, París, 75-78 (1996).

54 Cfr. A. González Gozalo, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, 125-127 (2004).

55 Especial relevancia tienen los tres proyectos presentados coincidiendo con la celebración del bicentenario del Code Civil, el *Avant-projet Pierre Catala* (remitido al Ministerio de Justicia el 22 de septiembre de 2005), el *Projet de Reforme de la Chancellerie* (el cual incluye dos textos,

Siguiendo por el Reino Unido, y más concretamente en Inglaterra, los contratos se perfeccionan, como regla general y en defecto de estipulación en contrario por parte del oferente, cuando se le “comunica” a este la aceptación. Así sucede en relación con los contratos de formación instantánea, sean entre presentes o entre personas distantes que manifiestan sus declaraciones de voluntad a través del teléfono, el télex o cualquier otro medio de comunicación caracterizado por la inmediatez. Aunque el concepto de “comunicación” implica normalmente toma de conocimiento de la declaración comunicada, se entiende que la aceptación es efectiva cuando el oferente la ignora por causas únicamente a él imputables. Tal será el caso, por ejemplo, si se envía mediante télex al domicilio o local de negocios del oferente en horas de trabajo y, pese a ello, este no la lee. Se trata, en definitiva, de considerar que la aceptación se comunica en el momento en que el aceptante podría esperar razonablemente que su destinatario la conociera⁵⁶. Dicha norma general, próxima a la teoría de la cognición, aunque ligeramente atenuada, aparece excepcionada cuando se trata de contratos celebrados entre personas distantes a través de medios de comunicación interrumpida. En estos supuestos prima desde el siglo XIX la teoría de la expedición (*postal rule*), que se aplica para la determinación tanto del momento como del lugar de celebración del contrato, siempre que el medio empleado para aceptar sea razonable y no haya sido excluido por el propio oferente. Esto significa que el contrato queda perfeccionado incluso si la aceptación remitida se pierde o llega a su destino fuera de plazo, a condición de que la pérdida o el retraso no le sean imputables al propio aceptante. Se basa en la idea de que el oferente que inició las negociaciones por correspondencia u otro medio de comunicación equiparable asume el riesgo de extravío o demora de la aceptación. En consonancia con esta regla de la expedición, se considera que para que la revocación de la oferta sea efectiva debe llegar a conocimiento del aceptante

el *Projet de réforme du droit des obligation*, de septiembre de 2008 y posteriormente, el *Projet de Réforme du Droit des Contrats*, de mayo de 2009), y el *Texte du Groupe de l'Académie des Sciences Morales*, también conocido como *Projet Terré* (publicado por la editorial Dalloz en diciembre de 2008).

56 Cfr. *Mondial Shipping and Chartering BV contra AState Shipping Ltd.* (1995) Com LC 1011, en relación a una notificación realizada mediante fax.

antes de que la aceptación haya sido enviada, que es justo lo que se pretendía acogiendo esta tesis.

En Italia, el Código Civil italiano acoge como regla general la teoría de la cognición en el artículo 1326.1, según el cual el contrato se perfecciona en el momento en que quien ha hecho la oferta conoce la aceptación de la otra parte. Regla atemperada, sin embargo, por la presunción *iuris tantum* de que cualquier declaración de voluntad dirigida a una determinada persona (como la oferta, la aceptación, o la revocación de cualquiera de ellas) se reputa conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si este no prueba que le ha sido imposible, sin su culpa, tener noticia de ella. Excepciones a la teoría de la cognición se encuentran, no obstante, en los artículos 1327 y 1333. Según el primero, cuando por exigencia del oferente, por la naturaleza del negocio o de acuerdo con los usos, la prestación deba ejecutarse sin una previa respuesta por parte del aceptante, el contrato se considerará perfeccionado en el momento y en el lugar en que se haya iniciado la ejecución, si bien tendrá que darse pronto aviso al proponente de tal circunstancia, debiendo indemnizarse los daños en caso contrario. De acuerdo con el artículo 1333, cuando la oferta esté dirigida a concluir un contrato del que derivan obligaciones solo para el oferente, podrá su destinatario rechazarla en el plazo que derive de la naturaleza del negocio o de los usos, pero en defecto de tal rechazo, se entenderá perfeccionado el contrato.

Referente al ordenamiento alemán, este distingue entre contratos celebrados entre presentes y entre ausentes. Los primeros se perfeccionan cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente⁵⁷. Los segundos, cuando el oferente recibe la aceptación. En efecto, establece el §130.1 BGB⁵⁸ que la declaración de voluntad que se realiza a una persona que se encuentra ausente produce efectos desde el momento en que la recibe. Se entiende que la recepción tiene lugar cuando la declaración llega a la esfera de control del destinatario, sin que sea preciso que tenga conocimiento efectivo de ella. Ello será así, no obstante, cuando la recepción de la aceptación posibilite

57 Vid. A. Lamarca Marqués, *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 97-98 (2008).

58 Bürgerliches Gesetzbuch o BGB, es el Código Civil de Alemania.

su conocimiento, lo que no ocurrirá, por ejemplo, si se produce en un momento inusual⁵⁹.

En lo que respecta al continente americano, es otra legislación que suele citarse como ejemplo de las que siguen la teoría de la expedición en relación con la contratación a distancia, aunque la cuestión no es ni mucho menos tan simple. La materia contractual es de competencia estatal, y no federal. Esto significa que cada estado tiene su propio derecho en relación con esta cuestión; derecho que, como sabemos, es básicamente de creación jurisprudencial. La *mailbox rule* o *dispatch rule*, como se conoce a la regla de la expedición en los Estados Unidos, encuentra reconocimiento en la sección 63 (a) del *Restatement (second) of Contracts*⁶⁰, según la cual⁶¹, salvo que la oferta disponga lo contrario, la aceptación hecha de una forma o a través de un medio razonable o sugerido por el oferente es eficaz y perfecciona el contrato tan pronto como deja de estar en posesión del aceptante, es decir, desde el mismo momento en que es remitida al oferente, y ello con independencia de que llegue o no a su conocimiento. Sin embargo, la aplicación de esta regla es, en principio, limitada. Primero, porque solo opera cuando el medio de comunicación a distancia utilizado por el aceptante es adecuado a las circunstancias del caso o ha sido expresa o implícitamente admitido por el oferente, y siempre que se utilice con razonable diligencia. Segundo, porque la letra (b) de esta misma sección acoge la teoría de la recepción para las aceptaciones que tengan lugar en

59 Con independencia del éxito que pueden tener en un futuro algunas tentativas para la superación de los derechos nacionales en materia de modernización de obligaciones y contratos, Alemania ha sentido la necesidad de poner al día su regulación con la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2001, cuyo objetivo fue adaptar las últimas directivas europeas, y más concretamente, las leyes especiales sobre protección de los consumidores y usuarios, Directiva 1999/44/EG del 25-5-1999, denominada Directiva de Compra de Bienes por el Consumidor; la Directiva de 2000/31/EG del 8-6-2000, denominada Directiva E-Commerce; y la Directiva 2000/35/EG del 29-6-2000 denominada Directiva de Demora de Pago.

60 No se trata de una fuente propia del derecho, más bien se trata de una disposición tipo que no tiene valor normativo; sin embargo ha influido en buena medida en las decisiones judiciales de esta materia, y su labor ha sido primordial, ya que ha servido en numerosas ocasiones a la solución de determinados criterios que se forman entre las cortes de los distintos Estados. Se redactó a partir de los distintos ordenamientos estatales en un intento por parte del derecho americano de sistematizar el derecho de contratos estadounidense, de forma que formula principios y reglas generales en materia de contratos partiendo fundamentalmente del *case law*, es decir, del conjunto de las resoluciones judiciales de la totalidad de los estados que integran los Estados Unidos de América.

61 En su segunda versión del *Restatement of contracts*, publicada en 1981, se basa la siguiente exposición que se relata.

el marco de un contrato de opción. Tercero, porque de acuerdo con la sección 64, la aceptación realizada por teléfono u otro medio sustancialmente instantáneo de comunicación bidireccional se rige por los principios aplicables a la aceptación entre presentes, es decir, por la regla de la cognición atemperada por la presunción de que se encuentra perfeccionado el contrato si la falta de conocimiento de la aceptación le es imputable a su destinatario. Si bien es cierto que las resoluciones judiciales en esta concreta materia, al menos en relación con el lugar de celebración del contrato, aplican mayoritariamente la teoría de la expedición también en relación con estos medios que permiten la comunicación inmediata de la declaración. Aunque la aceptación es eficaz desde el momento en que se expide, las restantes declaraciones de voluntad solo lo son desde que son recibidas por sus destinatarios. Así sucede con la oferta, con su revocación e incluso con su rechazo por parte de su destinatario. La declaración se recibe, en estos casos, cuando ha pasado a posesión de la otra parte, o de persona autorizada por esta para recibirla, o bien cuando ha sido depositada en algún lugar designado expresa o tácitamente a tal efecto por la otra parte.

En el continente sudamericano tenemos el Código Civil argentino, que primeramente parte de la distinción entre contratos entre presentes y entre ausentes. Se consideran contratos entre presentes, a los efectos de la determinación del momento de su perfección, también los celebrados entre personas distantes a través de medios que permiten una comunicación inmediata, como el teléfono. Al respecto, establece el artículo 1151 que la oferta hecha verbalmente no se entenderá aceptada si no lo fuese inmediatamente. Contratos entre ausentes son los celebrados entre personas que se encuentran espacialmente distanciadas. En estos casos, el artículo 1147 permite la manifestación del consentimiento mediante agentes (en referencia a mensajeros o meros nuncios de la voluntad de las partes, pero no a mandatarios) o por correspondencia epistolar, aunque a ellos habrá que asimilar cualquier medio de comunicación que no sea instantáneo. El citado artículo 1151, en su segundo inciso, configura la contratación a través de nuncio como un supuesto más próximo a la contratación entre presentes, al disponer que la oferta hecha por medio de un agente no se entenderá aceptada si este volviera sin una aceptación expresa. Los contratos entre personas distantes se

perfeccionan cuando el destinatario de la oferta envía al proponente la aceptación, artículo 1154⁶². Ello será así, lógicamente, siempre que no sea otra la voluntad del oferente, manifestada expresa o tácitamente en la oferta⁶³. Pese a que el artículo 1154 adopta la teoría de la expedición, establece el artículo 1149 que la oferta queda sin efecto si el oferente fallece o pierde la capacidad para contratar antes de haber conocido la aceptación, y el artículo 1155, que la aceptación puede ser retirada antes de que llegue a conocimiento del proponente, en lo que constituyen dos excepciones puntuales a la regla de la remisión más próximas a la teoría de la cognición.

Recientemente se ha realizado un nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, designado por Decreto Presidencial 191/2011, y redactado por la Comisión de Reformas, que fue enviado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación para su posterior aprobación (y en cuyo proceso aún continúa sin aprobarse a día de hoy), y en donde el mismo señala en su artículo 980 que la perfección del contrato entre ausentes “*si es recibida por el proponente se perfecciona durante el plazo de vigencia de la oferta*”. Asimismo en su artículo 1105 señala la definición de este tipo de contratos, e indica qué medios se encuentran inmiscuidos en estos tipos de contratos a distancia⁶⁴.

Igualmente en el continente sudamericano nos encontramos con Uruguay; la normativa uruguaya⁶⁵ en este sentido es tajante: el consentimiento solo no perfecciona el contrato, si bien se suele estudiar cuando se estudia el consentimiento, esto no significa que el consentimiento por sí solo alcance a perfeccionar el contrato, sino

62 El criterio se ha variado completamente en el Proyecto de Código Civil de 1998, cuyo articulado 915, párrafo segundo, establece que el contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente. Pese al tenor de este artículo 915, los redactores del proyecto no acogen la teoría de la recepción, sino una versión matizada de la regla de la cognición, como se extrae del artículo 917, de acuerdo con el cual se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra “*cuando esta la conoce, o hubo de haberla conocido, tratése de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil*”.

63 Por ejemplo, si ha renunciado de forma explícita a que se le comunique la aceptación, o si de los usos se desprende que no era necesario esperar tal declaración. En estos casos, vale como aceptación la mera conducta del destinatario de la oferta que refleje claramente su voluntad de aceptar, como puede ser la propia ejecución del contrato.

64 En relación con este proyecto, Vid. nuestro trabajo, F. J Pérez-Serrabona González, *El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos*, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, UGR (agosto de 2012).

65 Vid. A. Mariño López, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, *La Ley Uruguay*, Montevideo (2009).

que hacen falta los otros requisitos de validez (presupuestos, elementos esenciales). Si se habla del perfeccionamiento del contrato, cuando se estudia el consentimiento, es solo porque se presupone la existencia de los otros elementos y presupuestos necesarios e imprescindibles. Su regulación jurídica, en el artículo 1265 señala que

[...] el contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente. Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a no ser que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada la oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado. El que acepta el negocio, tendrá la misma libertad que el proponente, conforme al inciso anterior.

Así por tanto, prevalece la teoría de la recepción⁶⁶; es el momento a partir del cual está en condiciones de poder conocer la respuesta; cuando esta entra en la esfera de control del destinatario con la posibilidad de aprehensión por parte de este⁶⁷.

En lo que respecta a la normativa colombiana, con la Ley 1480 de 2011⁶⁸ se creó en Colombia el nuevo Estatuto del Consumidor. En sus disposiciones destina un capítulo a las ventas a distancia (Capítulo V, “De las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia”), y otro capítulo a la protección al consumidor de

66 El mismo sistema adoptan los artículos 203 y 204 Código de Comercio. Como excepción, se adopta el sistema de conocimiento. Al respecto, véanse los artículos 1256 (estipulación en beneficio de tercero) y 1620 (contrato de donación). Por su parte, el 2058 establece que, en el contrato de mandato, se produce la aceptación tácita del mandatario cuando este ejecuta el encargo. La propuesta y aceptación pueden revocarse hasta la recepción de esta por el proponente. Este puede renunciar a su derecho a revocar y emitir una propuesta irrevocable por un determinado plazo. Durante el transcurso de este, la revocación no produce efectos y la propuesta permanece vigente hasta su finalización. El artículo 16 de la Ley 17.250 de Defensa del Consumidor, prevé el derecho del consumidor a extinguir el “contrato a distancia” celebrado con un proveedor dentro de los cinco días hábiles contados “desde la formalización del contrato o la entrega del producto”.

67 Un documento es recibido cuando se halla en el lugar de destino, en una relación con este de forma que, en condiciones normales, dependa del destinatario tomar conocimiento de su contenido. Se trata de que haya una posibilidad objetiva de conocimiento por parte del destinatario de la respuesta.

68 Ley 1480 de 2011 (octubre 12), Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. En dicha ley se establecen las reglas de protección para el comercio electrónico y se establece el derecho de retracto en todas las relaciones de consumo relacionadas con la venta de bienes o servicios financiados directamente por el productor o expendedor, en los que el consumidor no tenga contacto directo con el producto como es el caso de las ventas a distancia (televentas, ventas por catálogo o internet).

comercio electrónico, que es a su vez una modalidad de las ventas a distancia (Capítulo VI, “Protección al consumidor de comercio electrónico”). Según la ley, se encuentran comprendidas dentro de esta modalidad las ofertas que se realizan en la residencia del consumidor y son “*aceptadas personalmente por él, de forma tal que los productos le son ofrecidos de forma intempestiva por fuera del establecimiento del comercio o de las ofertas realizadas en escenarios acondicionados para disminuir la capacidad de discernimiento de los consumidores*”, y por otro lado definen a las ventas a distancia como “*aquellas en las cuales el consumidor no tiene contacto directo con el producto adquirido*”.

En cuanto a la formación del contrato, si no se reglamenta algo particular, las normas aplicables serán las del derecho codificado. En este tipo de venta particulares, es importante tener claridad sobre el lugar y el momento de perfeccionamiento del contrato; así, el artículo 39 del mencionado estatuto señala; “*cuando se celebren contratos de adhesión el productor y/o proveedor está obligado a la entrega de la constancia escrita y términos de la operación al consumidor a más tardar dentro de los tres días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejara constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales*” (en el artículo 46 de la citada ley señala los deberes especiales del productor y proveedor que realice la venta a distancia⁶⁹).

En Colombia, al igual que en la mayoría de las normas del derecho comparado, las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor, prevaleciéndose en caso de duda las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no los son, y en aquellos caso que el consumidor no haya aceptado expresamente el ofrecimiento de un producto, quedará prohibido establecer o renovar dicho ofrecimiento, si este le genera un costo al consumidor. En las transacciones de comercio electrónico (modalidad de venta a distancia) como se

69 “Artículo 46. Deberes especiales del productor y proveedor. El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá: *1* Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado. *1* Permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los términos y por los mismo medios de la transacción original. *1* Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del proveedor y del productor del bien. *1* Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega”.

señala el artículo 50 de la Ley 1480, “*previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar*”, y así a continuación, “*la aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente y el consumidor deberá tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluir-la*”, una vez que hubiese concluido la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, según señala en su articulado, “*a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa de entrega, precio exacto, incluyendo impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago*”, dejando igualmente constancia muy clara en dicho estatuto de que “*quedará prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de estas se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo*”.

Mención aparte, y de vital importancia, es destacar el principal derecho atribuido al consumidor en las ventas a distancia, que es el derecho de retracto. Esta Ley 1480 fija un plazo de cinco días, que es poco comparado con otros países latinoamericanos que tienen plazo de siete, ocho y hasta diez días. En Europa, por ejemplo en países como España, Francia o Bélgica entre otros, el plazo es de siete días sin tener que indicar los motivos y sin que proceda ningún tipo de penalización, pero incluso en otros países europeos como Italia, Portugal o Alemania ampliaron ese plazo. Acerca de los efectos del retracto, el interrogante que imperaba en la doctrina colombiana era determinar si el consentimiento del consumidor prestado en este tipo de negocios o ventas a distancias, era suficiente para producir el perfeccionamiento del contrato. Se discute principalmente si el derecho de retracto finaliza una relación jurídica ya perfecta, o la relación no se perfecciona definitivamente hasta tanto no caduque

la posibilidad de retractarse⁷⁰. El mencionado estatuto es tajante y resuelve indicando que de hacerse uso de la facultad de retracto, el contrato se resolverá y se deberá reintegrar al consumidor el dinero que hubiese pagado. Y por lo tanto el contrato se perfeccionará con el acuerdo de voluntades, quedando sujeto a la posible resolución del mismo en caso del retracto del consumidor.

Para terminar este somero estudio por el derecho comparado, nos detenemos brevemente en el continente asiático pues, aunque podría ser considerado como un ordenamiento exótico, extraño al derecho europeo, los últimos acontecimientos acaecidos en estos días hacen que nos detengamos, aunque sea de manera efímera, a observar cómo se regula nuestro cometido en ese importantísimo país como es Japón, y en concreto dentro de su regulación jurídica, en su Código Civil de 1898 (cc jap.)⁷¹. Uno de los tres redactores del Código, Nobushige Hozumi⁷², lo califica “fruto del derecho comparado”⁷³, pues gracias a él, el derecho japonés se había emancipado de la familia jurídica china para incorporarse a la romana⁷⁴. Su regulación se inclina claramente, como queda señalado en su articulado a la hora de regular el momento de la perfección del contrato, por la teoría de la aceptación: “*el contrato entre personas que no se hallaren en el mismo lugar se perfecciona en el momento de la emisión de la notificación de aceptación*”, y continúa en su apartado segundo, “*cuando por haberle manifestado así al propio oferente o por los usos negociables no sea necesaria la notificación de aceptación, el contrato se perfeccionará en el momento en que se produzca cualquier hecho susceptible de ser reconocido como manifestación de la voluntad de aceptar*”.

70 J. Justo Mencía, *La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular, los contratos celebrados por medios electrónicos*, en *Derecho de Consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 412 (2002).

71 El Código Civil japonés de 1898 (tiene los libros I, II y III aprobados por Ley 89/1896, de 27 de abril, y los libros IV y V por Ley 9/1898, de 21 de junio), revisado en 1947 y 2004. Siendo la última reforma por Ley 87/2005, de 26 de julio.

72 En Japón, el apellido se antepone al nombre.

73 El derecho japonés asimila los principios del derecho europeo y anglosajón, se convierte en un código ecléctico de las tres escuelas (alemana, francesa y angloamericana).

74 F. Barberán & R. Domingo, *Código Civil Japonés*, Editorial Aranzadi, S.A. - Cizur Menor, Navarra, 25-28 (2006).

A. La perfección del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM), en los Principios Ünidroit y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PDEC).

La CVCIM parte del carácter recepticio de las declaraciones de voluntad contractual, no solo de la oferta y la aceptación, sino también de la retirada de ambas o la revocación de la oferta. Lo que no quiere decir que no haya algunas comunicaciones⁷⁵, a las que alude la propia Parte II de la Convención, que surten efectos desde su expedición en los casos de contratación a distancia, como por ejemplo la oposición del oferente a las adiciones o alteraciones no sustanciales que la aceptación introduzca en la oferta (art. 19.2), la convalidación de una aceptación expedida tardíamente (art. 21.1) o la denegación de eficacia a una aceptación enviada en plazo pero recibida tarde por el oferente (art. 21.2).

En consonancia con lo anterior, el contrato de compraventa internacional de mercaderías se entiende perfeccionado cuando el oferente conoce la aceptación (teoría de la cognición), si es un contrato celebrado verbalmente, o cuando la recibe (teoría de la recepción), si es un contrato celebrado por escrito, tal y como se desprende de los artículos 23, 18 y 24 CVCIM.

En efecto, establece el artículo 23 que el contrato se perfecciona cuando la aceptación surte efecto conforme a lo dispuesto en la Convención, con lo que remite al artículo 18, según el cual la aceptación deviene efectiva cuando llega al oferente.

La aceptación, como cualquier otra declaración de voluntad, llega a su destinatario (el oferente), conforme a lo dispuesto por el artículo 24, cuando se le comunica verbalmente⁷⁶, o se le entrega por cualquier medio personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no los tiene, en su residencia habitual.

El artículo 18.3 CVCIM contempla una excepción a la regla de la recepción, consecuente con el carácter dispositivo de la misma, cuando dispone que si en virtud de los usos o de las prácticas que

75 Las cuales son también en puridad, declaraciones de voluntad.

76 Vid. M. P. Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 233-238 (1996).

las partes hayan establecido entre sí el destinatario puede aceptar mediante la ejecución de un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se realice ese acto, siempre que dicha ejecución tenga lugar dentro del plazo fijado por el oferente o, en su defecto, del razonable según se explicó al estudiar la vigencia temporal de la oferta. Si no se dan las circunstancias previstas por el artículo 18.3 seguirá siendo posible la aceptación tácita a través de la ejecución del contrato, salvo que el oferente haya excluido explícita o implícitamente esta forma de asentimiento, pero si no se le comunica a este tal hecho, el contrato no se perfeccionará hasta que le lleguen las mercaderías o el precio, según fuera el comprador o el vendedor, con todo lo que ello conlleva.

Eso sí, la expedición de las mercaderías o el dinero equivalen al envío de la aceptación y, en consecuencia, extingue la facultad de revocar del oferente conforme al artículo 16.1 CVCIM.

La Convención no contiene ninguna norma para determinar el lugar de celebración del contrato entre personas distantes, cuestión sobre la que la doctrina se encuentra dividida. La discusión la alimenta el artículo 7.2 CVCIM, cuando dispone que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa o, a falta de tales principios, de acuerdo con la ley aplicable en virtud de la norma de derecho internacional privado. Así, mientras que para algunos puede deducirse de los principios generales de la Convención que la perfección tendrá lugar allí donde la aceptación resulte efectiva, es decir, en el lugar de recepción de la misma, para otros la fijación del lugar de conclusión del contrato deberá dejarse al ordenamiento nacional aplicable, a falta de previsión expresa o principio general al respecto⁷⁷.

Reglas similares encontramos en los Principios Unidroit y los PDEC. Ambos comienzan por establecer el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad (artículos 1.9 de los Principios Unidroit

77 Vid. A. Arroyo Aparicio, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 226-238 (2003); también trata este tema A. González Gozalo, óp. cit., *La formación del contrato...*, 137-153.

y 1:303 PDEC), En consonancia con ello, los artículos 2.6.2 de los Principios Unidroit y 2:205 PDEC establecen como regla general que el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe la aceptación, ya sea esta expresa o tácita. La recepción de la aceptación tiene lugar, según los artículos 1.9.3 de los Principios Unidroit y 1:303.3 PDEC, cuando se le entrega personalmente al oferente o se deposita en su establecimiento o dirección postal o, si carece de uno y otra, en su residencia habitual. Como excepción, equivalente a la prevista por el artículo 18.3 CVCIM, si como consecuencia de la oferta, de las prácticas establecidas entre las partes o de los usos el destinatario de la oferta puede aceptarla mediante la ejecución de algún acto sin comunicación al oferente, el contrato se perfecciona cuando comienza a realizarse dicho acto (arts. 2.6.3 de los Principios Unidroit y 2:205.3 PDEC).

CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

Para el profesor Sánchez Lorenzo,

La idea de la unificación del derecho contractual europeo se concibió, en primer lugar, como una fórmula para facilitar el buen funcionamiento y la eficiencia del mercado interior, de facilitar, en suma, el comercio transfronterizo o internacional en el seno de la Unión Europea. Con el tiempo, sin embargo, la unificación se ha convertido en una bandera multicolor: ha servido a propuestas que se inspiran en postulados filosóficos y políticos de unidad de mayor envergadura, y sobre todo, desde una perspectiva interna, ha ayudado en la aspiración de una renovación y modernización de los derechos nacionales en materia de obligaciones.⁷⁸

Tras una ardua regulación jurídica a lo largo de los años, con Proyectos y Comisiones con el fin de promover unos principios comunes en el ámbito del derecho de los contratos, con la finalidad de favorecer una convergencia entre los derechos nacionales de los distintos estados, el pasado 1º de julio de 2010 se presentó el Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas con el objetivo de reforzar un mercado interior, ayudar al cumplimiento de sus objetivos económicos y al relanzamiento de la economía.

Pues bien, una vez observados los supuestos de la legislación vigente en materia de perfección de los contratos a los que nos venimos refiriendo a lo largo de nuestro estudio, vista la nueva redacción del artículo 1262 del Código Civil, sustituyendo “*la aceptación hecha por carta*”, por la expresión, “*hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó [...]*”, la creciente y abrumadora demanda de servicios de comunicación electrónica y de servicios asociados a ellas, y sobre todo a la preocupación existente por la protección del consumidor o usuario tan escasa, pues no existe una adecuada información precontractual, no se atiende a ningún estándar de veracidad en la publicidad, no se respetan las ofertas, los precios se manipulan discrecionalmente, se engaña con dolo, no se suministran los soportes escritos de los contratos, rara vez se

78 S. Sánchez Lorenzo, ed., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Editorial Aranzadi, S.A. – Cizur Menor, Navarra, 17-25 (2009).

garantiza el servicio postventa (se imponen *de iure* o *de facto* condiciones contractuales esclavistas)⁷⁹. Con todo ello, resultaba a todas luces evidente que con una regulación incompleta y fragmentada en diferentes textos legales, la actual redacción del Código Civil, pese a la reforma del año 2001, no se adaptaba a la diversidad de medios de comunicación susceptibles de utilizarse en el siglo XXI.

Por tanto, consciente de estas carencias, la Comisión General de Codificación aprovecha la Propuesta de Modernización del Código Civil⁸⁰ para mejorar la redacción y reunificar la dispersión normativa con la introducción del artículo 1267, dentro del Título II, Capítulo II, Sección 6ª, bajo el epígrafe *De la protección de los consumidores en los contratos a distancia*, y el artículo 1268, en la Sección 7ª con el epígrafe *De la contratación electrónica*⁸¹.

Respecto al artículo 1267 de la Propuesta de Modernización, lo primero que nos sorprende es la inusitada extensión del precepto, que recuerda a algunos artículos de nuestra Ley Hipotecaria. Podemos pensar que en estrictos términos de técnica legislativa hubiera sido más correcto su fraccionamiento en varios preceptos, tal como hemos observado en el derecho comparado, lo que en nuestra opinión facilitaría visualmente la comprensión del concepto al contenerse en unas dimensiones razonables. Por contra, su extensión hace que apenas hayamos leído la mitad del artículo nos veamos obligados continuamente a retroceder, para ir recordando qué reglas o qué excepciones incorporaba el precepto.

Pero mi opinión general es que la iniciativa que debe ser una de las tareas más importantes que han de llevarse a cabo en el contexto de la construcción de un derecho privado europeo, es todavía reformar y actualizar los códigos nacionales, también los de tradición napoleónica, es decir, cuidar los propios códigos nacionales, mirar para adentro, sabiendo lo que hay fuera, recomponer la coherencia del sistema de derecho privado interno que, generalmente, y no solo como consecuencia del impacto de las directivas comunitarias, sino

79 A. Carrasco Perera, *Estudios sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Editorial Aranzadi, S.A. – Cizur Menor, Navarra, 27-29 (2005).

80 Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Boletín de Información, año LXIII, enero de 2009.

81 Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

por ese largo proceso de descodificación que viene produciéndose en el derecho privado, está deteriorada. El derecho privado europeo requiere la aportación de los mejores elementos de cada tradición jurídica nacional, pero para eso es importante que cada país haga el esfuerzo de poner al día su propio derecho privado.

REFERENCIAS

Libros

- A. Arroyo Aparicio, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid (2003).
- A. Carrasco Perera, *Estudios sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Editorial Aranzadi, S.A. – Cizur Menor, Navarra (2005).
- A. González Gozalo, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada (2004).
- A. Lamarca Marqués, *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid (2008).
- A. Mariño López, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado, La Ley Uruguay*, Montevideo (2009).
- B. Moreno Quesada, *La oferta del contrato*, Barcelona, Colección Nereo (1963).
- E. Sánchez Calero, *Instituciones de derecho mercantil, II, Titulos valores, contratos mercantiles, derecho concursal y marítimo*, 21ª ed., McGraw Hill, Madrid (1998).
- F. Barberán & R. Domingo, *Código Civil Japonés*, Editorial Aranzadi, S.A. - Cizur Menor, Navarra (2006).
- F. Vicent Chulia, *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch (2012).
- J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, 20ª ed., Presses Universitaires de France, Paris (1996).
- J. Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 1ª ed., Silverio, Madrid (1956).
- J. Ghestin, *Traité de droit civil. la formation du contrat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª ed., Paris (1999).
- J. Justo Mencia, *La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular, los contratos celebrados por medios electrónicos*, en *Derecho de Consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid (2002).
- J. Osorio Morales, *Lecciones de derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte General)*, 2ª ed., revisada y puesta al día por J. M. Ossorio Serrano, Comares, Granada (1986).
- M. Broseta Pont, *Manual de derecho mercantil 2*, 19ª ed., Tecnos, Madrid (2012).
- M. P. Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia (1996).
- R. Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid (2001).
- R. Uría, *Derecho mercantil, I*, 33ª ed., Marcial Pons (2010).
- S. Sánchez Lorenzo, ed., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Editorial Aranzadi, S.A. – Cizur Menor, Navarra (2009).

Colaboraciones en publicaciones colectivas

- Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral III*, en *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 719-721, 16ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, Reus, Madrid (1992).
- E. Seco Caro, *Compraventas especiales y contratos afines en derecho mercantil*”, en G. J. Jiménez Sánchez, coord., *Derecho mercantil*, II, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, Derecho mercantil, (2010).
- J. L. Pérez-Serrabona, *Arrendamientos mercantiles*, en G. J. Jiménez Sánchez, coord., *Derecho mercantil*, II, 14ª ed., 585-598, Marcial Pons, Madrid (2010).
- M. Vergez, *Compraventas especiales y contratos afines a la compraventa*, en Uría-Menéndez, *Curso de derecho mercantil II*, 65-79 (2012).
- R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Formación del contrato*, en R. Bercovitz, coord., *Manual de derecho civil. Contratos*, 42-43, Bercal, Madrid (2003).

Artículos de revista

- B. O’Neill, *Trust in the information society*, 28 *Computer Law Security Review*, 551-559 (2012).
- F. J. Pérez-Serrabona González, *El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos*, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho*, UGR (agosto de 2012).
- J. J. Marín López, *Ordenación del comercio minorista. Comentario a los artículos 38 a 48*, en *AA. VV.*, 280-299, Barcelona (1996).
- J. Juste Mencia, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo. Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997*, 1626 *La Ley*, (1997).
- M. Calvo San José, *La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia*, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 31 (2001).

