



REAL ACADEMIA DE DOCTORS

La transformación del negocio jurídico como
consecuencia de las nuevas tecnologías de la información

•

Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari electe

Excm. Sr. Rafael Mateu de Ros Cerezo

Doctor en Dret

A l'acte de la seva recepció, 26 de gener de 2004 i

discurs de contestació de l'acadèmic de número

Excm. Sr. Jaime Manuel de Castro Fernández

Doctor en Dret

Barcelona

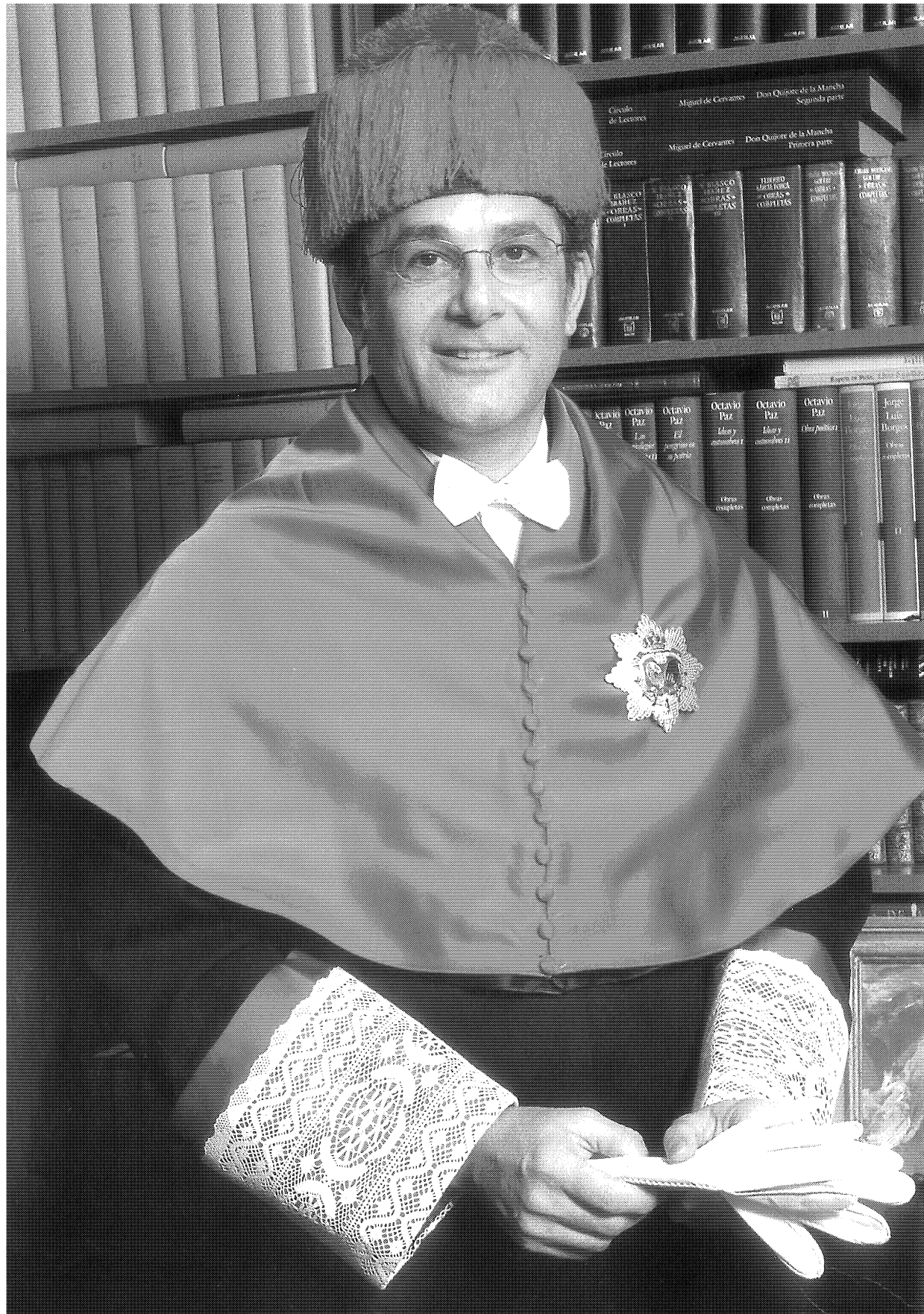
2004

Dr. Rafael Mateu de Ros Cerezo

La transformación del negocio jurídico como
consecuencia de las nuevas tecnologías de la información

REAL ACADEMIA DE DOCTORES

-Publicacions-



Excmo. Sr. Degà President,
Excmos. Sres. Académicos,
Señoras y Señores:

Constituye para mí un inmenso honor haber sido admitido como Académico de número en esta Ilustre Corporación y poder contribuir modestamente a los fines de la misma. Agradezco mucho a las autoridades que presiden el acto, a los miembros de la Corporación que nos acompañan y a todos ustedes su presencia aquí esta tarde.

Es objeto del presente discurso, el análisis jurídico de algunas de las consecuencias que la implantación de las nuevas tecnologías está produciendo en el Derecho privado, civil y mercantil, y más en concreto, en el Derecho de obligaciones y contratos.

I. EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Es objeto del presente estudio el análisis de las consecuencias que la implantación de las nuevas tecnologías está produciendo en el Derecho privado, civil y mercantil, y, más en concreto, en el Derecho patrimonial. Estamos en los albores de un mundo nuevo significado por la evolución tecnológica incesante. Las tesis que vamos a exponer son, por ello, provisionales, premonitorias de transformaciones aun pendientes de ser conocidas y definidas, pero, no obstante, revolucionarias respecto de algunos elementos nucleares de la estructura del negocio jurídico tal como ha sido concebido por la teoría tradicional.

Se ha dicho que para superar ese miedo o aversión a la novedad - muchas veces de carácter interesado- que algunos padecen ⁽¹⁾ y que les hace presentar la contratación a través de la red como una experiencia jurídica peligrosa, basta, en principio, con releer las reglas de nuestro Derecho de obligaciones y contratos en clave electrónica ⁽²⁾. Pero no es menos cierto que las singularidades del nuevo medio de contratación -las nuevas tecnologías- van a intensificar el proceso de transformación del Derecho de obligaciones y

(1) "El temperamento conservador de los juristas constituye un estereotipo que se liga con la idea de prudencia, "prudencia iuris" o "jurisprudencia"... que se quiere hacer sinónimo de cautela o precaución" (L. Díez-Picazo: "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", 3ª edición, Barcelona 1999, p. 298).

(2) Cándido Paz-Ares, M^a.I. Sáez Lacave y N.Bermejo Gutiérrez, "La emisión de declaración de voluntad en Internet", en la obra colectiva "La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas", director J.L. Perales Sanz, Consejo General del Notariado-UIMP-Civitas, 2002, pp.109 y ss. y en J. Martínez-Simancas (director): "Derecho de Internet", SCH, 2001. M^a. S. Flores Doña: "Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación", Madrid, 2002.

contratos que viene gestándose, de manera imparable, desde mediados del siglo XX y que se está acelerando en esta época de globalización, internacionalización y aproximación de los ordenamientos jurídicos nacionales, tráfico jurídico en masa y protección pública de los intereses de los contratantes, sobre todo de los consumidores y de quienes se adhieren a condiciones generales de la contratación.

Las nuevas tecnologías han venido a incidir de manera decisiva en ese proceso y a desencadenar cambios sustanciales en el modelo tradicional del contrato y del acto jurídico, de la responsabilidad civil, de la organización interna de la sociedad mercantil y de otros aspectos del Derecho privado, también en la teoría del acto administrativo y del órgano típicas del Derecho público, además de otras repercusiones jurídicas del fenómeno de Internet que pueden alcanzar al propio Derecho constitucional.

Como introducción a nuestro estudio, es conveniente que nos detengamos por unos instantes en el concepto de contrato electrónico ⁽³⁾.

Para ello hay que acudir a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) ⁽⁴⁾ que constituye, junto a la legislación

⁽³⁾ Sobre el concepto de contrato electrónico en la LSSI, ver -más ampliamente- R. Mateu de Ros: "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", en la obra colectiva coordinada por R. Mateu de Ros y M. López-Monís Gallego, "Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", Thomson Aranzadi, 2003.

⁽⁴⁾ Sobre la nueva Ley 34/2002, ver la obra colectiva "Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", Aranzadi, 2003, coordinada por R. Mateu de Ros y M. López-

sobre firma electrónica ⁽⁵⁾, la base normativa del llamado Derecho de la Sociedad de la Información o de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones ⁽⁶⁾, en el que confluyen otros grupos normativos ⁽⁷⁾ asimismo

Monís Gallego. Otras obras sobre la nueva LSSI son las siguientes: M.A. Moreno Navarrete: "Derecho-e. Derecho del Comercio Electrónico", Marcial Pons, 2002. J.R. Pardo Gato, "Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales Contractuales", Thomson Aranzadi, 2003. El Tomo III, Obligaciones y Contratos, volumen 1º, de la obra colectiva "Instituciones de Derecho Privado", coord. J.F. Delgado de Miguel, Consejo General del Notariado, Editorial Civitas, 2000. AAVV: "La nueva Ley de Internet" (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio), coordinadores Javier Cremades y José Luis González Montes, Cremades&Calvo Sotelo- Vodafone, La Ley, 2003.

⁽⁵⁾ Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, en vía de sustitución por una nueva Ley de firma electrónica: el Proyecto de Ley de Firma Electrónica, ha sido publicado en el BOCG num. 158-1 de 20 de junio de 2003.

⁽⁶⁾ Ver las Recomendaciones de la Comisión Especial de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, de 1 de abril de 2003, creada por el Consejo de Ministros con fecha de 27 de noviembre de 2002.

⁽⁷⁾ Las disposiciones más importantes a tener en cuenta son: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGCU), Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM) (en particular, artículos 38 al 48, relativos a las ventas a distancia), Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), Ley 28/1998, de 13 de julio, de ventas a plazos de bienes muebles, el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (en proceso de sustitución por una nueva Ley de firma electrónica, como se indica en la nota (5) anterior), el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3. de la LCGC (en proceso de revisión), la Orden de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica y la Orden de 18 de marzo de 2003, por la

fundamentales para comprender la magnitud del fenómeno jurídico -no sólo económico, social y cultural- representado por Internet y, en general, por las nuevas tecnologías cuyo proceso de aplicación es todavía muy reciente y que, además, están en constante renovación y sustitución.

que se aprueba el Plan Nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (". es").

Además de las normas sobre protección de los consumidores, afectan a la contratación mercantil electrónica, entre otras, las siguientes: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas y Reglamento aprobado por RD 687/2002, de 12 de julio, -Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia y Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Y, desde luego, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Especial referencia hay que hacer a la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la LOCM, que introduce una serie de modificaciones, sobre todo del Capítulo II referente a las ventas a distancia, necesarias por el hecho de que la LOCM es anterior a la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, a la que nos volveremos a referir en breve.

Otras disposiciones recientes son la Ley 39/2002, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y diversas leyes sectoriales con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley 44/2002, de 22 de noviembre) que introduce en su art. 20 ("Efectos jurídicos de la contratación electrónica", incluido en el Capítulo IV, ("Impulso al empleo de técnicas electrónicas") una modificación del apartado 2 del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y un nuevo apartado 2 en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y las normas fiscales sobre servicios prestados por vía electrónica contenidas en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Destacaremos el art. 20 ("Efectos jurídicos de la contratación electrónica", incluido en el Capítulo IV, "Impulso al empleo de técnicas electrónicas")

de la reciente Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley 44/2002, de 22 de noviembre) que introduce una modificación del apartado 2 del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y un nuevo apartado 2 en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La primera extiende el ámbito de la delegación prevista en el art. 48 citado a "regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación electrónica". La segunda, habilita al Ministro de Economía -también "con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación electrónica"- para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela".

La Ley 7/2003, de 1 de abril, sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa, regula la aplicación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas para la tramitación de la constitución de la sociedad (art. 134), así como la convocatoria telemática e la Junta General (art. 138).

Por último, la reciente Ley 26/2003, de 17 de julio, sobre transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que modifica la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas, regula por primera vez, el voto electrónico y la delegación electrónica del voto en las Juntas Generales de las sociedades anónimas cotizadas y contempla, por otro lado, la existencia preceptiva de una página "web" corporativa en la que la sociedad debe publicar determinada información en interés de los accionistas. Y la Ley 34/2003 de 4 de noviembre de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados que incorpora al ordenamiento nacional la Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros a los consumidores.

En Derecho comunitario, debemos hacer referencia a las siguientes Directivas: Directiva 85/577/CE, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Directiva 87/102/CE, de 22 de diciembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, Directiva 90/88/CE, de 22 de febrero, Directiva 93/13/CE, de 5

La LSSI no ha pretendido ser una ley general de los contratos celebrados a través de Internet, aunque tal vez acabe siéndolo sin proponérselo ⁽⁸⁾ y, circunscrita a la

de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y la Directiva 99/93/CE, de 13 de diciembre, sobre firma electrónica. Todas ellas han sido incorporadas ya al ordenamiento jurídico español.

Finalmente, hay que mencionar la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2002, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información y dos Directivas recientes: la citada Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad de las comunicaciones electrónicas.

⁽⁸⁾ La Ley 47/2002, de 19 de diciembre de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), 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 Comunitarias, precisa la relación existente entre la LSSI y la LOCM, al establecer que cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (art. 38.6) y que las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente se regirán por su normativa específica (art. 38.7). Al mismo tiempo, la Ley 47/2002 contiene determinadas normas que dan por supuesto que las ventas electrónicas se rigen también por la LOCM (arts. 38.3.b), 38.5, 45.c), 40.2, y 47.2 LOCM modificada por la Ley 47/2002). La LOCM será aplicable a los contratos electrónicos, pero sólo con rango supletorio de la LSSI, afirmación que si bien puede extraerse del propio art. 23.1 LSSI, ha sido reconocida de modo expreso por la citada Ley 47/2002. Con ello, se eliminan, al menos, algunos de los conflictos que puede ocasionar el hecho de que ambas leyes incluyan normas con idéntica finalidad -como los deberes de información del prestador o

transposición de la Directiva 2000/31/CE, no ha derogado de forma expresa determinados preceptos de la legislación preexistente, incompatibles con el tráfico contractual electrónico, aunque algunas de ellas deben considerarse, en nuestra opinión, tácitamente derogados ⁽⁹⁾. Lo que sí produce es un efecto inmediato de enormes consecuencias: todos los contratos -y también los actos jurídicos- pueden ser válidamente celebrados a través de Internet y demás técnicas de comunicación a distancia, incluso aquellos para los que la ley exige que consten en documento privado con carácter obligatorio. Hay excepciones, como veremos enseguida, pero son muy limitadas.

Pues bien, la LSSI considera como "contrato electrónico" o "contrato celebrado por vía electrónica", "todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones" (Anexo LSSI -Definiciones, apartado h)

proveedor- y diferente contenido, pero se siguen suscitando dudas importantes como, por ejemplo, la de la aplicación del derecho de desistimiento del actual art. 44 LOCM a todas las ventas electrónicas o solamente a algunas.

⁽⁹⁾ Frente a una interpretación continuista de la integración de la LSSI en el Derecho preexistente, la eficacia derogatoria implícita (art.2.2 CCivil) de la LSSI se proyecta, con carácter general, sobre todas las normas legales o reglamentarias que en el ámbito del Derecho patrimonial privado español y, en general, en el de cualquier modalidad de contrato, exigen que un determinado acto o contrato se formalice por escrito con carácter obligatorio, y, de modo específico, sobre determinadas normas, hasta ahora en vigor, en materia de contratación y comercio electrónico, que indicamos a continuación. Respecto de estas últimas, la LSSI despliega una eficacia derogatoria tácita por contradicción o incompatibilidad, en identidad de materia, entre la nueva ley (ley especial de la contratación electrónica) y las leyes anteriores (art. 2.2 CCivil), eficacia derogatoria que alcanza, evidentemente, a las disposiciones de rango inferior dependientes, complementarias o ejecutivas de las normas derogadas.

De esta definición, podemos extraer una serie de elementos que nos faciliten la inteligibilidad de un concepto polisémico como es el de contrato electrónico:

I.1. Un contrato definido por razón del modo de celebración

El contrato electrónico no responde a un modelo sustantivo de contrato, ya sea típico o atípico, sino que es un negocio jurídico delimitado en función de la modalidad, modo, medio o vía -más que de la forma en sentido estricto- a través de la cual se celebra o perfecciona: la "vía" o el "medio" electrónico, forma de contrato que la definición transcrita describe, aunque sea de manera muy somera. Lo decisivo a estos efectos no es el contenido ni el documento o soporte del contrato, sino el medio electrónico en el que aquél surge y se concierta ⁽¹⁰⁾. Si el contrato se celebra a través de esa infraestructura técnica, se trata de un contrato electrónico ya se refiera a bienes o a servicios, sea oneroso o gratuito, civil, mercantil o de otra naturaleza, se refleje o no en un soporte electrónico y cualquiera que sea la normativa material que rijan los derechos y las obligaciones de las partes.

El contrato electrónico no se define, por tanto, por el factor de la "distancia" entre las partes ⁽¹¹⁾ sino por la

⁽¹⁰⁾ Sobre el concepto de modo de contratar versus forma del contrato, ver la nota (30) posterior

⁽¹¹⁾ A diferencia de la definición normativa de contrato (venta) a distancia es la contenida en el art. 38.1 LOCM -reformado por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre- que establece: "Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el

circunstancia de que en el momento de las declaraciones de voluntad de las partes, constitutivas del contrato, se manifiestan ("transmiten") a través de aquel modo específico. Aunque más adelante aludiremos al valor relativo de la declaración de voluntad -y del propio concepto de consentimiento en la esfera de la contratación en masa de la que los contratos electrónicos constituyen ejemplo actual y relevante- la descripción legal sirve, incluso en aquellos supuestos en que resulta difícil apreciar la concurrencia de un verdadero consentimiento, si el término ideal de "declaración de voluntad" se sustituye por el término real de "envío de comunicación o mensaje" por vía electrónica.

La vía electrónica de contratación requiere además que las declaraciones de voluntad de las partes -la oferta y la aceptación cuyo concurso produce la manifestación del consentimiento contractual o perfección del contrato- se comuniquen entre las partes contratantes por medio de una determinada infraestructura técnica -"equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos"- que, además, debe estar conectada a una red de telecomunicaciones.

vendedor". Como veremos, y a pesar de la apariencia, no todos los contratos electrónicos son contratos a distancia.

No tienen, por exclusión, la calificación de contratos electrónicos a efectos de la LSSI, aquellos negocios jurídicos que utilizan mecanismos electrónicos en su fase de negociación, elaboración, ejecución, registro y prueba, pero que no se han perfeccionado de modo electrónico sino a través de la concurrencia física de las partes o de otros medios de contratación diferida o a distancia. La LSSI sólo se proyecta -como la Directiva 2000/31/CE- sobre el contrato -así como sobre los actos o comunicaciones contractuales y sobre los actos jurídicos en general -celebrados "on-line" o, en su caso, sobre la fase o tramo telemático de los contratos mixtos "on/off-line". La fase o fases no electrónicas del contrato ni afectan al concepto que estamos analizando ni resultan relevantes para la LSSI, que autoexcluye la posibilidad de extender su ámbito de aplicación a la parte no electrónica del contrato telemático.

No es, en cambio, un elemento que forme parte del concepto de contrato electrónico la utilización de la firma electrónica reconocida –ni de ninguna otra de las modalidades legalmente tipificadas de firma electrónica- por una o por todas las partes del contrato para signar el contrato. La firma electrónica, en Derecho español, es un mecanismo de autenticidad de la comunicación telemática rigurosamente voluntario. De ahí que el art. 24 de la LSSI establezca que la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre la firma electrónica” y añade que “en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”. La legislación especial sobre firma electrónica tampoco prevé ningún supuesto en el que el uso de la misma resulte preceptivo.

Tampoco el concepto de contrato electrónico establecido por nuestro ordenamiento jurídico ni el principio de equivalencia o equiparación del mismo con la forma escrita privada requieren que el contrato electrónico cumpla determinadas condiciones relativas a la perdurabilidad, fiabilidad o integridad de su contenido. La LSSI (art. 23.3) ha optado por el sistema de “equiparación automática” entre contrato celebrado por vía electrónica y contrato celebrado en forma documental privada. Es cierto que el art. 23.3 exige que el contrato o la información se contenga en un “soporte electrónico” y que el citado art. 24.2 singulariza el valor probatorio del mismo, pero puesto que la ley no determina las condiciones técnicas que el “soporte electrónico” , debe reunir ni adjetiva o cualifica el mismo en ningún sentido, la interpretación y la aplicación de estos preceptos van a abrir posibilidades plurales y flexibles en punto a la eficacia jurídica del contrato electrónico, tanto en el orden sustantivo

como en el procesal. En este sentido, no hay que olvidar que el contrato electrónico, a diferencia del contrato verbal, suele dejar siempre un rastro o registro informático de su realización (del envío y de la recepción de las comunicaciones interpartes); la ecuación “fugacidad de las comunicaciones electrónicos” – “necesidad de que consten de forma perdurable en un soporte duradero” no responde, con frecuencia, a la realidad y el propósito de la LSSI no es, desde luego, someter al contrato electrónico a un formalismo “sui generis” que resultaría no ya similar sino más oneroso que el que rodea a un contrato privado en documento escrito.

I.2. El concepto objetivo de contrato electrónico

La definición de contrato electrónico -aunque ajena a la noción de contrato a distancia- no se resuelve en la referencia subjetiva a la cualidad de las partes contratantes sino que responde a unos parámetros exclusivamente objetivos: El apartado h) del Anexo de la LSSI no menciona a los prestadores de servicios de la sociedad de la información ni a los destinatarios de los mismos, pese a que el ámbito de la LSSI está delimitado (art. 2) desde la perspectiva subjetiva de los prestadores, proveedores u oferentes de aquellos servicios. Contrato electrónico no es sinónimo de contrato celebrado por un prestador de servicios de la sociedad de la información.

De ahí que la Exposición de Motivos de la LSSI (apartado IV) indique que “las disposiciones contenidas en esta Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de

servicios de la sociedad de la información". Partiendo, en primer lugar, del amplísimo concepto de servicios de la sociedad de la información que la LSSI acoge, conforme al apartado a) de su Anexo, hay que tener en cuenta además que la estructura jurídica básica del contrato electrónico se proyecta sobre operaciones que quedan fuera del ámbito de los servicios de la sociedad de la información y a las que por tanto no les es aplicable el resto de la LSSI, pero sí el Título IV de la misma ⁽¹²⁾.

I.3. Los contratos y actos jurídicos excluidos y de la LSSI

Un elemento de la definición legal de contrato electrónico que no debe pasar desapercibido -aunque quizás el legislador no haya hecho un uso consciente del mismo en

(12) A esos contratos electrónicos cuyo objeto no son servicios de la sociedad de la información, les serán de aplicación en concreto las siguientes disposiciones de la LSSI: art. 23 (validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica), 24 (prueba de los contratos celebrados por vía electrónica), 25 (intervención de terceros de confianza), 26 (ley aplicable), 29 (lugar de celebración del contrato) y la nueva redacción de los arts. 1262 CCivil y 54 CCom. establecida por la Disposición adicional cuarta de la LSSI. No serán, en cambio, de aplicación a los mismos los arts. 10 y 27 LSSI, por cuanto regulan deberes de información imputables solamente a los prestadores de servicios (aunque sí el apartado 3 del art. 27 que afecta a la vigencia de las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica, que se refiere a todo oferente que utilice la referida modalidad de oferta contractual aunque no tenga la condición de prestador de servicios). El art. 28 LSSI (que regula la información posterior a la celebración del contrato, exigiendo al oferente -sea o no prestador de servicios- la confirmación de la recepción de la aceptación) no será aplicable a un contrato electrónico del que no sea parte ninguna persona física o jurídica que ostente la condición de prestador en el sentido legal del término, ya que está concebido exclusivamente para los contratos entre prestadores y destinatarios de servicios -cualquier que sea la posición jurídica de oferente o de destinatario de la oferta de contrato que puedan asumir en el caso concreto- y no para contratos electrónicos entre consumidores.

el contexto del Anexo de la LSSI- es el propio comienzo de la definición: "todo contrato".

Cuando la LSSI incluye en su propia denominación la expresión "comercio electrónico", la actividad mercantil es la realidad social a la que nos remite de manera más intuitiva la legislación sobre contratación electrónica, mas lo cierto es que el Título IV de la LSSI se extiende tanto a contratos mercantiles como a contratos civiles, según se desprende del inciso segundo del art. 23 que establece que "los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial".

La invocación de las normas civiles es, por tanto, de carácter directo, no por vía de mera supletoriedad del Derecho mercantil, y, por ende, hay que afirmar que la LSSI es una ley horizontal -pero también una *lex specialis*- que rige respecto de los contratos celebrados y de los actos jurídicos realizados por vía electrónica, cualquiera que sea la normativa sustantiva aplicable a los mismos: Derecho civil, mercantil, administrativo, laboral, etc. Es cierto que el art. 23.1 LSSI no contiene referencias a órdenes normativos distintos del Derecho civil y mercantil, pero no tendría sentido que, en base a la remisión que el párrafo segundo de ese artículo y apartado, efectúa a los "Códigos civil y de Comercio" y a las "restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos", se entendiera que los regímenes contractuales ajenos a las mismas quedan fuera del ámbito de la LSSI. Hay varios motivos para argumentarlo:

- El principio de validez de la contratación electrónica (art.23.1) y el de equivalencia funcional (art. 23.3) se predicen

de la generalidad de los contratos -y de los actos jurídicos- del ordenamiento jurídico español.

- Las exclusiones de la ley están tasadas y no son más que las previstas en el art. 23.4 o las que dimanen de otros preceptos de la LSSI.

- El principio espiritualista que inspira el Derecho de obligaciones y contratos en nuestro ordenamiento (Exposición de Motivos, apartado IV, LSSI) se extiende a los contratos ajenos a la órbita del Derecho privado, por lo que no tendría sentido que la exigencia de forma documental privada existente en esos otros regímenes contractuales no pudiese ser sustituida por el consentimiento electrónico de conformidad con el art. 23.3 LSSI.

El principio de "equivalencia funcional" implícito en el art. 23 LSSI implica, por ende, que cualquier contrato, salvo los que son objeto de excepción expresa por dicho precepto, puede ser celebrado por vía electrónica, incluso aquellos respecto de los cuales la ley exige la forma escrita obligatoria.

En relación con los actos regulados por el Derecho público -fundamentalmente, los actos administrativos y los actos de los administrados sujetos a Derecho administrativo- la viabilidad de la vía electrónica de declaración de la voluntad del órgano o del interesado tampoco queda excluida por principio: dependerá de la legislación aplicable en cada caso, pues la autonomía de la voluntad inherente a la institución contractual se ve sustituida en dicho sector del ordenamiento por el régimen jurídico-público que regula el

ejercicio de la potestad o la forma de producción del acto correspondiente ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ El art. 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC), Ley 3071992, de 26 de noviembre, establece que "los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión o constancia" (apartado 1) y, a continuación, con objeto de distinguir con más precisión la "producción" de la "constancia" o documentación del acto, señala que "en los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de que procede". De lo que se desprende que la generación verbal del acto administrativo puede considerarse admitida con carácter general en Derecho administrativo español y que la documentación ulterior del acto oral ya válidamente dictado en un soporte escrito no es un requisito de eficacia exigible en todos los casos.

En Derecho Administrativo, la disposición más significativa en cuanto a la incorporación de la forma electrónica al procedimiento es la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introduce una serie de modificaciones en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el fin de impulsar la administración electrónica. Sin estas normas, si bien era posible la presentación y la tramitación telemática de escritos y solicitudes (vid art 45 Ley 30/92 y normas de desarrollo) llegaba un punto en el que era necesaria la transcripción en papel de determinados actos para su notificación a través del modo tradicional. La Ley 24/2001 crea los registros administrativos telemáticos (encargados de dar fe de la recepción, custodia y emisión de escritos y comunicaciones) y regula la notificación telemática del acto administrativo.

El art. 105 Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 de diciembre) , modificado igualmente por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, señala que "La Administración tributaria establecerá los requisitos para la práctica de las notificaciones mediante el empleo y utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, de conformidad con la normativa reguladora de dichas notificaciones», regulando a continuación el régimen de las notificaciones telemáticas en el ámbito de los procedimientos tributarios.

Por lo que se refiere a los contratos administrativos, los mismos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados (art. 53 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) (LCAP) y que se formalizan en "documento administrativo", el cual constituye "título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento" (art. 54 LCAP). Aunque la LCAP no admite la contratación verbal "salvo que el contrato tenga carácter de emergencia" (art. 55), consideramos que el acto de adjudicación, que determina la perfección del contrato administrativo, puede ser dictado en forma electrónica (art. 55 LRJAPAC), sin perjuicio de la posterior formalización documental del mismo (art. 54 LCAP), la cual puede consistir también en un documento electrónico aunque en este caso, y a falta de un precepto general, sólo si la legislación administrativa aplicable lo permite.

El contrato de trabajo tampoco es un contrato de naturaleza formal. El art. 8 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) admite que se celebre "por escrito o de palabra" y presume su existencia por el hecho de la prestación de un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro. Incluso en los casos en que el apartado 2 de dicho art. 8 (modificado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre) exige que el contrato de trabajo conste por escrito, el incumplimiento de tal exigencia no invalida el contrato sino que produce la conversión del mismo en un contrato que se presume celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido. El contrato de trabajo puede, por tanto, y merced al efecto expansivo del art. 23 LSSI, ser celebrado por

vía electrónica, sin perjuicio de que el cumplimiento de los requisitos de información regulados en los apartados 3, 4 y 5 del mismo art. 8 exija la expedición de copias del contrato de trabajo celebrado electrónicamente.

Las únicas excepciones al principio general consignado en el art. 23.1 LSSI vendrán determinadas por las normas sustantivas que se apliquen a determinadas modalidades de contratos en la medida en que impongan requisitos de validez distintos de la forma escrita: (art. 23.3 LSSI) y dichos requisitos no puedan ser satisfechos a través de un contrato electrónico o no lo sean en un supuesto determinado, o bien como consecuencia de que el acto o contrato corresponda a alguna de las dos únicas categorías de excepciones que la LSSI contempla en el apartado 4 del art. 23:

- Los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones, exclusión que, por cierto, confirma la plena aplicación de la LSSI al ámbito del Derecho civil.

- Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, los cuales se regirán por su legislación específica.

Por Derecho de familia (la LSSI debería referirse a actos o negocios jurídicos, más que a contratos) debe entenderse el contenido de los Títulos IV, V, VI y VII del Libro I del CCivil, y quizás el Título X (tutela), pero no los demás -el resto del Derecho de personas- de dicho Libro ni el Título III del Libro IV (régimen económico matrimonial). El ámbito del Derecho de sucesiones es el comprendido en el Título III del Libro III del CCivil, pero no la donación (Título II del Libro III). Así,

la donación de cosa mueble, que puede ser verbal o escrita (art. 632 CCivil) o la revocación de la misma (art. 644 CCivil) podrían otorgarse por vía electrónica. Y, salvo por la norma expresa del art. 23.3 LSSI, tampoco debería existir inconveniente teórico en el otorgamiento electrónico del testamento ológrafo (art. 678 CCivil) y su revocación (arts. 737 y ss.CCivil), la aceptación de la herencia (art. 988 CCivil, cuyo art. 999 admite incluso la aceptación tácita) o los convenios reguladores de la separación y el divorcio (arts. 81, 86 y 90 CCivil), entre otros muchos negocios jurídicos. No cabe duda de que el contrato de sociedad civil (art. 1667 CCivil, salvo en el caso previsto en su art. 1668)), el contrato de compraventa (art. 1450 CCivil) y el de arrendamiento (art. 1547 CCivil) y, en general, todos los de naturaleza consensual, pueden perfeccionarse por vía electrónica, incluida la fianza, pues no hay duda de que la "forma expresa" del consentimiento (art. 1827 CCivil) queda también cubierta por el principio de equivalencia funcional al que nos referimos en el capítulo siguiente. Respecto de los contratos reales, en el simple préstamo (art. 1739 CCivil) la entrega de la cosa (art. 1740 CCivil) se puede producir de modo instantáneo en la red o bien a través de la misma cuando se trate de dinero o de un bien digitalizado, y en el depósito se puede convenir -como en el préstamo- un precontrato o una promesa de depósito que consiga el mismo fin económico del contrato para obviar el obstáculo de la recepción simultánea de la cosa (art. 1758 CCivil) ⁽¹⁴⁾

⁽¹⁴⁾ Respecto de la prenda telemática de valores, es fundamental el estudio de L.J. Cortés Domínguez, "La prenda de valores cotizados y la contratación en Internet", en AAVV "Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital", Aranzadi, 2001, coord, por R. Mateu de Ros y J.M. Cendoya Méndez de Vigo, pp. 499 y ss.. Respecto de la prenda (civil) telemática (art. 1863 CCivil), ver los artículos de J. Martínez-Simancas ("La contratación por vía electrónica en el mercado de crédito") y de Lucía Arranz ("Los contratos del comercio electrónico") publicados en la obra

En la esfera del Derecho mercantil, el principio de libertad de forma (art. 51 CCom) se aplica con mayor intensidad incluso: fuera de determinados negocios en los que la ley contempla la forma escrita pero sin asignarle carácter constitutivo ni obligatorio (como la carta de porte en el transporte terrestre -art.350 CCom-, la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque -arts.652 y ss. CCom-), y de la constitución de sociedades en la que sí tiene tal naturaleza (art. 119 CCom., art. 7 LSA y art.11 LSRL), la ley no impone en la contratación mercantil ni el documento público ni el documento privado de carácter obligatorio salvo excepciones (afianzamiento mercantil -art. 440 CCom-, contrato a la gruesa -art.720 CCom-, contrato de seguro -art.5 Ley 50/1980, de 8 de octubre-, seguro marítimo -art.737 CCom-, adquisición del buque -art. 573 CCom-) e incluso el Código remarca la oralidad de determinados contratos (art. 240 respecto de las cuentas en participación).

Respecto de la segunda de las categorías expresadas, la LSSI se refiere a aquellos negocios, actos o contratos que carecen de validez o no producen efecto sin la intervención de alguno de los profesionales señalados, como ocurre con

colectiva citada "Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico", Aranzadi, 2003.

La discutible categoría de los contratos reales (aquellos en los que la obligación no nace del simple consentimiento de las partes sino que requieren la entrega del objeto correspondiente: simple préstamo o mutuo, arts. 1740 y 1755 CCivil, comodato, art. 1740 CCivil, depósito, arts. 1758 y 1760 CCivil, prenda, art. 1863 CCivil, y donación de cosa mueble realizada de modo verbal, art. 632 CCivil) se encuentra en proceso de "regresión" en la praxis contractual; ver A. Alonso Ureba y A. J. Viera González, "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet", en la obra colectiva citada "Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico", Aranzadi, 2003; y J.C. Menéndez Mato: "La oferta contractual", Aranzadi, 1998, pp.260 y ss.

los negocios jurídicos sujetos a inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil o a los actos de jurisdicción voluntaria en que es necesaria la intervención judicial -adopción, protocolización testamentaria, actos de jurisdicción voluntaria de Derecho mercantil....- y cualesquiera otros para los que una ley requiere la intervención judicial ⁽¹⁵⁾.

Las excepciones previstas en la LSSI requieren reserva de ley -a pesar de que la misma sólo es invocada respecto de la segunda categoría de exclusiones y no en la que hace referencia a los contratos de familia y sucesiones- y no deben ser interpretadas en clave de prohibición legal: los contratos mencionados no son contratos cuya celebración electrónica provoque la nulidad o anulabilidad de los mismos, sino, tan sólo, la no aplicación a tales contratos de la LSSI, en el caso de que se perfeccionan por vía electrónica. Un contrato o un acto de los excluidos según el art. 27.4 LSSI, puede ser válidamente formalizado de modo electrónico, con la única salvedad de aquellos para los que la Ley exija documento público de carácter constitutivo, pero el contrato o acto en cuestión quedará fuera del régimen previsto en el Título IV de la LSSI y expuesto por ende a los requisitos de forma

⁽¹⁵⁾ A efectos de la exclusión establecida en el segundo apartado del art. 23.4 LSSI, actos y contratos para los que la ley exige la forma documental pública serán únicamente los sujetos a documento público esencial -los negocios formales o solemnes en los que la forma tiene carácter sustancial, estructural o constitutivo- y cuya ausencia, por ende, es causa determinante de la nulidad del acto o contrato, pero no aquellos otros en los que la forma opera únicamente "ad probationem", como los previstos en el art. 1280 CCivil. La referencia a la forma documental pública y a la intervención de notarios resulta redundante, más aun teniendo en cuenta que su actividad ya está excluida del ámbito de aplicación de la LSSI en virtud del art. 5.1.a) de la misma (junto a la de determinados servicios prestados por abogados y procuradores). Por lo que se refiere a la intervención de órganos jurisdiccionales en negocios de Derecho privado, el CCivil está lleno de referencias a la misma: arts. 51, 81, 127 y ss., 166, 176, 181, 199, 259, 899, 960, etc.

privada preceptiva, prueba y demás aspectos del régimen contractual que pueda establecer la norma sustantiva correspondiente. Incluso en los negocios jurídicos sujetos a forma pública estructural, se puede argumentar la validez de la declaración negocial y del vínculo contractual previos a la formalización de la escritura -declaración y vínculo que pueden haberse manifestado o constituido por vía electrónica- sin perjuicio de la "renovatio contractus" preceptiva representada por la firma de la escritura pública. Puede sostenerse además, en los mismos supuestos, la posibilidad de demostrar la existencia del contrato por medios diferentes a la escritura pública.⁽¹⁶⁾

En cuanto a los contratos que por ley requieren la intervención de órganos judiciales, la exclusión prevista en el art. 23.4 LSSI carece de otro fundamento que no sea la fidelidad a la letra de la Directiva 2000/31/CE. La autorización judicial exigida en relación con numerosos actos y negocios jurídicos -sobre todo, en la esfera del Derecho de familia y de sucesiones, con lo que la exclusión resulta en buena medida redundante- no representa en ningún caso una forma esencial del acto o negocio de que se trate -forma de imposible o difícil conciliación con el modelo de contrato electrónico- sino una formalidad o un requisito concurrente pero externo al negocio, establecido para dotar

⁽¹⁶⁾ Ver las opiniones de F. De Castro y de Núñez Lagos en J.L. de los Mozos, "El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)", Montecorvo, 1987, pp. 423 y ss. La diferencia entre "contrato previo" y "escritura pública" evoca la distinción del Derecho romano entre "conventio" (acuerdo de voluntades que subyace en todo contrato) y "contractus" (fuente formal de obligaciones dotado de acción civil), ver J. Miquel, "Derecho privado romano", Marcial Pons, 1992, p. 297. Sobre la concepción de la forma esencial como requisito de eficacia pero no de existencia del contrato, ver J.L. Lacruz y otros, "Elementos de Derecho Civil", II, Derecho de Obligaciones, Vol. 1º, 2000, p. 416.

al mismo de determinados efectos o bien por razones de interés o de orden público.

Lo mismo cabe decir de los certificados administrativos de matrícula necesarios para la inscripción registral de buques y de aeronaves (arts. 149 y 180 RRM de 14 de diciembre de 1956, vigentes de acuerdo con la Disposición transitoria 13ª del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996).

En todos los supuestos mencionados, la ley debería admitir la validez del consentimiento electrónico sin perjuicio del requisito de eficacia consistente en la obtención de la autorización judicial o administrativa obligatoria ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ En cualquier caso, las excepciones del art. 27.4 LSSI son mucho más limitadas que las previstas en el art. 9.2.d) de la Directiva 2000/31/CE. La Directiva contempla las siguientes exclusiones posibles (sujetas a la determinación por cada Estado miembro): los contratos de "creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria" (con excepción de los derechos de arrendamiento), "los contratos que requieran por Ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública", "los contratos de crédito y caución" (cuando el otorgante sea un particular) y "los contratos en materia de derecho de familia o de sucesiones". En Francia, a la fecha del presente estudio, todavía no se ha incorporado la Directiva 2000/31/CE (aunque la prueba electrónica fue introducida en la reforma del Código Civil aprobada por Ley de 13 de marzo de 2000). En Dinamarca, el art. 9 de la Directiva todavía no ha sido objeto de transposición. En Irlanda, los contratos de crédito al consumo han sido excluidos de la Ley de 2000 sobre "electronic commerce" y "on-line contracts". En Suecia, los contratos electrónicos de crédito requieren el uso de firma electrónica avanzada. Sí es cierto, en cambio, que en varios países europeo la integración de la figura del contrato electrónico en el ordenamiento jurídico se ha llevado a efecto de manera más profunda: En la propia Francia, en 2000, se ha reformado el Código Civil en materia de prueba (art.316), con motivo de la transposición de la Directiva 1999/93/CE. En Alemania, la transposición de la Directiva 2000/31/CE se ha incorporado al mismo BGB, epígrafe 312.

Tampoco rigen, después de la LSSI, y por lo que se refiere a la contratación electrónica, las exclusiones del RD 1906/1999, citado, arts. 1.2 y 1.3, ni las contenidas en el art. 38.3 LOCM y en la Disposición adicional 1ª de la misma ⁽¹⁸⁾.

I.4. Tipología de los contratos electrónicos

Bajo la denominación común de contrato electrónico, conviven modalidades de contratación muy diferentes entre sí, algunas de las cuales no han sido previstas por la LSSI. La omisión puede deberse al excesivo mimetismo de la LSSI respecto de la Directiva 2000/31/UE, a la aplicación de un criterio de neutralidad estricto de neutralidad tecnológica o al simple olvido del legislador ⁽¹⁹⁾.

Las diferencias más relevantes son las que derivan de la modalidad electrónica de perfección del contrato y del grado de simultaneidad entre oferta y aceptación electrónica.

⁽¹⁸⁾ El RD 1906/1999 excluía totalmente de su ámbito de aplicación los contratos administrativos, los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y sucesorias, entre otros, y parcialmente, los contratos relativos a servicios financieros, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales, los de arrendamiento de bienes inmuebles, entre otros. El art. 38.3 LOCM se refiere a la venta mediante máquinas automáticas, los productos realizados a medida y los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente.

⁽¹⁹⁾ A las lagunas de la LSSI hemos dedicado otro reciente trabajo: R. Mateu de Ros, "Interpretación, aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información", en la obra colectiva "Régimen jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet", Instituto de Empresa-Aranzadi, 2003.

- En primer lugar, hay que distinguir los contratos perfeccionados a través de un formulario o espacio "ad hoc" ubicado en la página "web" (sitio o página de Internet) del prestador de servicios de la sociedad de la información (que denominaremos "contratos web"), y que suelen ser contratos de "aceptación mecanizada (los "click through" o "click-wrap agreements", que se aceptan pulsando un botón o espacio situado en la pantalla del ordenador o terminal informático del usuario) de los contratos celebrados mediante correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica individual equivalente (que denominaremos "contratos electrónicos personalizados") ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Ejemplos de "comunicaciones electrónicas equivalentes" serían los mensajes cortos a teléfonos móviles (mensajes SMS) y los mensajes contenidos en algoritmos personalizados o perfilados o en comunicaciones, como los "pop ups", dirigidas a clientes dentro del entorno cerrado o seguro de un sitio de Internet. En el ámbito de los contratos electrónicos entre empresas un ejemplo de comunicación equivalente sería la remisión de documentos electrónicos vía EDI, porque se trata sin duda de una comunicación electrónica individual. Por el contrario, los contratos entre empresas en plataformas "web" dirigidas a empresas, deberán incluir, en su caso, la exclusión expresa -y voluntaria- de los deberes de los arts. 22 y 28 LSSI en la página "web".

Si bien la literalidad de la LSSI (arts. 19.1, 20.1, 21, 22, 27.2 y 28.3) se refiere a "comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica" o, en el caso de los dos últimos artículos citados, a "otro tipo de comunicación electrónica equivalente" al intercambio de correo electrónico, la característica definitoria de tales comunicaciones estriba en la individualidad o singularidad -entendida como relación ínter subjetiva directa e interactiva- que caracteriza a dichas comunicaciones y que justifica la analogía conceptual y la asimilación jurídica al régimen de los contratos celebrados por correo electrónico.

La contratación a través de cajeros automáticos constituye un buen ejemplo. En principio, esos contratos, como otros celebrados mediante dispositivos automáticos, podrían considerarse como un fenómeno de contratación individual pues consiste en la remisión de una comunicación individual del destinatario del servicio al prestador titular o responsable de la máquina. Sin embargo, las excepciones previstas en los arts. 27.2 y

La diferencia entre "contratos web" y "contratos electrónicos personalizados" no equivale, en todos los casos, a la que existe entre los contratos electrónicos de adhesión (los que incorporan condiciones generales de la contratación) y los contratos electrónicos negociados individualmente. Con frecuencia, la equivalencia existirá, pero cabe la posibilidad de que un "contrato web", aunque su proceso de formación esté predeterminado a través de un formulario o modelo predispuesto por el prestador de servicios sea, en todo o en parte, objeto de discusión o negociación individual y, a la inversa, que en un contrato realizado a través del intercambio de correos electrónicos entre las partes una de ellas predisponga las condiciones generales de la operación. Con todo, la gran mayoría de los contratos electrónicos de empresas con particulares (y también algunos de los contratos entre empresas) sean, a la vez, "contratos web" y "contratos con condiciones generales de la contratación".

En el caso de los contratos celebrados mediante correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalente, la LSSI admite la especialidad de que queden exentos del deber de información previa al inicio del procedimiento de contratación (art.27) y del deber de confirmación de la recepción de la aceptación con posterioridad a la celebración del contrato (art. 28). De las demás modalidades especiales guarda silencio.

- Hay contratos perfeccionados vía Internet en tiempo real, mediante comunicación telefónica automática, videoconferencia u otra modalidad de diálogo instantáneo,

28.3 LSSI no se fundamentan en la mera "individualidad" del mensaje de datos, sino en la "individualidad recíproca o interactiva". Sólo cuando las comunicaciones individuales se traduzcan en un intercambio de mensajes entre las partes, la analogía con el correo electrónico -que es la clave del concepto que estamos analizando- se produce, exista o no negociación de las condiciones de la operación.

que son contratos simultáneo, y hay contratos electrónicos de formación o celebración diferida. La instantaneidad del contrato electrónico existe siempre que el lapso de tiempo entre el mensaje del remitente y la recepción con respuesta inmediata o mecanizada del destinatario del mensaje, no excede del llamado "tiempo de computación" o "elapsed time". El fenómeno descrito se aprecia especialmente en los contratos concertados vía intercambio inmediato de correo electrónico, "chat", videoconferencia o telefonía automática a través de la "web", que son operaciones en "tiempo real" - no sólo "en línea"- en las que la "distancia temporal" entre la oferta y la aceptación es únicamente un lapso inapreciable para los sentidos humanos. En estas comunicaciones, no se produce un decalaje temporal entre los mensajes de las diferentes partes intervinientes ni una acumulación de los mismos en un servidor intermedio o en un directorio de comunicaciones pendientes de lectura: el diálogo es fluido e instantáneo.

Por ende, estos contratos son asimilables, prácticamente en todo, a la contratación física o presencial. La celebración del contrato discurre a través de un diálogo telemático "en directo", en el que no existe distancia temporal entre las comunicaciones de los contratantes y la ejecución del contrato suele ser instantánea, especialmente cuando el objeto de la operación son servicios "digitalizados", como el software o los servicios financieros "on-line".

También puede concurrir un proceso de formación instantánea en los contratos celebrados a través de formularios "web" y de comunicación individual cuando se produce una secuencia de comunicación ininterrumpida entre las partes a través de la remisión inmediata de la confirmación de la aceptación en el primer caso o del encadenamiento de correos o comunicaciones electrónicas en

el segundo, aunque en ambos supuestos es más habitual la formación sucesiva del contrato.

Pues bien, en los contratos "on-line" en tiempo real, incluidos los celebrados mediante comunicación telefónica, videoconferencia o "chat" a través de Internet, en los que la oferta es recibida y visualizada por el aceptante en el "website" del oferente -o a la inversa-, el destinatario de la oferta procede a aceptarla dentro de la misma sesión y el oferente confirma la aceptación en el acto -sin necesidad de recepción-, todo ello a través de las secuencias ininterrumpidas de un diálogo telemático abierto y continuado, hay diversas disposiciones de la LSSI y de otras normas legales que pierden todo su sentido práctico. Aunque no lo prevea la LSSI, la naturaleza de los contratos electrónicos en tiempo real pone en cuestión la aplicación a los mismos de diversos preceptos de la LSSI (como los arts. 27.1, 27.3 y 28) y de normas tan importantes de la LOCM como las contenidas en sus arts. 41 y 44.

- Como el momento de la perfección del contrato se produce por la concurrencia instantánea de oferta y aceptación, estos contratos no son verdaderos contratos a distancia: el oferente tiene conocimiento inmediato de la aceptación del destinatario de la oferta y, por tanto, pierde sentido la opción del legislador en favor de la teoría de la expedición o de la del conocimiento, sin que rijan las normas establecidas al efectos en los arts. 1262 CCivil y 54 CCom, modificados por la Disposición adicional cuarta de la LSSI.

- El deber de confirmación de la aceptación (art. 28 LSSI) pierde también su utilidad práctica, ya que la perfección del contrato es instantánea, existiendo la posibilidad alternativa de que la confirmación, de producirse, tenga lugar de manera tácita.

- La información previa que es objeto de regulación en el art. 27.1 LSSI puede quedar subsumida en el diálogo y en la negociación telemática

- La regla del art. 27.3 LSSI (duración de la oferta) pierde asimismo su significación.

- Es admisible la aceptación tácita del contrato (versus el criterio estricto de necesidad de consentimiento expreso recogido en el art. 41 LOCM) no puede aplicarse literalmente a los contratos electrónicos, en los que resulta usual la aceptación a través de actos, signos, gestos y conductas concluyentes, como veremos más adelante.

- Tampoco debe considerarse aplicable a los contratos que estamos analizando el derecho de desistimiento contemplado en el art. 44 LOCM, ya que no estamos en presencia de verdaderos contratos a distancia: no rige dicho derecho, desde luego, en los contratos cuyo objeto consiste en bienes o servicios digitalizados (art. 45 3) LOCM), pero tampoco en cualquier otro contrato electrónico celebrado en tiempo real ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Como ya sostuvimos antes de la reforma de la LOCM: ver R. Mateu de Ros, "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica", en AAVV "Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital", Aranzadi, 2001, coord. por R. Mateu de Ros y J.M. Cendoya Méndez de Vigo, p. 66.

El derecho de desistimiento del comprador (art. 44 LOCM) y excepciones al mismo (art. 45 LOCM), deben ser interpretados, el primero de forma restrictiva y las segundas en sentido extensivo, por constituir tal derecho una anomalía en el régimen general de validez y eficacia del contrato electrónico (art. 23.1 LSSI). En cualquier caso, los derechos de desistimiento y de resolución de la LOCM no deben operar en los contratos electrónicos en tiempo real puesto que no son verdaderos contratos a distancia ni tampoco en los contratos electrónicos -se celebren o no en tiempo real- cuyo objeto consista en bienes o servicios

Una de las lagunas más notorias de la LSSI es la que afecta a los contratos electrónicos a través de la telefonía móvil automática o interconectada a Internet, paradigma del contrato electrónico instantáneo. El proceso contractual descrito en los arts. 23 y siguientes de la LSSI no está pensado, desde luego, para esta modalidad de contratación electrónica que cada vez posee mayor importancia. Según el art. 27.3 LSSI, no cabría excepción alguna al deber del prestador de servicios de poner a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato -lo que resulta prácticamente inviable en este tipo de contratos (el precepto sólo dice, erróneamente, "con carácter previo"). La nueva Directiva 2002/65/CE admite, en cambio, en su art. 5.2, la posibilidad de que la técnica de comunicación a distancia utilizada "no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1" del mismo artículo, esto es, en soporte papel o en otro soporte duradero con suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones: en tales casos, y siempre que la iniciativa del contrato haya partido de la petición del consumidor, el proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben conforme a dicho apartado 1. La tendencia legislativa se inclina, pues, por admitir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la información preceptiva, incluso las condiciones del contrato a distancia, se comuniquen después de celebrado el mismo, solución prácticamente indispensable para que se desarrolle la contratación electrónica a través de teléfonos móviles automáticos y otros medios de comunicación individual cuya configuración técnica y material no son aptas para la

digitalizados que pueden ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, como reconoce el nuevo art. 45.3c) LOCM, redactado por la Ley 47/2002.

reproducción de las cláusulas de un contrato. Esta es una de las deficiencias más graves del Título IV de la LSSI.

La realidad es que en los contratos electrónicos celebrados a través de telefonía móvil automática resulta inviable la obligación de puesta a disposición previa de las condiciones generales del contrato prevista en el 27.4 LSSI. De ahí que el art. 5 de la reciente Directiva 2002/65/CE autorice, en determinados casos, la sustitución de la facilitación previa de las condiciones generales por la remisión de las mismas con carácter posterior a la celebración del contrato ^(21 bis)

- La LSSI omite también toda referencia a los contratos entre "agentes electrónicos" o transacciones cerradas de "máquina a máquina" (contratos "M2M"): un agente (programa) electrónico -desarrollado por sistemas informáticos- suplente al cliente, usuario u ordenante, y otro programa al proveedor, vendedor o intermediario ⁽²²⁾.

^(21 bis) Las Recomendaciones de la Comisión Especial de Estudio para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, citada en la nota (6) anterior, se refieren al establecimiento de un proceso que permita inventariar y eliminar las limitaciones legales existentes e indican, por lo que afecta al punto al que nos referimos, que "el Gobierno deberá patrocinar las interpretaciones de las normas vigentes que resulten más flexibles para el desarrollo de las nuevas tecnologías y en concreto para las comunicaciones móviles de datos".

⁽²²⁾ Son contratos celebrados sin intervención o participación directa de la persona humana, es decir, a los contratos entre "agentes electrónicos", también llamados contratos "automatizados" ("automated transactions") o contratos "M2M" ("machine to machine"). No deben confundirse por tanto los contratos "automatizados" con la categoría general de los contratos celebrados a través de "sistemas informáticos expertos" o "pre-programados" (sobre estos últimos, ver C. Barriuso Ortiz: "La contratación electrónica", 2ª edición, Madrid, 2002, p. 65).

El agente o "elaborador" informático, esto es, un programa o dispositivo instalado en un servidor que conecta al terminal del usuario con el sistema tecnológico del proveedor de servicios, "ordena" al mismo la ejecución de

I.5. Los actos jurídicos electrónicos

A pesar del enunciado del Título IV de la LSSI y del contenido de los artículos que lo componen, en los que -al igual que en apartado h) del Anexo de la LSSI- se utilizan de modo exclusivo las nociones de contrato y de contratación, podemos apreciar que la unidad jurídica objeto de regulación por estas normas no es tanto el contrato -en el sentido tradicional de negocio jurídico bilateral- cuanto las "comunicaciones", "mensajes" o "pedidos" ("prestaciones", diríamos en uso de un término más cargado de significación jurídica) que se cruzan los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los destinatarios de los mismos. Es evidente que esas "comunicaciones" sólo son interpretables, la mayoría de las veces, como elementos

las operaciones -se aplica, por ejemplo, a las compraventas de valores cotizados- de acuerdo con unas instrucciones de funcionamiento previamente programadas. Ambos "agentes electrónicos inteligentes" o "sistemas expertos" pueden plantear sucesivas ofertas y contraofertas recíprocas hasta llegar a la aceptación final o a la ruptura, en función del código con el que hayan sido programados. En caso de "acuerdo", los propios sistemas remiten los mensajes recíprocos de confirmación y de recepción de la misma o bien el usuario humano, que, hasta ese momento, no ha participado en el cruce de comunicaciones, proceder a confirmar la transacción. Lo peculiar de estos sistemas tan avanzados es que el código programado llega a simular hipótesis tan complejas de procesos de negociación y decisión, que escapan a la predictividad de las partes contratantes.

Sobre los contratos M2M, en general, ver: F. Lawrence Street y Mark P. Grant, "Law of the Internet" (2001), pp. 58 y ss. Ch. Reed y J. Angel, "Computer Law (2000), pp. 180 y ss., R. Pinochet Olave, "La voluntad informática", pp. 70 y ss., S. Maldonado...."Agentes electrónicos y contratación M2M", p. 574. M^a P. Perales Viscasillas, "Proceso de formación del contrato on-line a nivel internacional", Revista de la Contratación Electrónica n^o 17, 2001, pp. 59 y ss.. Sobre el desarrollo de la inteligencia artificial y los sistemas expertos desde el punto de vista legal, R. Susskind, "Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace", Oxford University Press, 2000, pp. 160 y ss.

integrantes del proceso de preparación, negociación, perfección o ejecución de un contrato, pero no puede perderse de vista que muchas de las disposiciones de la LSSI -y de otras normas sobre comercio y contratos electrónicos- se refieren a los actos de las partes contratantes considerados de forma separada en su propia individualidad, más que al contrato en su conjunto en el que aquellos actos se insertan o del que proceden.

A lo largo del proceso de elaboración de la LSSI, se planteó en varias ocasiones la oportunidad de incorporar al texto de la misma no sólo la figura de los contratos sino también la de los actos jurídicos electrónicos, actos de naturaleza unilateral, ajenos al concepto de contrato, pero muy frecuentes también en el ámbito de la Sociedad de la Información. Por circunscribirnos a la esfera del Derecho mercantil societario, contamos con el ejemplo de las comunicaciones recíprocas entre la sociedad y los socios, la sociedad y los administradores y la sociedad y los empleados, al tiempo que se expande la celebración de reuniones a distancia a través de electrónicos de los órganos de gobierno y administración, la representación y la votación telemática de los acuerdos sociales ⁽²³⁾.

Aunque, como decimos, la LSSI no regula el acto electrónico, el apartado 4 del art. 23 utiliza una expresión mucho más amplia que la de contrato ("contratos, negocios o actos") y otros preceptos de la LSSI se refieren también a actos que no siempre son constitutivos de contratos como las comunicaciones comerciales (Título III), los actos de

(23) Sobre la aplicación de Internet en el Derecho de Sociedades, ver: L: Fernández del Pozo y F. Vicent Chuliá, "Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación", Revista de Derecho Mercantil, n° 237, 2000, pp. 915 y ss. M. Ruiz-Gallardón, "Derecho de Sociedades e Internet", en la obra colectiva "Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", Aranzadi, 2003.

información separada procedentes de un contrato previo (art. 23.3), las ofertas o propuestas de contratación (art. 27.3) cuando no se traducen en la formalización ulterior de un contrato, o determinadas actividades tipificadas por el Anexo a) de la LSSI como servicios de la sociedad de la información.

II. EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Una vez recorrido el panorama de los contratos electrónicos y apreciadas ya algunos de los rasgos singulares de los mismos, estamos en condiciones de valorar la influencia que pueden llegar a producir en la estructura del negocio jurídico.

El consentimiento ha sido definido, según su concepción tradicional, como una declaración de voluntad seria, consciente, espontánea y libre. La noción de consentimiento alberga, en un análisis más profundo, una triple dimensión:

- Como proceso de libre formación o elaboración interna de la voluntad.
- Como declaración externa o manifestación de la misma: "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato" (art. 1262 CCivil).
- Como autonomía o potestad reguladora del contenido del negocio jurídico, es decir, como fuente de creación de las obligaciones (esta es la perspectiva que adoptan los arts. 1089 y 1091 CCivil) y de reglamentación de los intereses de las partes. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el consentimiento es una declaración de voluntad reveladora

del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho (STS 8.2.1964, 11.6.1991, 31.12.1994...).

II.1. El consentimiento como formación de la voluntad

En el mundo abstracto, ideal, del Código Civil -apenas reformado desde 1889 en materia de obligaciones y contratos- los contratos se conciertan entre venerables y sesudos padres de familia -entre comerciantes probos y honrados en el ámbito del Código de Comercio- de digna posición económica y acrisolada raigambre social. Un escenario decimonónico en el que van desfilando ilustres ciudadanos vestidos con levita negrita, sombrero de copa, leontina, mostacho y barba recortada, mientras al fondo suena la música de moda de Verdi o de Puccini - de Wagner para los más avanzados- y los artículos del Código riman con los versos de Espronceda, los sonetos de Bécquer o las "doloras" de Campoamor.

Ese mundo -afortunadamente- dejó de existir hace mucho tiempo. Desde mediados del siglo XX, los contratos, incluso los civiles, responden a una dinámica distinta. El tráfico en masa impone la protección de la buena fe y de la seguridad jurídica por encima, a veces, del respeto estricto al consentimiento declarado por las partes. Frente a la igualdad formal presumida por los codificadores, el ordenamiento jurídico tiene que reconocer el principio de protección del contratante "débil" -los consumidores- y la garantía de quienes, privados de capacidad real de negociación, han de aceptar las condiciones generales establecidas por la otra parte contratante. Del consentimiento puro se transita a la adhesión y de ésta al conocimiento o información.

Los contratos en masa no pueden ser tratados igual que el contrato individual. Lo decisivo no es ya tanto prestar el

consentimiento cuanto estar informado de la causa y del objeto del contrato. El valor de la apariencia y de la seguridad del tráfico conducen a restar relevancia a errores o defectos en la formación interna y en la exteriorización de la voluntad de las partes salvo las contadas excepciones representadas por las nulidades absolutas o los ilícitos penales.

Si la información del proveedor o prestador de servicios -que la legislación sobre contratos a distancia, sobre condiciones generales y sobre consumidores, cuida con especial atención- existe y cumple los requisitos establecidos por la ley, el hecho de que el destinatario del servicio o cliente acepte de modo expreso -incluso que conozca de antemano el clausulado del contrato- pierde significación. La idea de la "adhesión" penetra en las más diversas capas del Derecho patrimonial y además deja de ser vista como una perversión del orden jurídico para ser admitida como una regla de juego natural que no tiene porqué resultar perjudicial para los particulares, a los que, sin duda, ahorra tiempo, burocracia y costes. Aunque no suene correcto en una época en la que hasta los más conservadores presumen de liberales, la verdad es que la libertad absoluta de contratación, dejar que el curso de los negocios jurídicos quede sometido al azar o a la habilidad de los interesados, no es lo más justo para ese 90% de la población que en la época de promulgación del Código Civil y del Código de Comercio -¿porqué dos Códigos separados a estas alturas?- no contaba para nada pero que ahora, por fortuna, ya tiene propiedades, es titular de derechos, firma contratos y transmite bienes. ⁽²⁴⁾

⁽²⁴⁾ Sobre los principios de abstracción y de igualdad formal que inspiraron la Codificación en el siglo XIX, ver: P. Grossi, "Mitología jurídica de la modernidad", Editorial Trotta, Madrid 2003, p. 15. Sobre las modificaciones del Derecho de obligaciones y contratos en la época

De los cuatro elementos estructurales del negocio jurídico (consentimiento, objeto, causa y forma), la contratación en masa y como epifenómeno de la misma, la contratación electrónica con consumidores, pone en cuestión, al menos, el principio del consentimiento previo y el de la forma escrita. No estamos enunciando una construcción teórica. Estamos hablando de consecuencias prácticas tan significativas para el Derecho como las siguientes:

- Permitir contratar a los menores -con capacidad de discernimiento- a través de Internet (¿donde situar en un contrato a distancia de oferta anónima y carácter masivo la presunción de mala fe de la otra parte contratante?). La contratación masiva a través de Internet pone en solfa -si es que aun era necesario hacerlo- el precario contenido del art.1263.1 ° CCivil ("No podrán prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados"), que no es ya una norma

contemporánea, la bibliografía es muy extensa, aunque en España resulta inferior a la que cabría esperar. Recordaremos la obra de J. Santos Briz "Los contratos civiles. Nuevas perspectivas", Comares, Granada, 1992 y la de L. Díez-Picazo, "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado". Cuadernos Civitas. 1987. Escribe Díez-Picazo: "Hoy existe un Derecho consuetudinario de la sociedad de masas...Acaso ocurra que nos es más difícil reconocer que las costumbres in status nascendi que las tradicionales, a las que sucede muchas veces que la verdad es que han dejado de ser tales costumbres". (p.31); "el esquema del contrato en masa y la estandarización de la materia contractual rompen el paradigma del contrato que tenía in mente la doctrina tradicional. El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes"...(p. 43); "la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados...no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales. Desde el punto de vista del Derecho tradicional cada contrato entraña una relación jurídica individualizada y autónoma entre los dos contratantes que, como tal relación jurídica, es por completo independiente de cualquier otra relación jurídica por muy semejante o paralela que sea, que uno de ellos pueda haber establecido con otros" (pp. 45-46).

cuya "reducción teleológica" resulte indispensable, sino que, simplemente, no responde a la realidad. Es una norma vacía de contenido y no es la única en un cuerpo legal calificado de "venerable" por las mentes jurídicas más conservadoras. El menor de edad no es un incapaz absoluto sino un "protegido del Derecho", como expresa Federico de Castro. La capacidad de obrar de la persona depende de la capacidad natural del individuo, no del estado civil ni de una edad determinada, y la capacidad natural se basa exclusivamente en las condiciones físicas y psicológicas reales del individuo ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ La jurisprudencia admite que el menor de edad pueda consentir pequeños gastos de consumo siempre que no se produzca perjuicio alguno para el menor. En los casos de disposición de dinero, el art. 164 del Código Civil considera la disposición de efectivo como un acto de administración de los bienes del menor. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991, por ejemplo, ha declarado la validez de determinados contratos celebrados por menores no emancipados sin el consentimiento de sus padres.

La actuación de los menores de edad en Internet puede verse favorecida por determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: como los relativos al derecho de información (art. 5), al derecho de participación en la vida social y cultural (art. 7) y, sobre todo, el derecho a la libertad de expresión que la ley (art. 8) extiende a la publicación y difusión de opiniones y a la edición y producción de medios de difusión.

Se pueden avanzar en diferentes líneas para que la normativa sobre la capacidad de los menores se adecúe a la realidad social. De "lege ferenda" se puede plantear el concepto de "dinero de bolsillo" ("Taschengel") y "contratos ordinarios", parágrafo 110 del BGB (en Derecho alemán, se reconoce la capacidad de obrar limitada de los menores de edad que hayan cumplido los siete años de edad: ver. Werner Flume, "El negocio jurídico", t.e. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp.236 y ss.), es posible rebajar la mayoría de edad, diferenciar etapas en la vida del menor adaptándolas al proceso de crecimiento gradual de la capacidad natural del menor, relajar el régimen de las funciones tuitivas propias de las instituciones de protección, sustituir a partir de cierta edad el sistema de representación legal por el de asistencia, etc.... Lo que no se

Y los efectos jurídicos de la actividad del menor de edad si no tuvieran cabida en la teoría del consentimiento, la tendría en la de la conducta social típica, a que nos referiremos más adelante.

- Excluir los efectos anulatorios (arts. 1265 y 1300 y ss. CCivil) del error en la persona y en el objeto: el error debe de dejar de constituir un vicio invalidante del negocio para quedar subsumido como una mera causa de generación de responsabilidad objetiva, por exigirlo así los imperativos del tráfico mercantil ⁽²⁶⁾.

debe es seguir considerando vigente el lamentable art. 1263.1º CCivil, que resulta además contrario al principio general de no discriminación proclamado por el art. 14.2 de la Constitución española.

Sobre este asunto, ver: A. Gordillo Cañas: Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos, Tecnos, Madrid, 1986. Mª Linacero de la Fuente: Protección jurídica del menor, Montecorvo, Madrid,, 2001. C. Martínez de Aguirre, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", ADC. 1992. E. Ramos Chaparro: La persona y su capacidad civil"; Tecnos, Madrid, 1995. F. Jordano Fraga: "La capacidad general del menor", RDPrivado, 1984. I. Lázaro González (coord.) "Los menores en el Derecho español", Tecnos, 2002. J.Mª Ruiz Huidobro "El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores", en la obra colectiva I. Lázaro, "Los menores en el Derecho español", citada. AAVV "El menor ante el ordenamiento jurídico", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 19, 2001.

⁽²⁶⁾ En la operativa electrónica habitual, es difícil, salvo conducta negligente, que el destinatario cometa un error en la aceptación de la oferta de contrato (error en la determinación o error en la declaración de la voluntad), sobre todo teniendo en cuenta que la LSSI (art. 27.1.c)) obliga al prestador a poner a disposición del destinatario medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos. La doctrina menciona como más probables los errores en la contratación entre agentes electrónicos cuando se produce un mal funcionamiento del programa: R. Illescas, "Derecho de la contratación electrónica", cit., pp. 229 y ss. . Sobre el llamado "error de conmutación", ver F-J Pansier y E. Jaez, "Initiation a l' Internet juridique", Litec, 2000, p.78. Esta clase de error puede surgir en el caso de personas poco familiarizadas con el funcionamiento de Internet y

- Admitir la capacidad de obrar directa de la persona jurídica como consecuencia del nuevo régimen de la firma electrónica sin que la representación orgánica o los apoderamientos de la misma deban trascender necesariamente la esfera interna de la sociedad ⁽²⁷⁾. La firma

también en el ámbito de los "click-wrap contracts" y "shrink-wrap licence agreements". Ante el rigor de las condiciones impuestas tanto al oferente como al aceptante en el Título IV LSSI (información, almacenamiento y reproducción de las condiciones, confirmación...), la contratación electrónica no se presta de un modo especial al error obstativo u error en la declaración de la voluntad y lo mismo puede decirse del error en la persona (error en la identidad o error en las cualidades) y "error negotii".

Se ha afirmado, por otra parte, que la doctrina de la anulabilidad por vicios del consentimiento posee una importancia relativa en los contratos a distancia, en la medida en que el destinatario es titular de un derecho de desistimiento del consumidor que le garantiza ante supuestos de disconformidad con la operación contratada.

⁽²⁷⁾ El certificado electrónico de la persona jurídica vincula a ésta, con independencia del ámbito de representación de quien utilice la firma electrónica. La solicitud de los certificados electrónicos de las personas jurídicas compete a sus administradores o representantes con poder bastante y la custodia de los mismos será responsabilidad de la persona física solicitante. Pero la utilización de la firma electrónica es libre y está abierta a personas que no dispongan de poderes. La figura del "solicitante de la firma electrónica" y "custodio" de la misma, puede llegar a ser una construcción inviable, dado que en una organización empresarial de cierto tamaño serán muchas o varias las personas autorizadas para usar la firma electrónica; aunque, formalmente, la persona jurídica deba confiar la responsabilidad de custodia del certificado a una sola persona física, ello no es óbice para que ésta, a su vez, o, incluso, la propia persona jurídica, a través del órgano competente o apoderado facultado, autorice a otras personas físicas vinculadas a la persona jurídica para usar dichos datos, es decir, para crear o para utilizar firmas electrónicas. De ahí que la firma electrónica de las personas jurídicas no sólo pueda ser utilizada por los apoderados, representantes legales o voluntarios (siempre dentro de las actividades propias de su giro o tráfico) sino también por otras personas físicas de la organización, que actuarían en tráfico a modo de "servidores de la firma electrónica" (por utilizar un término análogo al de "servidor de la posesión").

electrónica del representante, tanto en la representación orgánica como en la legal y en la voluntaria, constituye un fenómeno jurídico diferente de la mera sustitución de la firma manuscrita por un medio equivalente de identificación de la persona y de expresión de la voluntad. La firma electrónica funciona por sí misma como forma de apoderamiento pero también como modalidad de representación aparente.

Es por tanto la firma electrónica una forma de declaración de la voluntad de la persona jurídica que reside en la propia sociedad o entidad y no en su apoderado o representante. Si el acto o contrato tienen causa onerosa y el tercero ha obrado de buena fe, el principio de protección de la apariencia jurídica y la propia teoría de la

Aunque la nueva Ley de firma electrónica establezca que "los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica" (art. 7.1 Proyecto de Ley de 20 de junio de 2003), lo cierto es que salvo en lo referente a la solicitud, revocación y custodia, sí afecta a dicho régimen pues a diferencia de lo que sucede con la firma autógrafa de la persona física o con el uso del poder por el representante, no se puede controlar la identidad del usuario de la firma electrónica de la persona jurídica. En este sentido y en este ámbito, la persona jurídica y la persona física quedan rigurosamente equiparadas, por primera vez en la Historia del Derecho.

El Proyecto de Ley de firma electrónica (versión de 20 de junio de 2003) establece en su art. 7.4 que: "Se entenderán hechos por la persona jurídica los actos o contratos en los que su firma se hubiera empleado dentro de los límites previstos en el apartado anterior (la aceptación de la firma electrónica por la otra parte contratante y los límites, por razón de la cuantía o de la materia, que la propia persona jurídica pueda imponer y que figurarán en el certificado electrónico). Si la firma se utiliza transgrediendo tales límites, la persona jurídica quedará vinculada frente a terceros sólo si los asume como propios o se hubiesen celebrado en su interés. En caso contrario, los efectos de dichos actos recaerán sobre la persona física responsable de la custodia de los datos de creación de firma, quien podrá repetir, en su caso, contra quien los hubiera utilizado"

"responsabilidad negocial" elaborada entre nosotros por Federico de Castro- deben conducir al reconocimiento de la eficacia del contrato ⁽²⁸⁾.

- Replantear la teoría de la responsabilidad, en el tipo de contratos a que nos estamos refiriendo, al efecto de que se desprenda de la carga de subjetivismo y culpabilidad que ha supuesto siempre un lastre para la misma ⁽²⁹⁾ y adaptarse a

⁽²⁸⁾ F. de Castro, "El negocio jurídico", reimpr. Civitas, 1997, cit. pp. 64-65.

⁽²⁹⁾ Sobre la evolución de la responsabilidad subjetiva, directa o por culpa (CCivil) a la responsabilidad por falta de diligencia debida o cualificada (inversión de carga de la prueba, presunción de culpa, presunción de causalidad, regla "pro damnato"..), a la responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva (teoría del riesgo de empresa, de la aceptación del riesgo,..) a la responsabilidad objetiva ("culpa in re ipsa", presunción de culpa "iuris et de iure", responsabilidad asegurada,..), ver. L. Díez-Picazo "Derecho de daños", Civitas 1999, pp. 122 y ss. Sobre la aplicación práctica de la teoría de la responsabilidad por riesgo, ver Ley 9/1999, de 12 de abril, sobre transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea (que contempla una serie de indemnizaciones cuantificadas, admitiendo sólo la exclusión en caso de fuerza mayor o de retraso imputable al ordenante o al beneficiario) y Real Decreto-Ley 15/2001, de 2 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de transporte aéreo (arts. 3 y 4). La Orden Ministerial de 22 de febrero de 2002 sobre derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, establece la responsabilidad del operador frente al abonado cuando se produzcan interrupciones temporales del servicio telefónico e incluso establece los criterios de cuantificación de la misma. Pero al prever una serie de excepciones a dicha responsabilidad -incluida la concurrencia de causa de fuerza mayor- lo que está haciendo es más una inversión de la carga de la prueba que una objetivación real de la responsabilidad del proveedor.

La teoría del "riesgo" comienza a aflorar en algunas leyes recientes. Así, la Ley 9/2003, de 25 de abril, sobre régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente establece en su art. 35.2 que "las sanciones se impondrán atendiendo a las circunstancias del responsable, su grado de culpa, reiteración, participación y beneficio obtenido y grado de incidencia o riesgo objetivo de daño grave a la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales".

concepciones -como la doctrina del riesgo y la de los límites preestablecidos de indemnización- mucho más apropiadas a la contratación globalizada.

- Redefinir la teoría del incumplimiento del contrato, que ha de superar normas tan absurdamente radicales como el dogma draconiano, y sorprendentemente alabado, art. 1124 del CCivil que impone la resolución unilateral por incumplimiento sin salvedades y admitir técnicas más flexibles de resarcimiento compatible con la continuidad del contrato (indemnización sin resolución), plazos de subsanación de los incumplimientos parciales y otras bien conocidas en otros ordenamientos jurídicos.

Si la remisión al régimen general de responsabilidad establecido en el Derecho español presupone una invocación del principio de responsabilidad por culpa, hay que señalar que la ausencia de responsabilidad indirecta de los intermediarios de la sociedad de la información por hechos y contenidos ajenos, presenta una serie de excepciones, más rigurosas en la LSSI que en la Directiva 2000/31/CE, que vienen a configurar una responsabilidad cuasi-objetiva del prestador en determinados supuestos. Así, la inversión de la carga de la prueba comporta una responsabilidad cuasi-objetiva del prestador (art.5 RD 1906/1999). El Real Decreto-Ley 14/1999 lo hace en su art. 14 que, a diferencia de la Directiva y de la LSSI, recoge el criterio de inversión de carga de la prueba: "En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia". Precepto que es reproducido en el art. 22.1 del Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica de 20 de junio de 2003.

Por lo que se refiere a la teoría de la responsabilidad en el ámbito de la contratación electrónica, el art. 13 LSSI reconoce que "los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley", añadiendo que "para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido" en los artículos siguientes (arts. 14 al 17) de la LSSI.

Y, por supuesto, construir unos esquemas interpretativos de las nuevas disposiciones de la LSSI sobre deberes de información del prestador de servicios, oferta del contrato, puesta a disposición de las condiciones generales, momento y lugar de perfección del contrato, que amparen soluciones flexibles que han de ser compatibles con las garantías de los consumidores.

La transformación contemporánea del negocio jurídico no sólo conduce a una flexibilidad formal del contrato desconocida hasta ahora ⁽³⁰⁾ replanteamiento general de la

⁽³⁰⁾ El principio de "equivalencia funcional" equipara el contrato electrónico (sin necesidad de firma electrónica) con el contrato escrito, incluso con aquel en el que el documento privado tiene por ley carácter obligatorio. Pero el contrato electrónico no incorpora una nueva "forma" de contratar, consustancial al mismo: el contrato electrónico puede ser escrito o no escrito y puede y suele ser gestual y "fáctico" (cuasi-verbal, por así decirlo, aunque siempre con mayores posibilidades de información y de constatación y, por ende, de garantías del cliente, que el contrato oral) y puede nacer de uno de esos modos y ser probado por otro diferente, puesto que la evidencia del contrato electrónico no está vinculada con la forma de su originación.

No estamos hablando, en rigor, de una nueva "forma" de contratar, sino de un modo o vía diferente. La forma del contrato significa el elemento material donde el contrato surge o se plasma, el modo a través del cual se exterioriza el contrato o el acto jurídico (no la declaración de voluntad como objeto sino como figuración externa). En la contratación escrita es el documento en papel o soporte equivalente en el que constan las declaraciones de voluntad y las cláusulas convenidas entre las partes; en la contratación oral la forma equivale a la propia expresión verbal del consentimiento o adhesión de las partes; en la declaración de voluntad manifestada a través de un acto o de un gesto distinto de la firma escrita y del consentimiento oral, la forma del contrato consistirá en esa misma conducta que pone de manifiesto la decisión o actitud del sujeto.

Esta tercera categoría (la forma fáctica) ha sido escasamente elaborada por la jurisprudencia y por la doctrina, pese a responder a un fenómeno social y jurídico netamente diferente de la forma escrita y de la oral. Hay "forma fáctica" en el consentimiento expreso "gestual", también es característica del consentimiento tácito, concurre con frecuencia en los supuestos de

teoría del error, la incapacidad de los menores, la representación de las personas físicas y jurídicas o el objeto social, a una actualización de la noción de responsabilidad contractual y extracontractual o a otros efectos, que aquí sólo nos es posible enunciar, como la redefinición del concepto iusprivatista de objeto social ⁽³¹⁾ y de la noción iuspublicista de competencia ⁽³²⁾ sino que obliga a replantear el propio concepto de consentimiento del contrato.

II.2. La declaración del consentimiento

La doctrina tradicional distingue el consentimiento expreso, el tácito y el presunto. En la contratación electrónica en masa la realidad consiste en que, con gran frecuencia, el conocimiento sustituye al consentimiento. No se trata de calificar al conocimiento, unido a determinados actos inequívocos del sujeto ("facta concludentia", según la jurisprudencia), como manifestación implícita del consentimiento tácito, de una voluntad del agente emitida indirectamente, según la tesis de que "conocer no es consentir" (STS 19. 12. 1990 (RJ 1990/10287), 22.12.1992 (RJ 1992/10635)_30.12.1993 (RJ 1993/9913), 29.12.1995 (RJ 1995/9813), 11.06.1991 (RJ 1991/4445), 13.11.2001 (RJ 2001/9689)....) sino de separar el proceso natural de consentir, aceptar y cumplir el contrato del proceso formal de expresar una declaración de voluntad contractual que en

consentimiento presunto y, desde luego, resulta característica de las "conductas sociales típicas" o "relaciones contractuales fácticas".

La contratación electrónica no altera esa estructura general de la forma del contrato, pero subraya la importancia adquirida por la forma expresa indirecta y por los gestos y actos de hecho, en definitiva, por la conducta social involuntaria ejemplificada en los contratos mecanizados.

muchos casos no existe porque el sujeto ni se la plantea ni la elabora ni la manifiesta. Hay algunas sentencias del Tribunal Supremo que adoptan una perspectiva más sutil: por ejemplo, la STS de 26.5.1986 (RJ 1986/2822) (ponente Jaime de Castro García) expresa: "Evidente que la reglamentación negocial de interés puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto...adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes (acta concludentia) y como tales inequívocos que, sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin asomos de duda, de suerte que "el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación" (STS 24.5.1975, 24.1.1957,14,6,1963...).

En esta última tesis, el consentimiento tácito ya no se liga a actos sustitutivos o equivalentes a la declaración de voluntad de carácter expreso sino a los usos sociales y del tráfico. Un paso más, supone desvincular esa conducta del concepto de consentimiento y admitir que es en sí misma creadora de derechos y de obligaciones, aunque el sujeto no tenga voluntad ni idea ni noción ni sentido de contratar. Que el deber de información se subroga en el lugar reservado por la dogmática clásica a la prestación del consentimiento. La conducta social típica no es consentimiento tácito (no es una forma indirecta de consentir) ni consentimiento presunto (no hay una norma legal que atribuya a ese acto o comportamiento la generación de una relación obligatoria) (conceptos que la jurisprudencia, por cierto, confunde, quizás porque en una toma de posición contraria a la extensión de las presunciones del consentimiento, solapa los conceptos de actos inequívocos -consentimiento tácito o

indirecto- y de actos concluyentes). sino una fuente distinta de las obligaciones.

No se trata de buscar hechos en los que anide una "inditio voluntatis", sino de captar que el derecho subjetivo fundamental en todo contrato es la protección jurídica del interés del sujeto, como ya expusiera magistralmente Rudolph Ihering ⁽³³⁾ y de extraer de esa premisa las consecuencias que son propias del principio de confianza en el tráfico negocial, basado a su vez en el de buena fe (STS de 13.4. 1982, ponente Jaime Santos Briz) que no es un principio subordinado al del consentimiento contractual.

Las normas civiles de la codificación no sólo presuponían la igualdad formal de las partes contratantes, sino también un poder de negociación y de regulación del contenido del contrato equivalente. Ese supuesto poder normativo de la voluntad privada ha quedado en buena medida desplazado por obra de las condiciones generales de la contratación. Por eso, la función del consentimiento como voluntad configuradora del contenido del negocio jurídico, ha dado paso, en la contratación en masa, a la información y a la adhesión al contrato de una de las partes. El proceso de transformación del ordenamiento jurídico puede provocar que la información y el conocimiento lleguen a asumir, hasta cierto punto, el rol tradicional que correspondía al consentimiento contractual. La noción clásica de consentimiento expreso está siendo sustituida por la de consentimiento informado y desde ésta se puede llegar a la de presunción del consentimiento completo y efectivo ("fully

⁽³³⁾ El concepto de interés (el interés en sentido subjetivo es el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida: R. von Ihering: "Del interés en los contratos" y "El fin en el Derecho"). los derechos subjetivos, como intereses jurídicamente protegidos.

understanding") vinculado a la visibilidad y globalidad ("conspicuousness") del contrato.

Las "conductas sociales típicas", "relaciones contractuales fácticas", "relaciones negociales de hecho" o "relaciones de obligación por conducta social" ⁽³⁴⁾ no son manifestaciones del consentimiento presunto de quien las realiza -no son actos destinados de manera indirecta a

⁽³⁴⁾ El adjetivo de "típicas" no evoca en este caso la idea de "tipicidad", previsión o regulación "normativa", sino, antes bien, la de tipo jurídico-estructural en la concepción de Karl Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Ariel Derecho, t.e. Barcelona, 1994, pp. 451 y ss. Tipicidad "social" o naturaleza autovinculante de determinadas acciones en el sentimiento jurídico colectivo. Sobre las "conductas sociales típicas" y las tesis de Haupt, Siebert, Tasche, Esser y Flume, ver. W. Flume, "EL negocio jurídico", t.e. Fundación Cultural del Notariado, 1998. K.Larenz, "Derecho de Obligaciones", I; pp. 58 y ss, Nipperdey, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", I, 1960, J. Santos Briz, "Los contratos civiles. Nuevas perspectivas", Comares, Granada, 1992, pp. 99 y ss. Sobre las declaraciones de voluntad "negligentes" ("fahrlässige Willenserklärungen") ver este último autor p. 103.

En la doctrina española. la distinción entre la llamada "actuación de la voluntad" versus la "declaración de la voluntad" y los llamados "negocios de la voluntad" y las "relaciones negociales de hecho" fue estudiada por F. De Castro, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión 1997, pp. 42 y ss..

Ver también el esbozo contenido en el ensayo de L. Díez-Picazo, "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado" (Cuadernos Civitas, 1987, p. 49): "En todas estas operaciones jurídicas que estamos examinando (los contratos de masa) se ha roto por completo la idea tradicional del contrato como cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad y como cauce de autorregulación de los intereses de dos partes en pie de igualdad. La línea voluntarista de la concepción del contrato se torna absolutamente inidónea. Por ello, se puede hablar, como ya han hecho algunos autores, de relaciones contractuales de hecho o de producción de reglas objetivas o de reglas derivadas de la confianza, más que de la voluntad..". Más recientemente, ver J.C. Menéndez Mato: "La oferta contractual", Aranzadi, 1998, pp.170 y ss..

demostrar la aceptación de una oferta o la conformidad con un contrato- sino de "contactos sociales" que en sí mismo generan una obligación -de carácter unilateral o bilateral- sin necesidad de que medie oferta previa o clausulado de referencia o condiciones generales. Las categorías de las declaraciones de voluntad tácitas y presuntas son más bien supuestos de presunciones reconducibles a la ley como fuente de las obligaciones, tal como sucede en la tácita reconducción -art. 1566 CCivil- o en el mandato tácito -art. 1710 CCivil- , por citar dos ejemplos. La conducta social típica apela, en cambio, a obligaciones nacidas al margen de la ley y del contrato.

La dogmática jurídica ha acudido a expedientes, a cual más complejo, para explicar este fenómeno (la teoría del cuasi-contrato, la de la conversión de condiciones generales en usos del comercio, la de las declaraciones de voluntad tácitas "negligentes", la buena fe -art. 1258 CCivil-, el enriquecimiento injusto, la prohibición del "venire contra factum proprium", la obligación moral....) en lugar de buscar la solución más sencilla: se trata de obligaciones que no derivan del consentimiento ni de la ley, una fuente de las obligaciones que se ha desarrollado y vive extramuros del Código Civil.

La explicación tampoco reside en la categoría de los cuasi contratos que regulan los arts. 1887 y siguientes del CCivil. La denominación del Título XVI del Libro IV del CCivil resulta sugestiva ("De las obligaciones que se contraen sin convenio") e incluso la definición del art. 1887 podría ser utilizada para una construcción de la teoría de las "conductas sociales típicas" en nuestro Derecho. "Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados". Sin embargo, acto seguido, el CCivil reduce el contorno de esa institución

a dos figuras, la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, en las que las obligaciones dimanantes de las mismas responden a la naturaleza de obligaciones directamente establecidas por la ley. Habida cuenta de la insuficiencia de ese esquema, doctrina y jurisprudencia han elevado en España a la categoría de principio general del Derecho la prohibición del "enriquecimiento injusto". El "enriquecimiento sin causa" se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución. Tiene que existir un desplazamiento patrimonial y un beneficio o ganancia indebida. No sirve para explicar el fenómeno, mucho más amplio, de las relaciones obligatorias fácticas. Incluso la finalidad de una y otra doctrina resultan antitéticas: la teoría del enriquecimiento indebido pretende restaurar el empobrecimiento injusto sufrido por un sujeto y legitimar la acción de restitución del mismo; la de las relaciones obligaciones fácticas trata de preservar la vigencia y la continuidad de una relación jurídico-obligatoria nacida al margen de un convenio o contrato entre las partes ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ La explicación no se halla en las instituciones del asentimiento, la autorización o la ratificación del contrato: W. Flume, *op.cit.* pp. 1025 y ss. Para Flume el consentimiento tácito supone una ficción legal de declaración de voluntad (*op.cit.* pp.149 y ss) que encuadra sistemáticamente dentro de las "conductas jurídicamente relevantes" (distintos del negocio jurídico) que a su vez diferencia de las "relaciones contractuales de hecho". Esta visión es correcta, pero no comprende la totalidad del fenómeno que se está analizando: hay efectos obligacionales que derivan de silencios, omisiones o de hechos que permiten presumir un consentimiento y en todos esos casos la fuente de las obligaciones no es otra que la ley. Pero, además, hay obligaciones que dimanar de situaciones de hecho ajenas a la ley y al contrato. Al contrato, porque no existe acuerdo alguno de voluntades ni lo ha habido ni se prevé su existencia posterior. A la ley, porque no están previstas ni tipificadas, ni directa ni indirectamente, en la misma, como es por otro lado lógico dada la casuística de comportamientos individuales susceptibles de generar un efecto jurídico obligacional (no una responsabilidad extracontractual), es

El art. 1089 del CCivil cuando dice que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia" reconoce la omisión que estamos exponiendo. Porque las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil extracontractual y de los ilícitos penales tienen también su origen en la ley; porque la ley no suele establecer directamente obligaciones sino fuentes de obligaciones; porque los llamados cuasi contratos contienen en realidad obligaciones legales; porque el precepto no contempla la declaración unilateral de voluntad vinculante como fuente de las obligaciones; porque tampoco menciona a la costumbre ni a los usos jurídicos ni a los principios generales del derecho, pese a lo establecido en el artículo 1 del propio Código ; porque, en fin, no contempla las relaciones obligatorias "de facto", a las que nos estamos refiriendo.

Hay numerosos ejemplos de "conductas sociales típicas": las nacidas de situaciones de hecho (la sociedad irregular, los administradores de hecho de la sociedad mercantil, las relaciones laborales de hecho, la Administración pública de facto...) ⁽³⁶⁾, las situaciones de la vida cotidiana generadoras de relaciones jurídico-obligatorias que desconocen la expresión de un consentimiento previo por parte del cliente (o incluso por parte del proveedor) como las prestaciones del tráfico en masa, las ofertas tácitas de los medios de

decir, la obligación de entregar una cosa o prestar un servicio, fuera de cualquier referencia contractual natural.

⁽³⁶⁾ La reciente Ley 26/2003, de 17 de julio, sobre transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que modificar la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas, regula por primera vez la responsabilidad de los administradores de hecho de la sociedad anónima frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores (nuevo art. 133 LSA).

transporte programados (cuadros de salidas de aviones, trenes, autobuses..) y de la puesta a disposición de los servicios públicos de transporte (taxis, autobuses, trenes...) (los contratos "ticket") ⁽³⁷⁾, los efectos irreversibles que derivan de contratos ineficaces, las obligaciones derivadas de la "culpa in contrahendo", la mera utilización de la cosa ajena, los actos de ocupación o de abandono de cosas, el ejercicio de los poderes dominicales y posesorios, los contratos mecanizados y, en general, todas aquellas en que el usuario actúa no con la única finalidad de obtener un resultado de hecho no de constituir una relación o situación dotada de efectos jurídicos. En esos casos, el usuario prescinde del conocimiento de las condiciones generales del contrato: no cuenta con ellas ni le interesa disponer de su contenido con anterioridad al contrato. El ordenamiento jurídico debe limitarse -como sucede con la Ley y el Reglamento- ha garantizar que el sujeto tiene la oportunidad de conocer las condiciones, de ejercer los derechos establecidos en las mismas y que su contenido es conforme con la Ley.

Algunas de esas conductas "típicas" han acabado siendo reflejadas en principios del derecho de la contratación como el principio de igualdad de trato de los clientes y usuarios, o, por referirnos a la esfera de la contratación electrónica, el deber del usuario de archivar y custodiar sus contratos y documentos electrónicos, la obligación a cargo del prestador de servicios de disponer de los bienes y servicios ofertados, la de mantener vigente la oferta un tiempo mínimo razonable.

⁽³⁷⁾ W. Flume, op.cit., pp. 131 y ss.. estudia diversas Sentencias del BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) sobre servicios de aparcamiento, suministro de energía eléctrica, transmisión de explotaciones agrícolas y otros casos análogos.

Realmente, la categoría de las "conductas sociales típicas" es válida para explicar no sólo las obligaciones huérfanas de tipicidad o de consentimiento sino, en general, la contratación en masa, todos los contratos mecanizados y una parte sustancial de los contratos electrónicos y de los negocios jurídicos a distancia. Tiene además el valor de conectar la institución del contrato con la realidad social, con la "incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos" ⁽³⁸⁾, más allá de los esquemas formales del Código Civil y de las leyes civiles especiales: en términos parecidos a los que representa la posesión respecto de la propiedad, la representación aparente y la verbal respecto de los contratos de mandato y apoderamiento, la sociedad irregular frente a la sociedad registrada o el administrador "de facto" de la sociedad mercantil respecto del administrador "de iure", el concepto de "conducta social típica" da carta de naturaleza a actos frecuentes en la vida social que crean vinculaciones contractuales entre diferentes personas sin que la ley las establezca ni las mismas hayan negociado o alcanzado un acuerdo previo. No siempre la actuación jurídica –la conducta generadora de efectos vinculantes para quien la realiza– discurre conforme a los cauces de una tipología normativa previa ni responde a un "nomen iuris" preestablecido.

La teoría de la conducta social típica tiene el interés, además, de subrayar la importancia del deber frente al concepto de derecho subjetivo en la génesis de la obligación. El propio Libro IV del CCivil se asienta en el paradigma de

⁽³⁸⁾ P. Grossi, op. cit, p. 63. Sobre la posesión como fenómeno jurídico primigenio, ver. A. Hernández Gil, "La función social de la posesión", Alianza Editorial, Madrid, 1969, pp. 25-26.

la obligación (deber jurídico) no en el de derecho subjetivo.⁽³⁹⁾

Por otro lado, y saliendo al paso de alguna de las críticas que pueden formularse a la teoría de la conducta social típica, hay que indicar que la individualidad de la conducta típica frente al bilateralismo rígido del contrato no se opone, antes al contrario, a la visión estructural de la relación jurídico-obligatoria, que es en sí misma una estructura autorregulada, sólo que esa unidad sistemática de la relación no surge muchas veces del designio recíproco de la voluntad de los sujetos sino de la interdependencia de sus conductas respectivas unilateralmente desplegadas ⁽⁴⁰⁾.

La LSSI construye la noción de contrato electrónico sobre la base la forma de la transmisión de la oferta y la aceptación de las partes, en lugar de remitirse, como hacen otras disposiciones relativas también a la sociedad de la información, a la celebración del contrato, sin mayores precisiones.

La manifestación de la voluntad negocial por Internet se traduce en la declaración contenida en una comunicación,

⁽³⁹⁾ Sobre el concepto de deber u obligación política, como concepto previo al de derecho, ver las tesis de la concepción republicana de la libertad: Philip Pettit, "Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno", t.e. Paidós, Barcelona 1999. Quentin Skinner, "Liberty before Liberalism", Cambridge University Press, 1998. Norberto Bobbio y Maurizio Viroli, "Diálogo en torno a la república", t.e., Kriterion Tusquets, Barcelona, 2002.

⁽⁴⁰⁾ El estructuralismo es un método anti-atomístico: las relaciones se anteponen a las cosas en sí y el todo a sus elementos o términos. Ver A. Hernández Gil, "Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho", p. 23. en "Estructuralismo y Derecho", Alianza Universidad, Madrid, 1973. y "Metodología de la Ciencia del Derecho", Madrid, 1971. Como afirma L. Nuñez Ladeveze "Para un estructuralismo jurídico", en "Estructuralismo y Derecho", citado, "la estructura tiene una regulación; el estructulismo encumbra lo inteligente colectivo traducido en comportamientos".

orden o mensaje electrónico que es jurídicamente eficaz en sí y por sí misma (la confirmación de la aceptación o acuse de recibo electrónico por parte del prestador del servicio es una medio de constatación del contrato y un deber que la ley impone al oferente en la contratación electrónica, pero no representa un elemento del proceso de perfección del contrato telemático), pero ello no supone que esos mensajes sean portadores de declaraciones de voluntad en el sentido que atribuye a las mismas la teoría del consentimiento contractual.

Afirmar que el consentimiento tradicional se ha relajado o se ha diluido, hasta desaparecer en algunos casos, no es un acto de rebeldía frente a la dogmática tradicional sino la simple constatación de un hecho. Si la declaración de la voluntad en forma tácita y presunta siempre han existido, la contratación electrónica acentúa una realidad que se extiende a lo largo y a lo ancho del Derecho de obligaciones y contratos. La libertad de expresión del consentimiento contractual telemático puede producirse a través de diferentes vías. La declaración electrónica de voluntad del destinatario del servicio enviada al emisor de la oferta, puede ser remitida a través de cualquiera de los siguientes medios: un correo electrónico de aceptación escrito -teclado- por el destinatario en el terminal de su ordenador y enviado al oferente, un texto declarativo de la voluntad de aceptar cumplimentado por el aceptante en el lugar o espacio correspondiente de la página o sitio en Internet del oferente o mediante un acto, signo o gesto de expresión de la voluntad consistente en pulsar una orden ("enter") de aceptación del contrato presionando el icono, botón, tecla o pulsador habilitado a tal efecto en la pantalla táctil correspondiente al sitio, página o formulario "web" del prestador u oferente, como sucede en los ya mencionados "click-wrap contracts" o "point and click agreements" o la "descarga" o "bajada" ("download") de programas

informáticos, contenidos de video y música, etc... desde la red.

El gesto como modo de contratar es muy frecuente en el contrato electrónico. Así sucede en los llamados "shrink-wrap licence agreements" y en los "click-wrap contracts", en general, que se consienten mediante signos o actos gestuales. Por ejemplo, La "descarga" de un programa de ordenador constituye un supuesto de consentimiento contractual expreso, aunque indirecto, del mismo modo que el pago anticipado del servicio o bien prestado o vendido a través de Internet (41)

¿Estamos en presencia de un consentimiento electrónico de carácter expreso, aunque manifestado de modo indirecto, o de una ausencia de consentimiento?

Como decimos, algunas veces la aceptación se formula escribiendo el destinatario de la oferta un texto de conformidad o aceptación de la propuesta del oferente. Por

(41) Sobre los "shrink-wrap licence agreements", ver F. Lawrence Street y M. P. Grant, "Law of the Internet", 2001, pp.23 y ss. y Ch. Reed & J. Angel, "Computer Law", Blackstone, 2001, pp. 41 y ss.. En la doctrina italiana se califica la aceptación a través del sistema "point and click" como un supuesto de voluntad tácita, ver. Stefania Giova, "La conclusione del contratto via Internet", Edizione Scientifiche Italiane, 2000, pp. 89 y ss. En un futuro, la declaración electrónica de voluntad podrá exteriorizarse también mediante terminales móviles universales y por vía oral través de sistemas expertos de reconocimiento de voz que traducirán la misma al lenguaje convencional o directamente al sistema binario y ejecutarán las órdenes recibidas sin necesidad de que el usuario actúe sobre el teclado del ordenador personal. Al mismo tiempo, la evolución tecnológica conduce a la conversión de las diferentes plataformas de acceso a Internet: "windows-powered smartphone", "walkie-talking PCs",...ver varios artículos sobre "computing's new shape" en "The Economist" 23.11.2002. El concepto de "teclado o pantalla táctil" figura en el Anexo I de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

ejemplo, tecleando en el terminal del usuario una fórmula de declaración de consentimiento. Se trata de un consentimiento expreso y escrito, diferente sin duda del expresado de manera oral, y más parecido al declarado a través de la firma del contrato documentado en soporte papel. La analogía con la firma manuscrita existe siempre, tanto si el usuario ha hecho uso de una firma electrónica regulada -sobre todo, en el caso de la firma electrónica reconocida- como si se ha limitado al uso de unas claves de identidad no equiparables a la firma electrónica. Sólo en el caso de que el mensaje de aceptación carezca de toda medida de encriptación o seguridad informática -como sucede a veces con los correos electrónicos- la analogía nos situaría más cerca del consentimiento oral que del escrito.

Pero en otros muchos casos, la respuesta del aceptante se hace explícita por medios diferentes a la escrita y firmada. Mediante un acto o gesto distinto de la escritura de un texto en lenguaje convencional, como sucede con el accionamiento de un pulsador o botón electrónico o con la "descarga" de un programa de la red. Se trata, por así decirlo, de un consentimiento expreso "gestual" que no es ni voluntad tácita ni presunta y que más que un acto de consentimiento constituye una "conducta social típica", en el sentido antes expresado, en la que el concepto de consentimiento se esfuma. En estos casos, la declaración de voluntad del aceptante no es de naturaleza tácita, no está tampoco implícita en el silencio del contratante ni debe ser calificada como un consentimiento presunto ya que el contratante ha realizado actos positivos de la voluntad equiparables a la escritura o a la firma, actos que, a diferencia de los "facta concludentia" de los que puede deducirse una presunción de consentimiento, están directa y exclusivamente enfocados hacia la celebración del contrato. Ha contraído una obligación jurídica sin haber prestado un consentimiento previo.

De ahí que en la esfera de la contratación electrónica, la teoría de las "conductas sociales típicas" nos ayude a comprender el fundamento de determinados deberes de los prestadores y de los destinatarios de servicios -que la ley ha omitido- y nos permite descubrir la verdadera naturaleza jurídica de determinados contratos como son los contratos mecanizados celebrados por vía electrónica (y, en general, la de todos los contratos de aceptación mecanizada). ^(41 bis)

No es que la voluntad se presuma o esté implícita en un comportamiento o en un acto. Son transacciones que se celebran sin que haya un previo acuerdo de voluntades ⁽⁴²⁾

^(41 bis) Es cierto que el art. 23.1 LSSI proclama que "los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez", lo que podría entenderse, sin más, como una descalificación explícita de la teoría que postulamos en su aplicación al mundo de la contratación electrónica, pero no es aventurado afirmar que dicho artículo invoca el principio del consentimiento en un sentido genérico y dentro de la perspectiva regulatoria mecanicista o procedimental que caracteriza a la LSSI y a la Directiva 2000/31/CE. El énfasis normativo de los arts. 23 y ss. LSSI está puesto en el procedimiento de información y en el cumplimiento de los deberes formales impuestos a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. De la estructura esencial de negocio jurídico, puede afirmarse que la LSSI sólo se ocupa de la determinación del momento y de lugar de perfección del contrato y aun, en el primer caso, con el fin de establecer un régimen general para todos los contratos a distancia, sean o no electrónicos.

⁽⁴²⁾ Se ha sostenido en la doctrina italiana que en los contratos electrónicos no existe un verdadero acuerdo de voluntades (consentimiento en el sentido clásico del término) por la falta de un diálogo en lenguaje convencional entre las partes: sólo habría la coexistencia de dos voluntades unilaterales que convergen sobre un objeto, causa y precio: se trataría de un "intercambio sin acuerdo" como en los contratos sujetos a condiciones generales. Ver N. Irti, "Scambi senza accordo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, citado, críticamente, por C. Vattier Fuenzalida, "Sobre la formación del contrato en el Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico", *Revista de la Contratación Electrónica*, n.º 8, 2000, pp. 3 y ss..

No existe, al menos concebida en el sentido tradicional de voluntad racional, lógica, reflexiva y consciente. Si nos referimos a la voluntad irracional, auténtica, la voluntad vital que se opone y se superpone a la razón, en el sentido de Schopenhauer ^(42 bis) entonces sí podríamos afirmar que todo contrato, como todo acto humano, es el reflejo de una voluntad humana que actúa como causa eficiente del acto, de la experiencia o existencia humana en el concepto del "dasein" de Heidegger ^(42 ter). Nada ver con el racionalismo burgués del Código Civil.

Los efectos prácticos de la calificación de los contratos electrónicos -en la mayoría de sus modalidades- como "conductas sociales típicas" merecen la justificación de esa afirmación. Todo el proceso de contratación queda sometido a una revisión profunda, siguiendo algunas líneas fundamentales que no coinciden en varias ocasiones con los criterios normativos asumidos por la LSSI.

- No se produce, en rigor, una oferta de contrato por parte del prestador de servicios: la aceptación se configura como una actuación unilateral del interesado. La oferta es, en realidad, una oferta-marco que el destinatario potencial puede asumir. No hay, frente a lo que dice el art. 1262 CCivil un "concurso" o "conurrencia" de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato ⁽⁴³⁾.

^(42 bis) La voluntad como vía de acceso del ser humano al mundo concebido como mera apariencia o representación. Una voluntad irracional, carente de fin y de límite, una aspiración sin término, cuya motivación sólo existe para el acto concreto mas no para dar sentido a la vida del hombre en su conjunto. Ver, Arthur Schopenhauer, "El mundo como voluntad y representación", t.e., Biblioteca de Filosofía, Folio, Barcelona, 2002.

^(42 ter) Sobre este concepto, ver M. Heidegger, "Ser y tiempo", t.e. Editorial Trotta, Madrid, 2003. Y E. Colomer, "El pensamiento alemán de Kant a Heidegger", III, Biblioteca Herder, 1990.pp.443 y ss.

- El contrato no nace como una relación jurídica bilateral. El nivel genético de la obligación se sitúa en la relación social subyacente que lleva ya impreso el signo de la juridicidad, sin necesidad de que las partes conozcan o consientan un esquema contractual predeterminado y destinado a superponerse a aquélla. Esa relación social es fruto de actos individuales de los interesados cuyos efectos vinculantes dimanen de cada acto en sí individualmente considerado, no del designio común y reflexivo de concertar contrato alguno. El sinalagma genético constituye una aporía científica ⁽⁴⁴⁾. La figura de la conducta social típica sirve

(43) El art. 27.3 LSSI establece que "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio". El precepto no resuelve el dilema de la distinción entre oferta, presencia y publicidad, y, desde luego, no puede ser aplicado sin más a todos los catálogos de servicios y productos que aparecen en la red.

(44) Si la evolución dogmática ha transitado del concepto de "obligación" (Código Civil) al de contrato (fuente de obligaciones), y de éste al de negocio jurídico (en la esfera del Derecho privado) y al de acto jurídico (en la del Derecho público), el Derecho de la sociedad de la información, y en concreto el régimen de la contratación electrónica, podría suponer el retorno a la idea nuclear del acto jurídico (prestación, comunicación, mensaje, orden,...), incluso del acto social como conducta pre-jurídica o extra-jurídica, como realidad social subyacente a todo el Derecho patrimonial. La vida social pone de relieve que la bilateralidad del contrato es funcional, pero raras veces originaria. En su formación, el contrato es, una sucesión, en ocasiones rápida casi simultánea, en otras más lenta, sucesiva, de actos unilaterales de las partes. Actos que, con frecuencia, son automáticos y mecanizados, con dilución, casi completa, del consentimiento. En la vida real, el sinalagma genético y el funcional del negocio jurídico se construyen desde las declaraciones unilaterales de las partes y no al revés, porque los actos individuales de cada una de las partes contratantes resultan más decisivos que el contrato concebido como relación jurídica bilateral conjunta.

también para resaltar la importancia del acto unilateral frente al contrato y, en términos más generales, la del acto frente a la norma.

- La doctrina de la capacidad, la del error en la declaración de voluntad y la de la "culpa in contrahendo" han de ser reenfocadas desde esta perspectiva.⁽⁴⁵⁾ La "conducta social típica" no comporta una declaración de voluntad -la prestación de un consentimiento reflexivo y consciente en relación con unas condiciones contractuales negociadas o, al menos, conocidas previamente por el sujeto- pero no es tampoco un acto involuntario. El interesado quiere desarrollar y desarrolla esa conducta, con la presunción de los efectos "típicos" -por repetidos y conocidos en el tráfico- que va a desencadenar. La conducta es, obviamente, voluntaria y de no serlo sus consecuencias jurídicas deberían quedar invalidadas. Pero no es una conducta "libre" en el sentido de que el sujeto desarrolle a través de la misma una capacidad de autodeterminación como quiere la teoría clásica del consentimiento. El interesado no tiene la pretensión de formalizar un contrato sino de incorporarse a una determinada situación o relación

La LSSI nos ofrece un buen ejemplo de recepción por el Derecho positivo de esa realidad conocida desde antaño: la Ley no habla de la declaraciones de la voluntad en términos de interdependencia y reciprocidad sustantiva. No hay tal. La Ley habla de la oferta y de la aceptación como lo que son, actos separados e imputables a personas distintas. La unidad del momento de celebración del contrato -siempre discutida en la práctica del Derecho- pierde importancia.

Una reflexión actual sobre los conceptos de hecho, acto, contrato y negocio jurídico en Derecho continental y anglosajón, en F. Ferrari, "La formación del contrato", en "Atlas de Derecho privado comparado" de F. Galgano, t.e., Fundación Cultural del Notariado, 1999, pp. 129 y ss. Sobre el concepto de contrato electrónico como tráfico de mensajes de datos dentro de la red, ver art. 11 Ley Modelo UNCITRAL.

⁽⁴⁵⁾ Ver nota (26) anterior.

social. La ausencia de capacidad, el error, la violencia, el miedo o el dolo, pueden enervar la voluntariedad de la conducta y, por ende, los efectos de la misma, pero sólo en casos extremos: cuando el usuario ha optado por una vía de actuación fáctica, distinta de la negociación de un contrato, ha asumido una posición muy diferente de quien desea conscientemente firmar un contrato con otra parte. El fenómeno de la contratación en masa ilustra muy bien este episodio, igual que la contratación de los servicios públicos.

- No es necesario que las condiciones generales precedan siempre al nacimiento del contrato ⁽⁴⁶⁾

- Resulta redundante que la aceptación del destinatario sea confirmada por el prestador. ⁽⁴⁷⁾

- Se difumina la justificación del derecho de desistimiento del destinatario. En la conducta social típica no hay consentimiento contractual en el sentido tradicional término, pero sí existe un acto de confianza (consciente o no) del usuario en la profesionalidad y solvencia del prestador independiente, incluso, de las condiciones generales del contrato y, en algunos casos, de las cláusulas particulares del mismo: ese acto o gesto de confianza resulta incompatible con el desistimiento "ad nutum" del usuario, es decir, con la decisión discrecional, y carente de justificación objetiva, de resolver el contrato "a posteriori".

Pero lo más importante es que al subrayar la existencia de obligaciones nacidas de esos hechos, en los que no concurre la declaración de la voluntad, se salvan las

⁽⁴⁶⁾ Ver el siguiente subapartado II.3 "El consentimiento como autonomía o potestad reguladora del contenido del negocio jurídico. Las condiciones generales del contrato".

⁽⁴⁷⁾ Ver apartado I.4 anterior, "Tipología de los contratos electrónicos".

relaciones creadas del riesgo de impugnación -por cualquiera de las partes- y se evitan las consecuencias injustas que en tales casos se producirían si los intereses de los sujetos quedaran desprotegidos. La relación constituida es válida y produce los efectos que dimanen de la naturaleza de la obligación creada. El régimen jurídico aplicable será, habitualmente, el que resulte de las condiciones generales y particulares predispuestas por la empresa proveedora, siempre que se ajusten a la legislación vigente. La garantía de los derechos de los usuarios queda así protegida por los Tribunales de Justicia y demás medios establecidos para el conocimiento y el control de las condiciones generales. En defecto de condiciones predispuestas, la relación jurídico-obligatoria se regirá por las reglas propias de su naturaleza, conforme a los principios generales del Derecho, los usos y costumbres y los mecanismos de interpretación e integración del ordenamiento jurídico. El simulacro de consentimiento que la LCGC (art. 5) pretende mantener bajo la fórmula de la "aceptación del adherente" no es sostenible ni desde la doctrina normativista ni desde la contractualista de las condiciones generales de la contratación; tampoco admite una explicación lógica acudiendo a la idea de que la competencia del mercado protege la libertad de elección y decisión del particular. La respuesta estriba en ese efecto autovinculante de la conducta unilateral del sujeto, unida al contexto legal de los deberes impuestos al predisponente. De ese modo, los intereses del consumidor, y del adherente en general, se sitúan bajo la tutela de la ley y de los tribunales, de una manera mucho más real y eficaz que haciéndolos depender del consentimiento ficticio a un contrato y a unas condiciones que generalmente ignora.

Las "conductas sociales típicas" ya existen. Mencionarlas y otorgarles la importancia que tienen, sobre todo en el tráfico mercantil en masa, no es más que constatar una realidad.

No nos hemos alejado tanto de la órbita del Código Civil. Nuestro Código rinde tributo, como no podía ser de otra manera, al mito jurídico del consentimiento (art. 1261: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes"), pero también nos dice de que "la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", art. 1104), establece que "los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258) y se remite, en materia de interpretación, a los actos de los contratantes "coetáneos y posteriores al contrato" (art. 1282) y a la "naturaleza y objeto del contrato" (art. 1286).

Esa naturaleza objetiva, inmanente a la estructura de la relación obligatoria establecida con independencia de las declaraciones de voluntad de las partes y esa remisión a los actos o conductas de las mismas, fuera de nuevo del contexto de la prestación del consentimiento, ponen de relieve que para el propio Código Civil la teoría clásica del consentimiento es -era ya entonces, lo es mucho más ahora- insuficiente para explicar la fenomenología de la génesis de las obligaciones voluntarias en Derecho patrimonial. Puede evocarse también otro de nuestros textos jurídicos clásicos, el Código de Comercio, que define su ámbito objetivo (art.2). acudiendo precisamente al concepto de acto de comercio

II.3. El consentimiento como autonomía o potestad reguladora del contenido del negocio jurídico. Las condiciones generales del contrato.

La teoría del consentimiento proyecta la fuerza creadora del mismo no sólo al instante del nacimiento del contrato sino a la regulación completa de las cláusulas que han de regir la relación jurídico-obligatoria durante toda la vida de la misma. Aunque ya sabemos que la fuente de la obligación contractual descansa muchas veces en realidades -como las condiciones generales o las conductas sociales típicas- difíciles de reconducir a la noción de consentimiento, queremos ahora fijarnos en otro aspecto: según el esquema tradicional, que responde a una lógica interna irreprochable si se asume el mito del consentimiento libre y reflexivo, las condiciones -particulares y generales- del contrato deben anteceder a la firma del mismo. No puede haber contrato si con carácter previo sus condiciones no han sido negociadas o, por lo menos, aceptadas por los contratantes. Una idea que, siendo como es de sentido común en los contratos sujetos a forma escrita documental -sea de carácter público o privado- no resulta, en cambio, tan evidente si nos situamos en la esfera de la "contratación informal", como son los contratos verbales, los contratos electrónicos, telefónicos y demás contratos a distancia y, por supuesto, las obligaciones emanadas de "conductas sociales típicas". En estos casos, el ordenamiento jurídico ha de reconocer la imposibilidad -y la falta de necesidad- de la firma escrita previa del contrato y por ello admite que se envíe una justificación "ex post facto" al cliente (art 5.4 LCGC) o, incluso, que el anuncio visible y la posibilidad efectiva de conocimiento de las condiciones generales sustituya a la firma "cuando el contrato no deba formalizarse por escrito" (art. 5.3 LCGC) que el deber de entrega de las condiciones generales se sustituya por la obligación de puesta a disposición de las mismas (art 27.4 LSSI). Pero el proceso de flexibilización del conocimiento

previo del contenido del contrato -del contenido formal de las condiciones generales, las que van más allá de las particularidades de cada contrato que siempre o casi siempre se habrán conocido y convenido en la comunicación verbal o electrónica en el seno de la cual se celebra el contrato- exige nuevos avances. Así, en los contratos electrónicos el deber de justificación regulado en el art. LCGC ha desaparecido siempre que se cumpla el deber de poner a disposición del usuario las condiciones generales según de acuerdo con la LSSI. No tiene sentido, ni la LSSI lo exige, sumar ambas obligaciones. Y en los contratos celebrados a través de dispositivos móviles automáticos -a los que nos hemos referido anteriormente- no tiene tampoco razón de ser que la perfección del contrato quede supeditada al previo envío y devolución firmada por el cliente de las condiciones generales. Exigir ese requisito sería tanto como invalidar el mencionado canal de contratación de operaciones. Lo mismo es predicable de los contratos telefónicos en general, como modalidad que son de los contratos verbales (a pesar de la artificial distinción establecida en los apartados 3 y 4 del art 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación) y en ambos casos, la Directiva 2002/65/CE concede, como no podía ser de otra manera, la posibilidad de que las condiciones generales sean remitidas al usuario después de la celebración del contrato ⁽⁴⁸⁾

⁽⁴⁸⁾ En nuestra opinión, el apartado 4 (antes apartado 3) del art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), Ley 7/1998, de 13 de abril, ha quedado derogado por obra de la LSSI (arts. 23, 24, 27 y 28), en lo que afecta a los contratos electrónicos. El apartado establece dos requisitos: la constancia -en los términos reglamentariamente establecidos- de la aceptación "de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional" y el envío inmediato al consumidor de "justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma". Lo que no tendría sentido es dar a ese apartado una interpretación contraria a la finalidad de la LSSI o a las Directivas comunitarias más recientes. El borrador de Real Decreto de desarrollo de las disposiciones finales quinta y octava de la LSSI, por el que se modifica

Este fenómeno puede ser descrito de dos maneras: admitiendo que el principio del consentimiento se mantiene vivo (se consiente el contrato, aunque no las condiciones generales del mismo pues el envío "a posteriori" de las mismas no pueden tener otro significado que el informativo) o reconociendo que el consentimiento, en sí mismo considerado, ha dejado de existir en todas las modalidades de contratación que estamos contemplado. Se acepta el contrato mediante un gesto (y a veces sin él), se asumen o se presta adhesión a las condiciones particulares (y a veces esa adhesión y esas condiciones tampoco existen) y ni se conocen "ex ante" ni se consienten las condiciones generales.

el RD 1906/1999 (he manejado una "Propuesta" fechada en abril de 2003), no mejora la situación ya que tras reiterar que "con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el predisponente deberá informar al adherente sobre la sujeción del contrato a unas condiciones generales y los medios que pone a su disposición para la comunicación o el acceso a su contenido", señala que "celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al consumidor justificación relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma" y añade: "esta justificación podrá enviarse por escrito o por vía electrónica...". . Lo primero es un trasunto del párrafo 4 del art. 27 LSSI – y, por ende, una norma redundante en lo que afecta a la contratación electrónica- y lo segundo una repetición del art.5.4 LCGC sin más novedad que la posibilidad de que la justificación "ex post facto" se envíe por conducto electrónico. En consecuencia, el nuevo RD impondría al prestador de servicios- predisponente una doble obligación allí donde la LSSI sólo le exige una: informar previamente de las condiciones generales (o de la accesibilidad de las mismas) y remitirlas después. En relación con esta segunda obligación, la "Propuesta" admite que el mensaje de confirmación o acuse de recibo previsto en el art. 28 LSSI sirva para cumplir el deber de informar sobre las condiciones generales. No bastaría, por tanto, con haber remitido o puesto a disposición del usuario, con carácter previo, las condiciones generales, a diferencia de lo que establece la LSSI. Tampoco se contempla la posibilidad de sustituir la disponibilidad previa de las condiciones por la accesibilidad o la remisión ulterior de las mismas cuando la naturaleza del medio de contratación a distancia impida otra solución, posibilidad que sin embargo, sí existe se reconoce en la Directiva 2002/65/CE, como indicamos después.

Es más sincero admitir que en estos casos el consentimiento ha dejado de existir.

Las condiciones generales de los contratos suelen tener una imagen negativa que no es para nada justa. Las condiciones generales, en su concepción actual en la que existe un marco legal imperativo al que debe ajustarse su contenido y su publicidad, pueden resultar más respetuosas con el principio de autonomía privada que la negociación de unas condiciones contractuales particulares. El que introduce las condiciones generales en el contrato no puede establecer las cláusulas que él quiera, sino que está obligado a respetar los criterios de equidad y equilibrio entre las partes que la ley establece. La regulación unilateral del contrato, tutelada por el legislador, puede resultar por tanto más justa y más objetiva que la reglamentación bilateral del negocio jurídico.

Las condiciones generales de la contratación son frecuentes, casi consustanciales al comercio electrónico ⁽⁴⁹⁾. La presencia o no de condiciones generales en un determinado contrato electrónico dependerá de la voluntad del prestador y del modelo de negocio jurídico. No existe una simetría perfecta entre contratación con consumidores y aplicación de condiciones generales, porque los consumidores, como sabemos, pueden también celebrar contratos electrónicos a través de medios de comunicación individual compatibles con el desarrollo de un proceso de negociación del contenido del contrato. Por el otro lado, los contratos electrónicos con empresas no excluyen la existencia de condiciones generales: en el mundo electrónico, como en

⁽⁴⁹⁾ Ver. J. Alfaro Aguila-Real: "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en A. Ménendez Menéndez, L. Díez-Picazo y J. Alfaro Aguila-Real: "Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación", Madrid, 2002, pp. 75 y ss. y "Las condiciones generales de la contratación", Madrid, 1991.

el físico, un empresario o profesional puede reunir también la condición de adherente a las condiciones generales predispuestas por la otra parte contratante. En el área de la contratación electrónica entre empresas, las condiciones generales aparecen sobre todo en entornos telemáticos cerrados o protegidos, redes privadas reales (EDI) o virtuales (extranets), con claves de acceso e integración operativa entre los sistemas de las partes y acuerdos-marco de utilización aplicables a una multiplicidad de transacciones. También pueden formar parte de la estructura preestablecida para la contratación en las operaciones “automatizadas” -entre empresas o con consumidores o usuarios- a las que ya nos hemos referido.

El control de incorporación o de inclusión de las condiciones generales en el contrato no es tan relevante como el control de contenido: este último ya asegura la nulidad de las cláusulas predispuestas que por su carácter abusivo puedan suponer un perjuicio al adherente.

No se trata de garantizar el conocimiento efectivo de las condiciones generales sino la oportunidad o posibilidad del mismo a través de la publicidad y transparencia de dichas condiciones: que el adherente sepa que el contrato está sometido a condiciones generales, que las mismas existen en el momento de contratar y que puede consultar o acceder a las mismas, aunque la entrega material se produzca después de la perfección del contrato o no tenga lugar nunca si el usuario carece de interés en ello. La función de publicidad se superpone a la función del consentimiento. En la contratación electrónica, la primera de esas funciones cobra especial relevancia. No hay entrega de las condiciones, sino puesta a disposición; no hay firma de las condiciones, sino accesibilidad de las mismas. El ordenamiento jurídico no presume ya el consentimiento del contenido de las condiciones generales del contrato -como piensa el art. 5 de

la LCGC- sino que reconoce el valor del conocimiento potencial como sustituto eficaz del, en sí mismo inexistente, consentimiento. Por ese motivo, los requisitos de incorporación deben ser calificados, en el ámbito de la LSSI al menos, no sólo como cargas que pesan sobre el predisponente de las condiciones generales en el orden jurídico-administrativo (arts. 37 y 38 LSSI) sino como obligaciones legales de aquél.

Los contratos electrónicos con condiciones generales deben ajustarse, en principio, a las garantías establecidas en la LCGC con carácter general ⁽⁵⁰⁾, pero, después de la LSSI, se

⁽⁵⁰⁾ Las condiciones generales han de estar incorporadas (contenidas) o referidas (en el propio contrato o en un medio equivalente: art. 5.2 LCGC) en el contrato al que se aplican (art.5.1, párrafo primero, LCGC); tienen que ser entregadas, puestas a disposición o facilitadas al adherente (art. 5.1, párrafo segundo, LCGC, art. 27.4 LSSI)); deben ser razonablemente conocidas por el mismo (posibilidad efectiva u oportunidad real de conocer su existencia y contenido de manera completa al tiempo de celebración del contrato (arts.5.2 y 7 a) LCGC); su redacción debe ajustarse a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5.4 LCGC), evitando que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7 b) LCGC); y, por último, han de ser aceptadas expresamente por adherente (arts.5.1 y 7 a) LCGC) En todo caso, las condiciones generales, como observa el art. 8.1 LGCU, son objeto de integración, junto a la oferta y la publicidad del contrato, en este último, aunque no figuren expresamente en el clausulado como condiciones particulares ni en la eventual confirmación o justificación ulterior del contrato. A ello cabe añadir que en los casos de incorporación por referencia, el enlace a las condiciones generales debe ser suficientemente expresivo y resultar visible en un espacio destacado de la página "web" del prestador.

No es necesario que las condiciones generales sean objeto de una firma o aceptación específica y adicional por el destinatario de la oferta, adicional a la declaración de aceptación del contrato ni tampoco lo es que las condiciones aparezcan recogidas, de forma directa o por remisión, en una "página recapitulativa" o de "confirmación" del contrato cuando una pantalla de tales características se intercala en el tramo final del procedimiento de contratación, Las condiciones generales pueden extenderse a lo largo de varias pantallas del sitio de Internet, que el

hace necesario reinterpretar, en algunos aspectos, el contenido de la primera de ambas leyes.

La puesta a disposición suele consistir en la incorporación y archivo por el prestador de las condiciones en una base de datos especial -"repositorio" de contratos alojado en un servidor seguro de aquél- donde pueden ser consultadas por el destinatario a través de una dirección o de una página específica de Internet y desde donde el destinatario puede archivar y/o imprimir copia de dichas condiciones.

adherente irá recorriendo a través del "scrolling" o desplazamiento de páginas sin que resulte obligatoria la "lectura" forzosa de la página o páginas "web" en las que consten las condiciones generales, esto es, la imposibilidad técnica de proseguir el proceso transaccional sin haber recorrido las condiciones (salvo que el oferente o las condiciones del contrato lo hayan configurado de ese modo).

Las condiciones generales aplicables a un contrato electrónico deben figurar en la propia pantalla principal de forma directa o mediante un mecanismo de reproducción reducida (ventana, pestaña,...) o bien ser objeto de incorporación al contrato "por referencia" en algunas de las páginas cuyo recorrido es obligatorio para poder llevar a efecto la transacción. La Ley Modelo de UNCITRAL (art.5 bis, introducido en la reforma del 1998) admite, como sabemos, la incorporación "by reference" a través de enlaces o "links", fenómeno que es muy frecuente en Internet. Es característico de la navegación a través de los sitios de Internet, el uso de enlaces ("links") o hipervínculos de contenidos, respecto de cualquiera de las informaciones que preceden o acompañan la celebración del contrato electrónico, incluso de las condiciones generales del contrato aplicable al producto o servicio que el usuario ha solicitado por vía electrónica. Aunque la Directiva 2000/31 y la LSSI no contemplen la posibilidad del enlace en el seno del procedimiento de contratación, las "referencias" constituyen una práctica generalizada en el sector y consagrada en la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 5 bis). Sobre el concepto de "linking", la distinción entre "linking" simple y "deep linking" y el concepto de "framing", ver I. Conde Bueso e I. Díez López, Comentario al art. 17 LSSI, en AAVV "La Nueva Ley de Internet", op. cit. pp. 290-291.

El art. 27.4 LSSI sólo determina que "con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario", precepto que se corresponde con el art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE. El precepto comprende las diferentes dimensiones del principio de incorporación de las condiciones generales: los requisitos de formulación, los requisitos de conocimiento y los requisitos relativos a la aceptación del adherente.

A partir de la LSSI, la puesta a disposición de la condiciones generales sustituye al deber de entrega de las mismas establecido en el art .5 de la LCGC -así como el requisito absurdo que contenía el art. 2 del RD 1906/1999, citado, según el cual el predisponente debía facilitar al adherente con antelación no inferior a los tres días naturales anteriores a la celebración del contrato información sobre todas y cada una de las cláusulas del mismo- y, por supuesto, la obligación de remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales. Los prestadores de servicios no tienen el deber de entregar las condiciones generales ni el "justificante" del contrato al destinatario, incluso si éste así lo solicita.

El principal problema es el que se refiere al momento de la puesta a disposición de las condiciones generales. En principio, la puesta a disposición del destinatario de las condiciones generales del contrato deberá ser previa o simultánea a la celebración del contrato, según el art. 27.4 LSSI.

La Directiva 2002/65/CE, ya comentada, contempla en su art. 5.2, la posibilidad de que la técnica de comunicación a

distancia utilizada "no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1" del mismo artículo, esto es, en soporte papel o en otro soporte duradero con suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones: en tales casos, y siempre que la iniciativa del contrato haya partido de la petición del consumidor, el proveedor cumplirá cumpliendo inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben conforme a dicho apartado 1. Se admite, pues, que, en determinadas circunstancias, la información precontractual preceptiva, incluso las condiciones del contrato a distancia, se comuniquen después de celebrado el mismo.

La solución normativa que auspicia el art. 5.2 de la Directiva 2002/65/CE es más avanzada y resulta más acorde con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación electrónica que la norma contenida en el art. 27.4 LSSI. La LSSI ha reconocido la equiparación entre entrega y puesta a disposición de las condiciones generales, pero fiel a los criterios de la LCGC, sigue detenida en el principio del acto previo: el contrato no se puede perfeccionar si el adherente no ha tenido la oportunidad de conocer las condiciones generales antes de prestar su consentimiento contractual. La aplicación estricta de la doctrina del acto previo impediría, de hecho, la celebración de contratos electrónicos a través de telefonía móvil automático, pues parece imposible o extremadamente difícil ubicar en la pantalla de un teléfono móvil el espacio y el texto necesario para reproducir las condiciones generales de los contratos mercantiles propios del tráfico en masa. Este es un ejemplo claro de la utilidad del sistema arbitrado por la nueva Directiva 2002/65/CE que, en tales supuestos, permite contratar "ex ante" y que las condiciones generales se remitan "ex post", con determinadas garantías.

En efecto, la puesta a disposición del destinatario de las condiciones generales en la contratación a través de telefonía móvil automático plantea una serie de problemas específicos. El esquema más simple sería que las condiciones generales se pudiesen considerar incorporadas al contrato mediante referencia: la referencia aparecería en la pantalla del móvil y el contenido de las condiciones se ubicaría en un medio alternativo a disposición del cliente, salvo que éste ya hubiera firmado un contrato previo con condiciones generales en cuyo caso la cuestión no llegaría a plantearse. Pero esta solución limita la funcionalidad del nuevo canal de distribución e impide que el teléfono móvil automático -o cualquier otro dispositivo móvil análogo, distinto del ordenador personal, de acceso a Internet- sea autosuficiente y permita, por ejemplo, el alta del cliente o la contratación sin previa relación con el mismo.

La importancia del art. 5.2 de la nueva Directiva 2002/65/CE, de comercialización a distancia de servicios financieros, estriba en la previsión expresa según la cual cuando el contrato se haya celebrado a petición del consumidor, utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir toda la información mencionada, el proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato con dichas obligaciones. Esta es precisamente la situación en que se encuentra el comercio electrónico por móvil y otras técnicas de comunicación a distancia que no permiten, en este momento, la transmisión de grandes cantidades de información. Su transposición al ordenamiento nacional comportará importantes modificaciones de todas aquellas disposiciones que en la actualidad establecen el derecho del consumidor de servicios financieros a conocer las condiciones generales del contrato con carácter previo a la contratación, como es el caso de la LCGC y de la Circular

3/2001, de 24 de septiembre, del Banco de España ^(50 bis). La fuerza expansiva del consentimiento electrónico debería proyectar la misma solución respecto de la contratación electrónica en general ^(50 ter).

Ya se ha producido un primer avance normativo, importante aunque tenga carácter sectorial, en este sentido. La reciente Ley 34/2003 de 4 de noviembre de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados que incorpora al ordenamiento nacional la citada Directiva 2002/65/CE, entre otras, contempla

^(50 bis) Ver R. Mateu de Ros y M. López-Monís Gallego, "La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos", Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

^(50 ter) Un reciente Proyecto de Ley, de 20 de junio de 2003, relativo a la modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, tiene como objeto la incorporación al ordenamiento nacional de una serie de directivas comunitarias, entre las cuales se encuentra la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores. El Proyecto de Ley modifica la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Al igual que la Directiva 2002/65/CE, el Proyecto de Ley regula la prestación de servicios financieros (seguros) por cualquier canal de comunicación a distancia, aplicándose por tanto no sólo a Internet, sino también a Banca Telefónica y el canal móvil. Destaquemos que el Proyecto contempla la posibilidad de que se utilicen, a solicitud del tomador, mecanismos de comunicación a distancia que no permitan la puesta a disposición con carácter previo de toda la información obligatoria; en este caso, el asegurador cumplirá con las obligaciones de información previa inmediatamente después de la celebración del contrato, disposición de extraordinaria importancia para agilizar la contratación de seguros a través del móvil y que en cualquier momento de la relación contractual el tomador tendrá derecho a obtener las condiciones contractuales en papel y a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas; las aseguradoras deberán contar por tanto con sistemas informáticos que permitan el ejercicio por el tomador de estos derechos.

expresamente la posibilidad de que se utilicen, a solicitud del tomador, mecanismos de comunicación a distancia que no permitan la puesta a disposición con carácter previo de toda la información obligatoria; en este caso, el asegurador cumplirá con las obligaciones de información inmediatamente después de la celebración del contrato. Esta disposición es de extraordinaria importancia para agilizar la contratación de seguros a través de la telefonía móvil automática y dispositivos similares.

III. EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

III.1. Contratos a distancia en general

El nuevo art. 1262 del Código Civil, y en idénticos términos el nuevo art. 54 del Código de Comercio, modificados por la LSSI -Disposición adicional cuarta-, establecen ambos que cuando el oferente y el aceptante se hallan en lugares distintos, el consentimiento existe desde que el primero conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ La norma ya no evoca la doctrina tradicional de la contratación entre ausentes, sino la de contratación a distancia. Los medios electrónicos de comunicación permiten una "presencia" de las partes, aunque no eviten la "distancia" -física, que no temporal- entre las mismas. El cambio de perspectiva del legislador no puede impedir, sin embargo, que los contratos a distancia instantáneos -como son los contratos electrónicos en tiempo real- deban considerarse, a todos los efectos, contratos entre presentes y no entre ausentes ni entre distantes. Al final, la idea de contrato a distancia es tan insuficiente como la de contrato entre ausentes para captar la realidad actual de los contratos en tiempo real y de los contratos mecanizados. Sobre las fases de la vida del contrato y el

De las cuatro teorías clásicas sobre el momento de la perfección de los contratos a distancia (declaración, expedición, recepción y conocimiento), la ley ha escogido no el criterio del conocimiento (pese a que la redacción, algo confusa, del precepto lo pueda aparentar) sino la regla de la expedición justificada de la aceptación, sin necesidad de que llegue a conocimiento necesario del oferente, extendiendo a todo el Derecho privado una de las soluciones más características del tráfico mercantil. Esa solución -más que la teoría de la recepción, propiamente dicha- es la que ha venido postulando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 1262 CCivil ⁽⁵²⁾

La norma expresa un criterio alternativo: conocimiento de la aceptación o expedición o remisión justificada de la misma, entendiendo como tal el envío producido en circunstancias o condiciones tales que el oferente no pueda de buena fe negar el conocimiento. Pero, como de hecho esta segunda posibilidad comprende la primera, quizás la reforma podría haberse limitado a consignar la teoría de la expedición justificada en lugar de la del conocimiento inexcusable que, a efectos prácticos, deben resultar equivalentes. La reforma no tiene en cuenta las normas especiales de perfección que rigen para determinados

momento de la formación, ver. L. Díez-Picazo, "Fundamentos de Derecho civil Patrimonial", I, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 199 y ss.

⁽⁵²⁾ Para una completa visión de Derecho privado comparado: F. Ferrari, "La formación del contrato", en "Atlas de Derecho privado comparado" de F. Galgano, t.e., Fundación Cultural del Notario, 1999, pp. 129 y ss. J.C. Menéndez Mato: "La oferta contractual", Aranzadi, 1998, pp. 240 y ss. En la doctrina italiana, ver: L. Albertini: "Osservazione sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet", in Giust, civ., 1997, II.G. Ciacci: "La firma digitale", Milano, 1999. C. e F. Sarzana di S. Ippolito: "Profili giuridici del commercio via Internet", Milano, 1999. Stefania Giova: "La conclusione del contratto via Internet", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

negocios jurídicos, como es el caso de la donación (art. 623 CCivil), que ahora se quedan desgajadas del tronco común.

El párrafo de los arts 1262 del CCivil y 54 Com, que comentamos, se extiende a todos los contratos celebrados a distancia: ventas a distancia reguladas en las normas de comercio minorista, contratos electrónicos, contratos telefónicos, servicios financieros a distancia, etc. incluidos los contratos a distancia electrónicos, salvo que se considere que el segundo apartado hace referencia a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos -al que nos referiremos a continuación- comprende todos los contratos electrónicos.

La solución adoptada por la LSSI, a pesar del matiz que hemos calificado como "expedición justificada", difiere de la opción por el sistema de la expedición o remisión externa -sin necesidad de justificación o de inexcusabilidad del conocimiento- que impera en el tráfico comercial a distancia. En los contratos por e-mail y en los contratos EDI, se ha considerado siempre que la perfección se produce cuando la aceptación emitida llega al sistema informático del oferente. Esta es la solución arbitrada por el art. 15 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico: "...el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador (oferente).", con la que coincide el art. 1.9 de los Principios de UNIDROIT de 1994 sobre contratación comercial internacional. Hay dos formulaciones de alcance diferente, aunque inspiradas en la misma idea del "mailbox rule" de Derecho anglosajón o del "zugang" del Derecho alemán : la que sitúa la perfección en el momento en que la declaración de voluntad de aceptación "sale" del sistema informático controlado por el aceptante y "llega" a otro -que puede ser el de un intermediario de servicios- y la que lo ubica en ese momento de la "llegada" al servidor del receptor del

mensaje. La teoría de la "llegada" o "recepción", en su modalidad objetiva, es seguramente más equitativa que la de la mera expedición y también que la recepción pura o subjetiva (que se prevé, por ejemplo, en los arts. 18.2 y 24 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías) ⁽⁵³⁾.

La propia LSSI (art. 28) incluye una referencia probatoria al servidor que almacene la comunicación de recepción de la aceptación. Sin embargo, el art. 43.1 LOCM parece que abona la teoría de la recepción, al establecer que el plazo de ejecución del pedido en las ventas a distancia es de 30 días desde la recepción por el vendedor, salvo que la oferta establezca un plazo distinto.

Por otra parte, ya hemos expuesto antes que la confirmación de la aceptación o acuse de recibo electrónico por parte del prestador del servicio ("e-mail", aviso en pantalla....) que exigen la Directiva 2000/31/CE y el art. 28 LSSI, es una medio de constatación del contrato y un deber que la ley impone al oferente en la contratación electrónica, pero no representa un elemento del proceso de perfección del contrato telemático del que dependa la eficacia legal de la declaración de voluntad ⁽⁵⁴⁾

⁽⁵³⁾ Es la misma idea que late en el art. 59.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 24/2001, que al establecer el régimen de la notificación telemática de los actos administrativos se funda en dos criterios: el consentimiento expreso del interesado y la localización del momento de la eficacia de la notificación en el "acceso al contenido del acto notificado en la dirección electrónica".

⁽⁵⁴⁾ Es, por tanto erróneo, a nuestro juicio, el siguiente enfoque: "en este artículo 28 (LSSI) bajo una apariencia de obligación, se regula un aspecto importante de la contratación cual es el momento en que se entiende perfeccionado el contrato....La LSSI optar por transponer íntegramente el texto de la Directiva comunitaria dedicando el primer apartado del art. 28

III.2. Contratos celebrados mediante dispositivos automáticos

Respecto de los contratos a distancia "celebrados mediante dispositivos automáticos", los nuevos arts. 1262 CCivil y 54 CCom contienen una norma especial: "...hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación". La expresión "manifestación de la aceptación", poco afortunada, ha de reputarse equivalente a la de emisión o expresión externa de la declaración, pero el verdadero problema

a la obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación a la persona que la hizo. El segundo apartado...recoge el momento en que se entenderá perfeccionado el contrato: "se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello", que mantiene S. Gerbolés Rodríguez, Comentario a los arts. 27,28 y 29 LSSI, en AAVV "La Nueva Ley de Internet", op. cit. pp. 446 y ss. También se plantea la posibilidad de que el momento de la perfección del contrato electrónico sea el de la cognición por el aceptante de la confirmación de la aceptación por el oferente, M.C. Lobo Coello, Comentario a las Disposiciones adicionales LSSI, en AAVV "La Nueva Ley de Internet", op. cit. pp. 633 y ss.

El proceso técnico a través del cual se desarrolla el envío y recepción de una comunicación electrónica es, resumidamente, el siguiente: elaboración y remisión del mensaje; tránsito del mismo a través de nodos y redes telemáticas hasta alcanzar el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de correo electrónico asociada al destinatario del mensaje; almacenamiento del mensaje en la referida cuenta del destinatario; descarga del mensaje al programa de correo electrónico del destinatario o bien lectura de aquél por parte del destinatario a través de una interfaz web (browser). El sistema de expedición resulta, sin duda, más beneficioso para el emisor del mensaje (si el mensaje es el de aceptación de la oferta del prestador de servicios, el emisor será el consumidor en la cotratación entre empresas y consumidores), ya que la recepción efectiva del mensaje por el destinatario puede plantear problemas técnicos que se traduzcan en una demora del conocimiento real del contenido de la comunicación o en la dificultad probatoria de ese conocimiento. El problema será todavía mayor si la perfección del contrato dependiera de un acto unilateral de confirmación de la recepción emitido por el destinatario del mensaje de aceptación.

consiste en responder a la pregunta de qué debe entenderse por contratos celebrados mediante dispositivos automáticos.

La LSSI no define tal modalidad de contratos ni hemos encontrado en la legislación española o comunitaria una noción válida de la misma. A nuestro juicio, la expresión legal no puede resultar equivalente a la de contrato electrónico -tal como se define en el Anexo, apartado h), LSSI- pues si el contrato automático (que es a lo que el precepto se refiere) puede no ser un contrato electrónico, del mismo modo, el contrato electrónico cuando se celebra mediante un concurso de voluntades humanas directas no es un contrato automatizado.⁽⁵⁵⁾

En nuestra opinión, el nuevo inciso final de los artículos 1262 CCivil y 54 Com se aplica a los contratos -electrónicos o no, según la definición de la LSSI- en los que la declaración ordinaria de la voluntad de ambas partes o la del aceptante, se sustituyen por el accionamiento de un mecanismo automático como sucede -indubitadamente- en los contratos

⁽⁵⁵⁾ La expresión, introducida fuera del contexto de la Directiva incorporada al ordenamiento jurídico español, suscita diversas dudas. Según el Diccionario de la Real Academia Española, "dispositivo" -segunda acepción- significa "mecanismo o artificio dispuesto para obtener un resultado automático". La palabra "dispositivo" aparece en la definición del término "electrónica": "dispositivos basados en el movimiento de los electrones libres...", "la utilización de tales dispositivos en los circuitos eléctricos permite su aplicación técnica".

En la legislación, el art.1.3 del RD 1906/1999, citado, habla de "máquinas o locales automáticos" y el Real Decreto-ley 14/1999 se refiere a los "dispositivos de creación de firma" (art. 2, apartados e),f) y g)) y a los "dispositivos de firma electrónica" (Título III). En esta disposición -como en la Directiva 99/93/CE sobre firma electrónica, art. 2.12- "dispositivo" es sinónimo de programa o aparato informático. La Ley 47/2002, de reforma de la LOCM excluye de la regulación sobre ventas a distancia "las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados" (art. 38.3).

celebrados a través de un "agente electrónico" programado a tal fin -los contratos "M2M" a que nos hemos referido antes- o en los contratos automatizados ajenos a la contratación electrónica, a los que también se están refiriendo los mencionados artículos, los cuales, como es evidente, tienen un alcance general sobre todas las modalidades de contratación a distancia o no presencial, más allá del mundo de la contratación electrónica. Son los contratos celebrados mediante máquinas o locales automáticos, como las operaciones realizadas a través de cajeros automáticos y, en general, las ventas automáticas (o mediante máquinas automáticas) ⁽⁵⁶⁾ que el art. 49 LOCM define como "la forma de distribución detallista en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe" (máquinas expendedoras de bienes de consumo, tickets, billetes, entradas,...) ⁽⁵⁷⁾

⁽⁵⁶⁾ Hay abundantes ejemplos de contratación por medio de "máquinas automáticas": máquinas expendedoras de productos (bebidas refrescantes, bocadillos, golosinas, cafés, tabaco...), servicios (tickets de aparcamientos, acceso o salida de autopistas, entradas de espectáculos, fotografía instantánea, cálculo del peso corporal, telescopios situados en parajes turísticos), o de juego. No son supuestos de ofertas tácitas (J.C. Menéndez Mato: "La oferta contractual", Aranzadi, 1998, pp.171y ss.) pero sí pueden calificarse como obligaciones derivadas de "relaciones de facto" o "conductas sociales típicas"..

⁽⁵⁷⁾ Parece existir una directriz normativa que aísla la regulación de los contratos "automatizados" respecto de los demás contratos del grupo normativo de referencia: El RD 1906/1999 excluye de su ámbito de aplicación (art. 1.3) los contratos celebrados mediante máquinas o locales automáticos, pero no define este término, y nunca se ha entendido que entre los contratos celebrados mediante máquinas automáticas se encuentren los celebrados a través de ordenadores. La LOCM -en cuyo Capítulo III se encuentra el art. 49 que contiene la definición de venta mediante máquinas automáticas- trata de manera separada la venta a distancia de la venta automática (dentro de la categoría común de ventas especiales). Son máquinas automáticas, por ejemplo: los cajeros automáticos, las máquinas de cambio de moneda, los parquímetros, los

Como ya hemos observado con anterioridad, se trata de contratos en los que cabe razonablemente llegar a dudar de la presencia de una verdadera declaración de voluntad, ya que el vínculo obligacional surge más bien de una "conducta social típica" o de una "relación contractual fáctica", en la que no existe, en sentido estricto, ni aceptación ni manifestación de la misma ni un consentimiento consciente, según hemos analizado ya con anterioridad.

Respecto de los demás contratos electrónicos, hay que volver a subrayar la diferencia entre los contratos electrónicos celebrados en "tiempo real", es decir, los de naturaleza simultánea (sean o no "contratos web" y sean o no contratos "click wrap"), por una parte, y los contratos electrónicos de formación sucesiva, por otra parte. Los primeros no son verdaderos contratos a distancia ⁽⁵⁸⁾. Los segundos sí lo son y, por tanto, les resulta aplicable el régimen de los nuevos arts. 1262 CCivil y 54 CCom, en todo

expendedores automáticos de tickets y entradas, las máquinas expendedoras de tabaco, bebidas y alimentos. En general, los "distribuidores automáticos" y los "locales comerciales automatizados" (art. 38.3.a) LOCM, modificado por Ley 47/2002).

⁽⁵⁸⁾ La doctrina civilista ha defendido siempre, o al menos desde la STS de 3 de enero de 1948 sobre el contrato telefónico, que la contratación telefónica y la celebrada a través de télex y de fax, así como ahora también en el caso del correo electrónico inmediato, que no hay contrato entre ausentes: L. Puig Ferriol, M.C. Gete-Alonso y otros, "Manual de Derecho Civil", II, Marcial Pons, 1998, p. 566; J.L. Lacruz Berdejo, cit., p. 384. L. Díez-Picazo, en relación con la contratación a través de télex: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", I, Civitas, Madrid, 1993, p.294. L. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, "Instituciones de Derecho Civil", II, Tecnos, Madrid, 1989, p. 434. En opinión de R. Fernández Fernández, "Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet", cit., (p. 81 y pp.101-102)pp.101-102), la contratación a través de Internet puede conceptuarse como un "tertium genus" a medio camino entre la contratación presencial (consentimiento simultáneo) y la contratación a distancia tradicional.

caso, puesto que tampoco admiten ser calificados como contratos mecanizados ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Una interpretación más amplia del concepto de "celebrados mediante dispositivos automáticos" llevaría a incluir en esta categoría, en calidad de contratos electrónicos automatizados, todos aquellos en los que no existe, en rigor, negociación individual entre las partes ni una declaración de voluntad de aceptación del contrato manifestada en unas condiciones contractuales o en una cláusula de aceptación o conformidad previas a la orden pulsada en el terminal del ordenador del usuario, es decir, los llamados contratos "click-wrap" puros, como son la mayoría de los contratos electrónicos en páginas "web" en los que, como sabemos, la intervención de la voluntad del usuario se limita al gesto de apretar el botón correspondiente del terminal.

En nuestra opinión, es errónea la interpretación según la cual, la regla del último párrafo de los nuevos art. 1262 CCivil y art. 54 CCom. se refiere, bajo el término de "dispositivos automáticos", a todos los medios de contratación regulados por la LSSI, sin excepción. La reforma, aunque incorporada a la Disposición final primera de la LSSI, tiene vocación de generalidad y se extiende a todos los contratos mecanizados, ajenos al ámbito de la LSSI -cuando no tienen carácter electrónico- o incursos en el mismo siempre que sean automáticos lo que, como sabemos, no se puede predicar de todos los contratos electrónicos.

No obstante, diversos autores que han tenido ocasión de analizar la LSSI o el Proyecto de la misma, sostienen la tesis de la que discrepamos : así, M^a P. Perales Viscasillas, "Sobre la perfección del contrato: el "popurrí" de los "nuevos" artículos 1262 del Código civil y 54 del Código de comercio", RCE, n^o 33, 2002) sostiene que los contratos cuya aceptación se produce mediante un dispositivo automático instalado en la página "web" del oferente que puede ser accionado por el aceptante son análogos a las ventas automáticas. Por la misma razón, el concepto de contratación automática podría extenderse a la televenta y a la telefonía móvil automática cuando se utilicen como canal de contratación. Ver también, C. Martínez Matesanz y M. Ruiz Muñoz, "Algunos aspectos jurídico-privados del Proyecto de LSSI de 8 de febrero de 2002" RCE, n^o 27, 2002, pp. 50-51, J.R. Pardo Gato, "Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales Contractuales", Thomson Aranzadi, 2003, p. 123 y A.V. García-Granero Colomer, "Perfección, forma y prueba de los contratos", en la obra colectiva "Instituciones de Derecho Privado", coord. J.F. Delgado de Miguel, Tomo III, Obligaciones y Contratos, volumen 1^o, pp. 444 y ss., Consejo General del Notariado, Editorial Civitas, 2000.

La conclusión abunda en la crítica que merece la reforma del CCivil y del CCom en materia de perfección de contratos a distancia ⁽⁶⁰⁾.

Para algún autor (ver.R. Pinochet Olave, "Contratos electrónicos y defensa del consumidor", Marcial Pons, 2001, pp.57 y ss.) los que él denomina "contratos electrónicos en sentido estricto", que serían los contratos suscritos con la firma digital de ambas partes, participan también de la condición de contratos entre presentes, por cuanto son contratos formales, firme, certificable por un tercero y seguro, mientras que el concepto tradicional de contrato entre ausentes o el actual de contrato a distancia están referidos a contratos verbales e informales. Sin embargo, para que esta opinión fuera asumible sería necesario que ambas partes hicieran uso de firma electrónica -incluso, para mayor seguridad jurídica de firma reconocida en los dos casos- , que la perfección del contrato quedara supeditada al cumplimiento de dicha formalidad -en virtud de una ley o de un convenio previo- y que en el envío y recepción de las comunicaciones respectivas no se produjera ninguna interrupción.

El Dictamen del Consejo de Estado (Nº 3.543/2001, de 17 de enero de 2002) sobre el Anteproyecto de LSSI, muy bien construido, acierta al reconocer la diferencia entre los contratos electrónicos en los que la aceptación se realiza mediante un dispositivo automático instalado en la página web del oferente y la transmisión de otras declaraciones recepticias por medios electrónicos "mediante correo electrónico u otros procedimientos que comportan la existencia de un lapso temporal entre oferta y aceptación y obligan a determinar el momento en que debe entenderse prestado el consentimiento".

El matiz que no se tiene en cuenta es que pueden existir y existen contratos "clickwraps" precedidos de una negociación a distancia (aunque no sea lo normal) y que también hay (y es más frecuente) contratos celebrados vía correo electrónicos u otras comunicaciones de carácter individuales que no son contratos a distancia ya que las comunicaciones Inter partes se suceden de manera inmediata. Ni los primeros son contratos automáticos ni los segundos contratos a distancia.

(60) La modificación de los arts. 1262 del CCivil y 54 del Com. por la LSSI - Disposición adicional cuarta- es merecedora de crítica por los motivos expuestos, En primer lugar, porque no resuelve supuestos específicos en los que sigue subsistiendo la teoría del conocimiento en su formulación tradicional (como el art. 623 CCivil sobre la perfección de la donación, cuya aparente contradicción con el art. 629 del mismo tampoco se aborda).

La conclusión, referida a una norma de nueva promulgación y a una reforma que afecta a los Códigos fundamentales del Derecho privado español, resulta frustrante. ¿Por qué se ha introducido una norma especial

Pero, sobre todo, porque el nuevo principio general sobre el momento de la perfección del contrato celebrado a distancia, el de conocimiento por el oferente o remisión de la aceptación que no pueda ser ignorada por la otra parte contratante sin faltar a la buena fe, se va a aplicar a algunos contratos electrónicos pero no a todos, dejando una zona de sombra entre aquellos a los que de manera inequívoca se aplica el criterio general y los que pertenecen a la categoría de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, siendo además, como ya hemos apuntado, innecesaria la regla de perfección del contrato que se introduce para estos últimos. El criterio de la "expedición justificada" o del "conocimiento razonable" ofrece dos grandes flancos:

- Se basa en un factor subjetivo, como es la apelación a la buena fe, de difícil interpretación práctica. La remisión a la buena fe que tiene sentido en otras materias (p.ej.: art. 129 LSA, 21 CCom., 12,19,20 y 67 Ley Cambiaria y del Cheque,...), es más discutible en una tan necesitada de certidumbre como es la perfección del contrato entre personas distantes. De hecho, la perífrasis del nuevo art. 1262 CCivil puede llevarnos a la teoría de la recepción por cuanto nadie puede ignorar aquello que se puede conocer con una mínima diligencia.

Incurre en contradicción con el art. 27.2 de la propia LSSI (y con el art.11.1.2 Directiva 2000/31/ CE) que recoge el principio de la accesibilidad o recepción de la comunicación tanto para la declaración de aceptación como para la confirmación de la recepción de la aceptación. No parece razonable que la ley que modifica los arts. 1262 del CCivil y 54 del Com se separe del nuevo criterio introducido por la misma sobre la perfección de los contratos electrónicos celebrados a distancia ni tampoco lo es -ya hemos dicho las razones- considerar que todos los contratos electrónicos se sujetan a la regla especial referente a los contratos celebrados a través de dispositivos automáticos. Además, la referencia del art. 27.2 LSSI no está focalizada hacia la perfección del contrato sino hacia la seguridad de un deber de confirmación de carácter post-contractual. Sin embargo, el texto de dicho precepto deberá ser tenido en cuenta a la hora de interpretar cómo ha de aplicarse el art. 1262 del CCivil (o el art. 54 del Com) a los contratos electrónicos y de aproximar esa interpretación a la teoría de la expedición objetiva

para los contratos automáticos? ¿No hubiera resultado más coherente implantar una solución única para todos los contratos civiles y mercantiles y que dicha solución se hubiera basado en el principio de la expedición objetivada que es el más extendido en la contratación electrónica, siendo ésta a su vez la modalidad más importante, hoy y en el futuro, de la contratación a distancia? La reforma del momento de la perfección del contrato celebrado a distancia no ha respondido satisfactoriamente al desafío de encontrar una solución eficaz a los problemas que plantea la diacronía característica de la contratación en masa de nuestra época. El Derecho tradicional está acostumbrado a relaciones sincrónicas o a la situación de distanciamiento temporal y físico real y consistente que contemplaba la vieja contratación entre personas ausentes. El supuesto intermedio, contratos celebrados en tiempo real o con una separación temporal insignificante pero sin concurrencia espaciotemporal de los intervinientes, que es típico de la contratación actual, no ha sido todavía correctamente captado por el ordenamiento jurídico positivo, ni siquiera tras el intento realizado en este sentido por la LSSI.

En cualquier caso, y para un número elevado de contratos electrónicos, hay que relativizar la importancia del debate expuesto. En la contratación instantánea a través de Internet -fenómeno del día a día pero del que la LSSI, igual que la Directiva, no se han hecho eco- el problema del momento de la perfección del contrato celebrado a distancia ha pasado a ser una cuestión teórica ya que existe un proceso de comunicación ininterrumpida entre las partes equivalente al que ocurre en los contratos entre presentes.

Así sucede en los contratos electrónicos siguientes:

- Los contratos "on-line" en tiempo real ("real time"), en los que la oferta es recibida y visualizada por el aceptante en

el "website" del oferente -o a la inversa-, el destinatario de la oferta procede a aceptarla dentro de la misma sesión y el oferente confirma la aceptación en el acto -sin necesidad de recepción-, todo ello a través de las secuencias ininterrumpidas de un diálogo telemático abierto y continuado.

- Los contratos celebrados a través del intercambio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, cuando los "mails" de las partes oferente y aceptante se suceden el uno al otro sin solución de continuidad.

- Los contratos celebrados mediante comunicación telefónica, videoconferencia o chat a través de Internet.

- Los contratos electrónicos automatizados, a los que nos hemos referido con anterioridad.

Todos los supuestos anteriores, salvo que, excepcionalmente, se produzca la suspensión o interrupción de la comunicación entre las partes, esto es, un lapso de tiempo entre las misma superior al tiempo de la velocidad de la transmisión electrónica, deben ser considerados contratos entre presentes, en unidad de acto, sin distancia ni separación temporal, en los que la perfección tiene lugar en el mismo instante en que el destinatario de la oferta traslada su aceptación al oferente.

IV. IMAGEN Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO

Un contrato transparente es, ante todo, un contrato informado. Hay que anotar el cambio radical de filosofía jurídica que expresen las normas reguladoras del Derecho de

obligaciones y contratos desde mediados del siglo pasado en comparación con los Códigos tradicionales y con el Derecho privado elaborado a partir de la codificación. A la neutralidad de las normas iusprivatistas clásicas, en las que las partes contratantes parecen situadas en un mundo abstracto e irreal de relaciones jurídicas puramente formales, objetivadas en una serie de categorías típicas a través de una base normativa muy esquemática en la que casi todo el contenido material de los contratos queda remitido a los pactos de los contratantes, sucede una visión muy distinta, más ajustada sin duda a la realidad de las relaciones sociales, en la que las diferencias social, culturales y económicas entre las partes comienzan a ser tomadas en consideración por el Derecho. Como ya hemos apuntado, las normas civiles de la codificación no sólo presuponían la igualdad formal de las partes contratantes, sino también un poder de negociación y de regulación del contenido del contrato equivalente. La función del consentimiento como voluntad configuradora del contenido del negocio jurídico, ha dado paso, en la contratación en masa, a la información y a la adhesión al contrato de una de las partes. La noción clásica de consentimiento expreso está siendo sustituida por la de consentimiento informado y desde ésta se puede llegar a la de presunción del consentimiento completo y efectivo ("fully understanding") vinculado a la visibilidad y globalidad ("conspicuousness") del contrato.

La forma del contrato ha variado escasamente a lo largo de la historia del Derecho. Forma equivale, como regla general y aunque algunos negocios jurídicos necesiten formalidades adicionales a documento escrito en un soporte físico, material y tangible, como han sido la piedra, el mármol, el bronce, el papiro o, desde hace siglos, el papel. Cuando nos referimos al contrato, pensamos con frecuencia tanto en el contenido del mismo (el negocio jurídico en sí

mismo) como en el documento o texto en el que el contrato está extendido y mediante el cual resulta visible.

El contrato clásico escrito y documentado en soporte papel ofrecen los caracteres de textualidad (todo el negocio jurídico está reflejado y concentrado en el texto del documento), uniformidad (un lenguaje escrito común para todo el clausulado) y unidad espacio-temporal.

Los contratos que se celebran en Internet y otras tecnologías de vanguardia responden a una dimensión multimedia (suma de escritura, imágenes, gráficos y sonidos), secuencia abierta o continua, un lenguaje en gran medida específico ⁽⁶¹⁾ y, lo que es más decisivo, heterogeneidad o pluralidad de contenidos: el "web Log" se traduce en una colección de enlaces ("links" a otras direcciones -URLs- de la red), en una memoria narrativa, asistemática e ilimitada, que se beneficia de las posibilidades de la denominada "inteligencia artificial" ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ A diferencia de lo que sucede en las conversaciones telefónicas, en los foros electrónicos (Internet, mensajes SMS,..) el diálogo en Internet suele producirse en términos muy escuetos y además las respuestas no están ligadas a un momento temporal determinado. La digitalización del lenguaje facilita el procesamiento y la difusión de la información que son la esencia del desarrollo tecnológico. En cierta forma, el lenguaje interior de los programas informáticos que dan soporte al funcionamiento de la red contienen el germen de una estructura lógica que, cuando se produce el proceso de transformación al lenguaje analógico convencional, sigue imprimiendo ciertos elementos característicos a este último. Todavía no se ha elaborado –que sepamos– una semiología del lenguaje electrónico que analice el valor de los signos utilizados en los mensajes telemáticos como sistemas de comunicación. Sobre los conceptos de semiología y semántica, ver Georges Mounin, "Claves para la Lingüística, Anagrama, Barcelona, 1969.

⁽⁶²⁾ Como escribe J. Candeira ("La Web como memoria organizada: el hipocampo colectivo de la Red", Revista de Occidente, nº 239, 2001, pp. 89 y ss.), la "web" se puede configurar como un "órgano cerebral externo",

El negocio jurídico electrónico responde, en efecto, a un modelo de contrato abierto, interactivo, secuencial, continuo, dinámico, transparente, plural y heterogéneo y tiene una dimensión multimedia: al lado del lenguaje escrito aparecen la imagen y el sonido, que pueden también producir efectos legales. La división, que era radical en el concepto clásico, entre celebración y ejecución o cumplimiento del contrato se transforma en una relación continuada entre las partes contratantes. El contrato adquiere una plasticidad y un dinamismo -valor jurídico de las imágenes, enlaces hipertextuales y demás elementos multimedia- y una interactividad -diálogo abierto entre las partes, actualización de contenidos...- que nunca tuvo antes.

¿Qué trascendencia jurídica tiene este nuevo formato o apariencia exterior del contrato? Diríamos que, en esencia, la siguiente:

- Una dimensión o un nivel más profundo de los conceptos de transparencia e información: La transparencia no equivale ya solamente a claridad de la información ⁽⁶³⁾,

como sistema de "memoria organizada y exenta". La teoría de la inteligencia artificial asume la existencia de un conexionismo que relaciona las reglas de funcionamiento de toda inteligencia -sea biológica o electrónica- e intenta copiar el funcionamiento de nuestras redes neuronales a través de sistemas de computación expertos. Ver J.A. Millán, "Para poder pensar. Encuentro, creación y transmisión en la Red", en Revista de Occidente, cit. pp. 5 y ss. Como ya intuyó J. Ortega y Gasset ("Meditación de la Técnica", 1939), la era contemporánea ha superado la dialéctica entre "humanismo" y "tecnología" y ha conferido a ésta una dimensión social y humana que afecta y transforma las relaciones de alteridad entre las personas.

⁽⁶³⁾ La claridad es un atributo de la contratación que se remonta al art. 1281 CCivil. También el art. 5.4 LCGC exige que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez". Con el advenimiento de la contratación a distancia los requisitos de claridad del contrato se llevan, por parte de las leyes

sino también a amplitud de la misma, incluso más allá de los límites de las condiciones del contrato ⁽⁶⁴⁾, facilidad de acceso al sistema ⁽⁶⁵⁾ y posibilidad de control por el usuario del

sobre protección de los consumidores, a sus últimas consecuencias, aunque el medio electrónico de contratación sirve al mismo tiempo para facilitar el cumplimiento de dichos requisitos e interpretar esas leyes protectoras con mayor grado de flexibilidad.

⁽⁶⁴⁾ El texto electrónico está siempre abierto a la intertextualidad típica de Internet a través de enlaces, links e hipertextos. Se trata además de un contenido en el que el lenguaje escrito se ve complementado con la imagen, el sentido y los textos superpuestos. Los enlaces ("links") a otros contenidos y a otras direcciones de Internet (URLs), generan un modelo de contrato que no está encerrado en el espacio textual de un documento ni en la uniformidad de un lenguaje escrito común para todo el clausulado ni en la unidad temporal del instante de la firma sino que se expande a otros contenidos y momentos. El contrato se convierte en una experiencia dinámica: las nuevas prestaciones ofrecidas por el proveedor y el criterio de los clientes ("user experience") permiten introducir mejoras en la estructura y en el contenido del contrato constantemente. El contrato electrónico suele presentar, en efecto, elementos accesorios que a diferencia de las tradicionales determinaciones accesorias de la voluntad (condición, término y modo) afectan no a la voluntad sino a la forma (electrónica) del contrato. A diferencia del soporte tradicional en papel (escritura pública, documento privado..) que es normalmente inocuo o indiferente en términos jurídicos, el soporte electrónico ofrece una variedad expresiva (contenidos directos e indirectos a través de hipervínculos, imágenes, sonidos, gráficos, subpantallas, llamadas, mensajes superpuestos..) característica de los productos multimedia y facilitada por el lenguaje HTML típico de Internet que, pese a su aparente neutralidad pueden también contribuir a la interpretación y, sobre todo, a la integración del contrato.

⁽⁶⁵⁾ La estética del contrato y la arquitectura o presentación y distribución formal de su contenido adquieren valor jurídico. En el proceso de contratación y en la propia declaración del consentimiento -cuando realmente existe- adquiere un lugar relevante un aspecto que nunca lo había tenido a lo largo de la Historia del Derecho de obligaciones: la estética o apariencia exterior del contrato y de los mensajes de datos. El diseño y la configuración externa de la página "web" debe reunir una serie de atributos, tales como visibilidad, facilidad de navegación o "conspicuousness" (totalidad, globalidad...). El exterior del formato

cumplimiento por parte del prestador de servicios del deber legal de información que le es impuesto ⁽⁶⁶⁾. La accesibilidad y la facilidad de uso de la plataforma electrónica facilitan al usuario comprobar por sí mismo el grado de cumplimiento de aquel deber.

- En segundo lugar, el 1 contrato electrónico se caracteriza por el atributo de la interlocución dinámica: tiene un contenido accesible, dinámico y susceptible de transformación. El carácter virtual y la accesibilidad de los textos electrónicos los hace fácilmente actualizables y transformables en el tiempo. La interactividad del contrato permite un diálogo real entre las partes no sólo en la fase de negociación del contrato (cuando tal discusión existe) sino en la de la elaboración y fijación de su texto y en la de ejecución y desarrollo de las prestaciones. La revisión de cláusulas, las prórrogas de contratos, la actualización de contenidos y cifras, se simplifican sobremanera. Incluso en la contratación en masa ese atributo de dinamismo tiene una utilidad extraordinaria pues simplifica todos los actos de ejecución y comunicación derivados del contrato previo, pero es en la contratación electrónica entre empresas donde adquiere, sin duda, mayor importancia.

La conclusión es doble: por una parte, hay que pensar que la simplicidad del modelo de contratación electrónica

contractual adquiere, por vez primera, relevancia jurídica. La calidad de la información que la ley exige a los prestadores de servicios de la sociedad de la información se traduce en condiciones de facilidad de uso, ("convenience"), simplicidad de acceso y ayudas a la navegación

⁽⁶⁶⁾ La LSSI contiene diversas disposiciones dirigidas a facilitar al destinatario de los servicios de la sociedad de la información información exhaustiva sobre la identidad y características de la persona del prestador (art. 10.1), sobre el propio procedimiento de contratación electrónica (art. 27.1), sobre las condiciones económicas de la operación (art.10.1.f) y sobre las condiciones jurídicas de la misma (art. 27.4).

provocará que una gran parte del tráfico jurídico en masa se vaya desplazando hacia esta nueva modalidad de realización de contratos y, por otra parte, la transparencia sustantiva del contrato puede llegar a ser concebida como objeto de un derecho subjetivo del destinatario de servicios de la sociedad de la información. Sobre todo, del destinatario que tenga la consideración de consumidor -pues cuando no la tenga, la ley permite que las partes acuerden la exclusión de gran parte de aquellos requisitos- , pero, tal como la LSSI los regula, son, ante todo, deberes de los prestadores, cuya incumplimiento puede dar lugar a la aplicación del régimen de infracciones y sanciones regulado en el Título VII de la LSSI. La directriz tuitiva de los intereses de los destinatarios hace perder a la LSSI -pese a incluir algunas normas flexibles- la perspectiva de que los destinatarios de servicios pueden también ser empresas que negocien el contrato electrónico en pie de igualdad con los prestadores -o en posición de superioridad hacia aquéllos- y, sobre todo, le lleva a omitir toda referencia a los deberes de los destinatarios, deberes que también afectan a la validez e integridad del contrato electrónico: entre ellos, el deber de identificación personal, el deber de buena fe en la celebración del contrato y el deber de seguridad o custodia

Si transparencia es sinónimo, ante todo, de información veraz y completa, en el contexto de la LSSI significa algo más. Para la ley, no es suficiente que el prestador suministre al destinatario todo el caudal informativo contemplado en la misma. Además, lo debe de hacer de un modo determinado: de forma permanente, directa y gratuita, con facilidad, exactitud y claridad y de manera comprensible e inequívoca (art. 10.1 a) y f), art. 27.1 y art. 20 LSSI) y, por tanto, no sólo la redacción y el contenido de las cláusulas contractuales sino toda la información que el prestador de servicios ha de facilitar al destinatario y el acceso y el "modus operandi" para celebración de los contratos electrónicos en todo caso -

así como la estructura de navegación a través de las páginas "web" en los contratos celebrados a través de Internet- deben caracterizarse por su simplicidad.

Este sesgo normativo puede aportar una visión innovadora acerca del valor legal del deber de transparencia formal: siempre se ha pensado que los elementos de visibilidad y accesibilidad de la información representan fundamentalmente soluciones de alcance técnico que afectan sobre todo, en la esfera de la contratación electrónica, al diseño, imagen y presentación de las pantallas de los sitios "web" de los prestadores de servicios, pero que en ningún caso comportan ni imponen soluciones o alternativas determinadas desde el punto de vista jurídico. Que no constituyen verdaderos deberes para el prestador, proveedor o predisponente de las condiciones generales. La nueva perspectiva nos sitúa en el nivel de un deber formal, jurídicamente exigible a la parte contratante al que se impone y cuyo incumplimiento puede llegar a desplegar efectos invalidantes del contrato en la medida en que ello sirva para proteger los intereses del consumidor. Sólo desde este punto de vista, cobra todo su sentido la relevancia y la insistencia de disposiciones como la LSSI -o la Circular 3/2001 del Banco de España- en lo referente a las condiciones externas que deben rodear las condiciones generales y las demás informaciones preceptivas en materia de contratación electrónica.

En la medida en que las informaciones contenidas en esos elementos accesorios de la forma del contrato representen exigencias de la buena fe o usos convencionales del tráfico electrónico, es decir, modos habituales de proceder en este sector de los negocios, se integran en la estructura del contrato, aunque no pertenezcan al contenido clausular estricto del mismo, y sirven no sólo para interpretar el mismo sino también para llenar vacíos de las

estipulaciones. El fundamento normativo de tal afirmación descansa en el art. 1258 CCivil (los contratos obligan "no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley") y en el art. 1287 CCivil que atribuye al uso el valor de integración del contrato al afirmar que "el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse". La reciente Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, reconduce acertadamente los elementos constitutivos de la información al consumidor -el fin comercial, la forma clara y comprensible de comunicarla, el medio utilizado- a los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los que regulan la protección de las personas que carecen de capacidad de obrar, como los menores (art.3.2).

¿Qué efectos jurídicos provoca el incumplimiento por el prestador de los deberes de información que le exige la LSSI?: A diferencia de lo que acontece en otras disposiciones como la LOCM, la LCGC y el RD 1906/1999, la LSSI establece una sanciones administrativas, fundadas, se supone, en la circunstancias de que los referidos deberes aunque enmarcados en el seno de un proceso de contratación regido por el Derecho privado se aplican de quienes ocupan una posición jurídico -la de prestador de servicios de la sociedad de la información- sobre la que la ley se ha reservado un título habilitante de intervención por tratarse de un sector sujeto a regulación y control administrativo. Pero, además, hay que valorar que consecuencias puede producir ese incumplimiento desde el punto de vista del Derecho obligacional privado: puesto que se trata de deberes que afectan al proceso de formación del contrato, el incumplimiento podría provocar la anulabilidad

del contrato (art. 1300 Ccivil) o la indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 Ccivil), con independencia de que pueda desencadenar además otras consecuencias (derecho de desistimiento del cliente consumidor, acciones de cesación...) de acuerdo con la ley sectorial aplicable.

En este sentido, hay que diferenciar los deberes que protegen la validez del proceso de formación de la voluntad negocial y los deberes que protegen la transparencia con los clientes y considerar que sólo los primeros, cuando tengan carácter esencial, es decir, cuando sean determinantes de la celebración del contrato pueden, en caso de incumplimiento, afectar a la validez del mismo. Así, el incumplimiento por el prestador de los deberes establecidos en el seno del procedimiento (el de informar al destinatario de "los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato" o de "los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos", art. 27.1 LSSI) no provocarán la ineficacia del contrato salvo que el destinatario demuestre haber sido inducido a un error esencial en el consentimiento o en la declaración de la voluntad.

En cambio, o la tergiversación por el proveedor de los deberes de identificación personal del mismo así como del producto o servicio ofrecido (art. 10.1 LSSI) o la incorporación al contrato de condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8 LCGC) podrían llegar a comportar vicios invalidantes del contrato, al igual que la ausencia de disponibilidad o de accesibilidad de las condiciones generales (art. 27.4 LSSI) en una interpretación rígida de este requisito.

No obstante, la calificación de numerosos contratos electrónicos como "conductas sociales típicas" en las que la

prestación del consentimiento se difumina o, simplemente, no existe, exige reconsiderar, como hemos apuntado antes, la teoría de las nulidades. El caso más sintomático es el de la entrega o facilitación de las condiciones generales del contrato. Si el usuario ha admitido, de hecho, la validez jurídica de un medio de contratar, como puede ser la telefonía móvil automática, que resulta incompatible por naturaleza con el envío previo e incluso con la accesibilidad o disponibilidad previa de las condiciones generales, no puede luego reputarse nulo ni anulable el negocio jurídico por incumplimiento de esa obligación, a cuya exigencia el propio usuario renuncia en aras de la celeridad y, seguramente, de las condiciones económicas más favorables de la operación. Ha de observarse que, normalmente, la inmunidad del contrato sin condiciones generales consentidas de antemano va a favorecer los intereses del usuario -que mantiene incólume su derecho a impugnar condiciones contrarias a la ley- al evitar que el proveedor puede alegar en beneficio propio la inexistencia o la nulidad del contrato.

V. CONCLUSIONES

▪ El contrato electrónico constituye un modo de contratación dotado de enorme capacidad expansiva, con posibilidad de extenderse no sólo al ámbito de la contratación mercantil, sino también de la civil, administrativa y laboral, y a los actos jurídicos unilaterales. Ya en este momento la mayoría de actos y negocios jurídicos en general, en la esfera del Derecho privado, pueden ser válidamente realizados por vía electrónica, incluso en los casos en que la ley exige que se otorguen en documento privado.

- El contrato electrónico va a afectar a algunos postulados de la teoría tradicional del negocio jurídico, como la capacidad de obrar, la teoría de las nulidades, la representación, la responsabilidad y la resolución por incumplimiento.
- El concepto mismo de consentimiento contractual entendido como declaración de voluntad configuradora de la obligación se va a ver seriamente afectado por la contratación electrónica, como epifenómeno de los contratos en masa de nuestra época. Se observa en el tráfico jurídico que, cada vez más, el conocimiento y la información sobre el contrato sustituyen la función asignada al consentimiento por la dogmática clásica. En muchos casos, el contrato surge sin que exista un consentimiento previo o con un grado de consentimiento tan débil que el efecto vinculante producido no deriva realmente del mismo sino de la conducta unilateral desarrollada por el sujeto.
- La constatación de la ausencia o debilidad del consentimiento contractual conduce a consecuencias jurídicas muy relevantes. Si no existe consentimiento no tiene sentido, por ejemplo, que las condiciones generales del contrato deban ser facilitadas con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato si el usuario no lo exige.
- Los contratos electrónicos no siempre son contratos celebrados a distancia. En el caso de los contratos electrónicos "en tiempo real", muy frecuentes en el tráfico telemático, estamos realmente ante contratos entre presentes, por lo que carece de sentido la aplicación de algunas de las normas que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico dedica a la regulación de los contratos electrónicos. Un caso paradigmático del fenómeno indicado se observa en los

contratos celebrados por la vía de la telefonía móvil automática, que no han sido contemplados en la citada Ley.

- El régimen establecido en la Ley 34/2002 en materia de contratación electrónica y el contenido general de la misma resultan muy positivos para el desarrollo de la Sociedad de la Información en nuestro país, pero la Ley contiene algunas lagunas y algunas soluciones técnico-jurídicas -como la nueva regulación del momento de perfección del contrato en los contratos celebrados a distancia- que deberían ser reconsideradas para evitar que la misma quede obsoleta como consecuencia de los avances del Derecho comunitario en la materia o del propio desarrollo de las nuevas tecnologías.

- El contrato electrónico sitúa en el máximo nivel de interés del análisis jurídico la importancia de la imagen y de la visibilidad externa del contenido mismo del contrato, un fenómeno que, con independencia de otras consideraciones, va a producir por sí mismo efectos legales relevantes.

Sobre la premisa de la aceptación del desarrollo de la contratación en masa en nuestra época y de la inexistencia de la declaración de consentimiento en el sentido tradicional del término, es posible construir un Derecho nuevo, más realista y, por ende, más eficaz. Y no sólo en el ámbito del Derecho patrimonial. En otros órdenes legales pueden extraerse consecuencias análogas. Así, en el Derecho societario, podemos observar cómo las disposiciones legales más recientes surgidas en la línea de la mejora del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en Bolsa sitúan su énfasis regulatorio en el derecho de información del accionista, concebido como derecho político de primer orden, sin perjuicio del derecho de voto. Las facultades impugnatorias de los accionistas contra los acuerdos de la Junta General y del Consejo de Administración se vinculan

más a la infracción del deber legal de información impuesto a la sociedad que al ejercicio indirecto del derecho de voto. Es la directriz que sigue la reciente Ley 26/2003, de 17 de julio, sobre transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que modifica la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores.

En la esfera del Derecho constitucional, el derecho de voto tiende a configurarse como un ejercicio de adhesión al programa objetivo de un partido, es decir, más como una función de conocimiento, que como un mandato -ni imperativo ni representativo- en favor de personas determinadas, en base a una supuesta relación de confianza, según el esquema de la teoría tradicional de la representación.

De ahí la importancia de la revitalización de los mecanismos de democracia directa, que vegetan en el texto de muchas Constituciones, y de la configuración de otros mecanismos que fomenten la participación política de los ciudadanos como contrapeso al poder de los partidos políticos y a la lacra del abstencionismo electoral y de nuevas instituciones que actualicen los postulados del Estado de Derecho. Como manifestación, en definitiva, de la capacidad del poder constituyente para renovarse ⁽⁶⁷⁾

Valgan estas reflexiones y apuntes finales para subrayar, de acuerdo con la idea que subyace a lo largo de nuestro estudio, la necesidad de situar la interpretación de la norma jurídica y la creación de las relaciones jurídico-obligatorias en el seno de la realidad social preexistente a las mismas.

⁽⁶⁷⁾ Sobre la problemática de la "posdemocracia", ver Ralf Dahrendorf "Después de la democracia". te Critica, Barcelona, 2001, pp. 8 y 80 y ss. y Carlos del Cabo Martín La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho Editorial Trotta Madrid 2003, que desarrolla el concepto de constitucionalismo beligerante p. 49.

Sólo de este modo podremos avanzar en la construcción de un ordenamiento adecuado a las necesidades de la Sociedad y del hombre contemporáneos.

DISCURS DE CONTESTACIÓ
PER L'ACADÈMIC NUMERARI

EXCM. SR. DR. JAIME MANUEL DE CASTRO FERNÁNDEZ

Excmo. Sr. Degà President,
Excmos. Sres. Académicos,
Señoras y Señores,

Rafael Mateu de Ros nació en Valencia hace justamente 51 años. Finalizó la carrera de derecho obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura en la Universidad Complutense Madrid, así como el Premi Nacional fin de Carrera, después conseguir matrícula de honor en todas las asignaturas de la misma, excepto en una. Ganó las oposiciones de Abogado del Estado en 1975, a los 25 años, con el número 5 de su promoción e inició una breve aunque intensa trayectoria como funcionario público en las Delegaciones de Hacienda de Alicante, Guadalajara y Madrid, y como Subdirector General del Ministerio de Hacienda más adelante.

A partir de 1982, comienza su actividad profesional al servicio de diferentes empresas públicas, de las que fue Secretario General y del Consejo de Administración, en la esfera del Instituto Nacional de Industria y del Instituto Nacional de Hidrocarburos, hoy desaparecidos, dirigiendo entre otros asuntos de la época la fusión de las dos grandes

empresas petrolíferas de entonces, Hispanoil y Eniepsa. En 1986 se inicia su etapa, que todavía prosigue, de vinculación a Bankinter, S.A., en aquel momento todavía pequeño banco industrial de negocios y hoy el quinto grupo bancario español y una de las sociedades de mayor prestigio por solvencia, por innovación, por resultados y también por capitalización bursátil. Me permitirá Rafael recordar que durante ese periodo de tiempo (1986-2003), las acciones de Bankinter son las que acumulan mayor revalorización de toda la Bolsa española.

Ejerce en Bankinter Rafael Mateu de Ros las funciones de Secretario General y del consejo de Administración, Secretario de las diferentes comisiones del consejo, Consejero de diversas sociedades del Grupo y representante del Banco ante el Banco de España, la comisión Nacional del Mercado de Valores, la Asociación Española de Banca, la Federación Bancaria Europea y la Federación Bancaria Latinoamericana, siendo el máximo responsable de las áreas jurídica, fiscal y de control de la entidad.

En esa intensa labor, Rafael Mateu ha cosechado éxitos que no sólo han repercutido en la imagen institucional y con frecuencia en la cuenta de resultados de la entidad sino también en la reforma y modernización del sector financiero español: la liberalización de tarifas con clientes, la regulación de las redes de agentes, la extensión del objeto social de las entidades bancarias, la revisión de los recursos camerales, la supresión de la viejas tarifas interbancarias, la incorporación de las nuevas tecnologías a la contratación bancaria, son, entre otros muchos. Algunos ejemplos de sus aportaciones marcadas siempre con el sello de su personalidad. Una personalidad polifacética, otra de cuyas dimensiones, subrayada también con el éxito, ha sido y es el ejercicio de la actividad de abogado, a través del Despacho Ramón & Cajal, uno de los nuevos líderes del foro en el ámbito del Derecho

del Mercado de Valores y del Derecho Mercantil y Administrativo. En esa faceta, Rafael Mateu de Ros ha alcanzado, al lado del elenco de ilustres abogados del Estado excedentes que dirigen la firma, el reconocimiento derivado de los selectos y trascendentales asuntos en que los ha intervenido.

Pero es la tercera de las dimensiones profesionales de Rafael la que guarda más directa conexión con el acto que nos ha convocado hoy aquí. Doctor en Derecho y con estudios de postgrado en la Harvard Business School norteamericana, los estudios científicos de nuestro autor se contienen en cuatro obras monográficas, alguna de ellas ya un clásico en la materia, y en decenas –más de cuarenta– artículos jurídicos publicados en revistas de primer nivel como Derecho de Sociedades o la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, amén de múltiples artículos de prensa, recensiones, comentarios, conferencias, lecciones y dictámenes jurídicos. Profesor del Instituto de Empresa, Académico correspondiente de la real Academia de jurisprudencia y Legislación, experto en fiscalidad internacional y en derecho Societario, ha orientado sus inquietudes académicas de los últimos años hacia el mundo de la Sociedad de la Información y del Derecho de las Nuevas Tecnologías y, más recientemente, hacia el del gobierno Corporativo y la reforma de la sociedad anónima cotizada, materias ambas en las que sus opiniones y criterios gozan de reconocimiento general.

En todos esos aspectos de su trayectoria, Rafael Mateu de Ros ha mantenido vínculos muy estrechos con Cataluña y con Barcelona en particular, de los que se siente particularmente orgulloso. Soy testigo de la gran ilusión que para él supone entrar a formar parte de nuestra Academia y celebrarlo a través de un acto de esta naturaleza.

Las tesis que esta tarde nos ha brindado, y que yo les animaría a examinar en profundidad a través de la lectura del magnífico estudio que ha presentado en la Academia, son buena muestra de ese incansable proyecto de exploración de nuevos horizontes del Derecho que es la vida profesional de Rafael Mateu de Ros.

Hay o había un consenso total en la doctrina sobre la concepción del negocio jurídico como un esquema perfecto, lógico y acabado, capaz de resistir la voluntad del Derecho positivo, los vaivenes de la jurisprudencia y hasta la peculiar idiosincrasia de los ordenamientos jurídicos en los que un empirismo jurídico, práctico quizás pero escasamente atractivo y enormemente vulgar, ha sustituido toda idea de sistema racional.

Pero hemos oído esta tarde cómo el fenómeno de la contratación electrónica, que es una contratación en masa tecnificada y liberalizadora, y por ello mismo muy diferente de la anteriormente conocida como tal, está sometiendo a profunda revisión aquella clásica del contrato, en dos de sus pilares esenciales: el consentimiento y la forma.

Ha expuesto el nuevo Académico, con brillantez y con rigor jurídico poco frecuentes, cómo la antigua noción de contratos entre ausentes y de contratos a distancia resultan insuficientes, de qué modo los viejos institutos que conforman la relación jurídico-obligatorias han de ser reinterpretados y en buena medida alterados para dar entrada a la fenomenología social de las nuevas realidades de la tecnología de la información, ha detectado de manera implacable las debilidades de algunos dogmas presuntos del Derecho de contratos y ha aportado, siempre, ideas y soluciones para dar respuestas jurídicas eficaces a la demanda de seguridad y certeza que, hoy más que nunca, sigue planteando el mercado, respuestas que, como el autor

nos apunta con ingenio, sólo pueden encontrarse si somos capaces de desprendernos de los rancios paradigmas de un racionalismo imaginario. Se observa el fruto de las lecturas, muy bien asimiladas, de nuestros grandes autores, de Federico de Castro o de Luis Díez-Picazo, a quienes tanto admira el conferenciante, pero también de los mejores juristas contemporáneos, como los alemanes Karl Larenz o Werner Flume, cuya huella, muy acertadamente actualizada y trasladada a nuestro contexto jurídico, se aprecia. Pero, sobre todo, se advierte la originalidad de un pensamiento multidisciplinar, de raíz filosófica y metodología irreprochable, que arroja una luz de frescura y de originalidad, no exenta de polémica, sobre el panorama jurídico español.

Damos a Rafael Mateu de Ros la más cordial bienvenida a esta Institución y le animamos a perseverar en esa “lucha por el Derecho” que constituye para él todo un proyecto vital y en ese ánimo crítico y en esa rabiosa independencia de criterio que le caracterizan.

ÍNDICE

DISCURSO DE INGRESO	7
I. EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	9
I.1. Un contrato definido por razón del modo de celebración	16
I.2. El concepto objetivo de contrato electrónico	19
I.3. Los contratos y actos jurídicos excluidos y de la LSSI	20
I.4. Tipología de los contratos electrónicos.....	31
I.5. Los actos jurídicos electrónicos.....	39
II. EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL	41
II.1. El consentimiento como formación de la voluntad.....	42
II.2. La declaración del consentimiento	52
II.3. El consentimiento como autonomía o potestad reguladora del contenido del negocio jurídico. Las condiciones generales del contrato.....	72
III. EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO	83
III.1. Contratos a distancia en general	83
III.2. Contratos celebrados mediante dispositivos automáticos	87
IV. IMAGEN Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO..	95
V. CONCLUSIONES	105
DISCURSO DE CONTESTACIÓN.....	111

NOVES PUBLICACIONS DE LA REIAL ACADEMIA DE DOCTORS

Directori 1991.

Los tejidos tradicionales en las poblaciones pirenaicas (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm.Sr. Eduardo de Aysa Satué, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Antoni Plana i Castellví, Doctor en Geografia i Història), 1992.

La tradición jurídica catalana (Conferència magistral del acadèmic de número Excm.Sr. Josep Joan Pintó i Ruiz, Doctor en Dret, en la Solemne Sessió d'apertura de curs 1992-93, que fou presidida per SS.MM. el Rei Joan Carles I i la Reina Sofia), 1992.

La identidad étnica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Angel Aguirre Baztan, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm.Sr. Josep M. Pou d'Avilés, Doctor en Dret), 1993.

Els laboratoris d'assaig i el mercat interior; Importància i nova concepció (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Pere Miró i Plans, Doctor en Ciències Químiques, i contestació per l'Excm.Sr. Josep M^a Simón i Tor, Doctor en Medicina i Cirurgia), 1993.

Contribución al estudio de las Bacteriemias (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il.lm.Sr. Miquel Marí i Tur, Doctor en Farmàcia, i contestació per l'Excm.Sr. Manuel Subirana i Cantarell, Doctor en Medicina i Cirurgia), 1993.

Realitat i futur del tractament de la hipertròfia benigna de pròstata (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm.Sr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm.Sr. Albert Casellas i Condom, Doctor en Medicina i Cirurgia i President del Col.legi de Metges de Girona), 1994.

La seguridad jurídica en nuestro tiempo. ¿Mito o realidad? (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. José Méndez Pérez, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm.Sr. Angel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres), 1994.

La transició demogràfica a Catalunya i a Balears (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Tomàs Vidal i Bendito, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Ferrer i Bernard, Doctor en Psicologia), 1994.

L'art d'ensenyar i d'aprendre (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm.Sr. Pau Umbert i Millet, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm.Sr. Agustín Luna Serrano, Doctor en Dret), 1995.

Sessió necrològica en record de l'Excm.Sr. Lluís Dolcet i Buxeres, Doctor en Medicina i Cirurgia i Degà emèrit de la Reial Acadèmia de Doctors, que morí el 21 de gener de 1994. Enaltíren la seva personalitat els acadèmics de número Excms.Srs.Drs. Ricard García Vallès, Josep M^a Simón i Tor i Albert Casellas i Condom. 1995.

La Unió Europea com a creació del geni polític d'Europa (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Jordi Garcia-Petit i Pàmies, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Llort i Brull, Doctor en Ciències Econòmiques), 1995.

La explosión innovadora de los mercados financieros (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il.lm.Sr. Emilio Soldevilla García, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresariales, i contestació per l'Excm.Sr. José Méndez Pérez, Doctor en Dret), 1995.

La cultura com a part integrant de l'Olimpisme (Discurs d'ingrés com acadèmic d'honor de l'Excm.Sr. Joan Antoni Samaranch i Torelló, Marquès de Samaranch, i contestació per l'Excm.Sr. Jaume Gil i Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques), 1995.

Medicina i Tecnologia en el context històric (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Felip Albert Cid i Rafael, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm.Sr. Angel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1995.

Els sòlids platònics (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excm.Sra. Pilar Bayer i Isant, Doctora en Matemàtiques, i contestació per l'Excm.Sr. Ricard Garcia i Vallès, Doctor en Dret) 1996.

La normalització en Bioquímica Clínica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Xavier Fuentes i Arderiu, Doctor en Farmàcia, i contestació per l'Excm.Sr. Tomàs Vidal i Bendito, Doctor en Geografia) 1996.

L'entropia en dos finals de segle (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques, i contestació per l'Excm.Sr. Pere Miró i Plans, Doctor en Ciències Químiques) 1996.

Vida i música (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Carles Ballús i Pascual, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm.Sr. Josep M^a Espadaler i Medina, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1996.

La diferencia entre los pueblos (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent Il.lm.Sr. Sebastià Trias Mercant, Doctor en Filosofia i Lletres, i contestació per l'Excm.Sr. Angel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1996.

L'aventura del pensament teològic (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Josep Gil i Ribas, Doctor en Teologia, i contestació per l'Excm.Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques) 1996.

El derecho del siglo XXI (Discurs d'ingrés com acadèmic d'honor de l'Excm.Sr.Dr. Rafael Caldera, President de Venezuela, i contestació per l'Excm.Sr. Angel Aguirre Baztán, Doctor en Filosofia i Lletres) 1996.

L'ordre dels sistemes desordenats (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Josep M^a Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques, i contestació per l'Excm.Sr. Joan Bassegoda i Nonell, Doctor Arquitecte) 1997.

Un clam per a l'ocūpaciō (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Isidre Fainé i Casas, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm.Sr. Joan Bassegoda i Nonell, Doctor Arquitecte) 1997.

Rosalía de Castro y Jacinto Verdaguer, visión comparada (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Jaime Manuel de Castro Fernández, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm.Sr. Pau Umbert i Millet, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1998.

La nueva estrategia internacional para el desarrollo (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Santiago Ripol i Carulla, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm.Sr. Joaquim Gironella i Coll, Doctor en Medicina i Cirurgia) 1998.

El aura de los números (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor Enginyer de Camins, Canals i Ports, i contestació per l'Excm.Sr. David Jou i Mirabent, Doctor en Ciències Físiques) 1998.

Nova recerca en Ciències de la Salut a Catalunya (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numeraria Excma.Sra. Anna M^a Carmona i Cornet, Doctora en Farmàcia, i contestació per l'Excm.Sr. Ricard Garcia i Vallès, Doctor en Dret) 1998.

Dilemes dinàmics en l'àmbit social (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Albert Biayna i Mulet, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 1999.

Mercats i competència: Efectes de liberalització i la desregulació sobre l'eficàcia econòmica i el benestar (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Amadeu Petitbó i Juan, Doctor en Ciències Econòmiques, i contestació per l'Excm.Sr. Jaime M. de Castro Fernández, Doctor en Dret) 1999.

Epidemias de asma en Barcelona por inhalación de polvo de soja (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numeraria Excma.Sra. M^a José Rodrigo Anoro, Doctora en Medicina, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Lloret i Brull, Doctor en Ciències Econòmiques) 1999.

Hacia una evaluación de la actividad cotidiana y su contexto: ¿Presente o futuro para la metodología? (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numeraria Excma.Sra. Maria Teresa Anguera Argilaga, Doctora en Filosofia i Lletres (Psicologia) i contestació per l'Excm.Sr. Josep A. Plana i Castellví, Doctor en Geografia i Història) 1999.

Directori 2000.

Génesis de una teoría de la incertidumbre. Acte d'imposició de la Gran Creu de L'Orde d'Alfons X el Savi a l'Excm.Sr. Jaume Gil i Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques i Financeres. 2000

Antonio de Capmany: el primer historiador moderno del Derecho Mercantil (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Xabier Añoveros Trias de Bes, Doctor en Dret, i contestació per l'Excm.Sr. Santiago Dexeus i Trias de Bes, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2000.

La medicina de la calidad de vida (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Luís Rojas Marcos, Doctor en Psicologia, i contestació per l'Excm.Sr. Angel Aguirre Baztán, Doctor en Psicologia) 2000.

Pour une science touristique: la tourismologie (Discurs d'ingrés de l'acadèmic corresponent, Il.lm.Sr. Jean-Michel Hoerner, Doctor en Lletres i President de la Universitat de Perpinyà, i contestació per l'Excm.Sr. Jaume Gil-Aluja, Doctor en Ciències Econòmiques) 2000.

Virus, virus entèrics, virus de l'hepatitis A (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Albert Bosch i Navarro, Doctor en Ciències Biològiques, i contestació per l'Excm.Sr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària) 2000.

Mobilitat urbana, medi ambient i automòbil. Un desafiament tecnològic permanent. (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Pere de Esteban Altirriba, Doctor en Enginyeria Industrial, i contestació per l'Excm.Sr. Carlos Dante Heredia García, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2001.

El rei, el burgès i el cronista: una història barcelonina del segle XIII (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. José Enrique Ruiz-Domènec, Doctor en Història, i contestació per l'Excm.Sr. Felip Albert Cid i Rafael, Doctor en Medicina i Cirurgia) 2001.

La informació, un concepte clau per a la ciència contemporània (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Salvador Alsius i Clavera Doctor en Ciències de la Informació, i contestació per l'Excm.Sr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2001.

La drogaaddicció com a procés psicobiològic (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Miquel Sánchez-Turet, Doctor en Ciències Biològiques, i contestació per l'Excm.Sr. Pedro de Esteban Altirriba, Doctor en Enginyeria Industrial) 2001.

Un univers turbulent (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Jordi Isern i Vilaboy, Doctor en Física, i contestació per l'Excm.Sra. Ma. Tercsa Anguera i Argilaga, Doctora en Psicologia) 2002.

L'envelliment del cervell humà (Discurs de promoció a acadèmic numerari de l'Excm.Sr.Dr. Jordi Cervós i Navarro, Doctor en Medicina i Cirurgia, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Ma. Pou d'Avilés, Doctor en Dret) 2002.

Les telecomunicacions en la societat de la informació (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Ángel Cardama Aznar, Doctor en Enginyeria de Telecomunicacions, i contestació per l'Excm.Sr. Eugenio Oñate Ibáñez de Navarra, Doctor en Enginyeria de Camins, Canals i Ports) 2002.

La veritat matemàtica (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Josep Pla i Carrera, Doctor en Matemàtiques, i contestació per l'Excm.Sr. Josep Ma. Costa i Torres, Doctor en Ciències Químiques) 2003.

L'humanisme essencial de l'arquitectura moderna (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Helio Piñón i Pallarés, Doctor en Arquitectura, i contestació per l'Excm.Sr. Xabier Añoveros i Trías de Bes, Doctor en Dret) 2003.

De l'economia política a l'economia constitucional (Discurs d'ingrés de l'acadèmic numerari Excm.Sr. Joan Francesc Corona i Ramon, Doctor en Ciències Econòmiques i Empresarials, i contestació per l'Excm.Sr. Xavier Iglesias i Guiu, Doctor en Medicina) 2003.

Temperància i empatia, factors de pau (Conferència dictada en el curs del Cicle de la Cultura de la Pau per el Molt Honorable Senyor Jordi Pujol, President de la Generalitat de Catalunya, 2001) 2003.

Reflexions sobre resistència bacteriana als antibiòtics (Discurs d'ingrés de l'acadèmica numerària Excm.Sra. Ma. de los Angeles Calvo i Torras, Doctora en Farmàcia i Veterinària, i contestació per l'Excm.Sr. Pere Costa i Batllori, Doctor en Veterinària) 2003.

La Reial Acadèmia, bo i respectant com
a criteri d'autor les opinions exposades en
les seves publicacions, no se'n fa
responsable ni solidària.

® Reial Acadèmia de Doctors
Impresión: Imprenta Baltasar 1861
Tels. 93 346 91 52 - 93 346 92 06

Depósito Legal: B-6204-2004

REIAL ACADÈMIA DE DOCTORS
—Publicacions—