

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

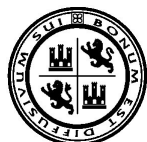
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

María Isabel Martínez Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© María Isabel Martínez Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES*

María Isabel Martínez Gómez**

RESUMEN: La evolución de la realidad social ha hecho que la base en la que se realizaba un contrato, el soporte verbal o escrito, no sea la única y coexista con el soporte electrónico; su celebración en redes telemáticas y su principal problema, la inseguridad, hacen necesario un marco jurídico que introduzca elementos suficientes para dar seguridad, integridad y protección de intereses a las partes.

PALABRAS CLAVE: contrato electrónico, elementos esenciales, consumación.

SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. Elementos del contrato.- 2.1. Consentimiento.- 2.2. Objeto.- 2.3. Causa.- 3. Fases de la contratación.- 3.1. Tratos preliminares.- 3.2. Perfección del contrato.- 3.3. Consumación.

1. Planteamiento

El vertiginoso desarrollo que está experimentando la informática unido al del sector de las telecomunicaciones hace que hoy en día naveguemos en lo que podríamos denominar las aguas de la sociedad de la información.

Ya la Constitución del 1978 preconizaba este fenómeno intentando por un lado salvaguardar al ciudadano de los peligros de la red y de otro tenderle una mano para que participe en un fenómeno que a pesar de que muchos denominan de "cohesión social" podríamos calificarlo de desconexión social o de la soledad de la sociedad de la información puesto que nos va a permitir, como luego expondremos, otorgar un contrato con alguien que tal vez no conozcamos y que está a miles de kilómetros de distancia; aunque es bien cierto que el comercio electrónico, como una de las posibilidades que nos ofrece la informática es una oportunidad que se presenta tanto al consumidor, en tanto que puede elegir el producto ofertado que más se adecue a sus intereses, entre los más relevantes del mercado, sin moverse de su casa y para las empresas en cuanto que van a reducir costes (probablemente también puestos de trabajo dentro de la cadena) aumentando la competitividad. Así, el art. 18.4 CE: «La Ley limitará el uso de la

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2001.

** Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Estudios Sociales. Universidad Alfonso X el Sabio.

informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

El art. 20.1 de la Carta Magna reconoce y protege los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (recordemos que la Ley de Propiedad intelectual de 1996 considera como creación intelectual a los programas de ordenador y bases de datos).

Pero no solo la Constitución atisbaba este fenómeno, sino también una serie de leyes que en principio no son específicamente informáticas, como la Ley 26/84 general para la defensa de los consumidores y usuarios, la Ley 34/88 general de publicidad, la Ley 38/88 de marcas, la Ley 3/91 de competencia desleal, la Ley 7/96 de ordenación del comercio minorista, la Ley 7/98 de condiciones generales de la contratación...

Según la Secretaría General de Comunicaciones¹, las empresas españolas son las que muestran una mejor disposición a esta forma de comercio entre todas las de Europa, se prevé un coste reducido para las empresas, los consumidores podrán acceder a las mejores propuestas comerciales sin intermediarios, las empresas intervendrían como vendedoras, compradoras y también como prestadoras de servicios para acceder al comercio electrónico, incluso la Administración actuaría en esta revolución comercial.

No obstante se plantean también problemas como la falta de regulación legal, la dificultad de acceso a la tecnología, los contratos formales, los sistemas de pago, la seguridad (a pesar de que la firma electrónica es un avance importante creo que esta es una de las barreras que no podrá ser solventada en su totalidad puesto que la contratación electrónica implica una ausencia física de las partes, siendo esto una gran ventaja, incluso para el fraude).

La aparición de las nuevas técnicas informáticas, ¿van a influir en la formación o existencia del contrato? ¿Seguiremos siendo fieles a la teoría general de las obligaciones del S. XIX que es fiel reflejo del omnipresente modelo francés?

El art. 1261 Cc² enumera los requisitos esenciales para la existencia del contrato: consentimiento, objeto y causa.

¹ Según el Informe del Ministerio de Fomento sobre actuaciones en materia de telecomunicaciones, sociedad de la información y de nuevas tecnologías de 17 de noviembre de 1999.

² A pesar de que el art. 1254 Cc no menciona la causa: el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

En relación al consentimiento el art. 1258 Cc establece como regla general que los contratos son consensuales, ¿qué es el consentimiento y cómo se integra en la contratación electrónica? Es el concurso de la oferta y la aceptación (art. 1262 Cc), la unión de las voluntades de las partes que intervienen en el contrato formando una sola que coincida en todos sus aspectos. No es necesario que los dos sujetos intervengan en la formación de esa voluntad, en los contratos de adhesión, la única voluntad que tiene el adherente es la de adherirse o no al contrato, pero sin posibilidad alguna de intervenir en su formación.

Es tradicional el distinguir tres fases en la elaboración de un contrato:

- En la primera se tienen aquellas conversaciones entre los dos sujetos que no necesariamente terminan en contrato, son los tratos preliminares, en donde la buena fe debe estar presente.
- En la segunda se produce la perfección del contrato.
- En la tercera la ejecución.

Si el comercio electrónico consiste en cualquier forma de transacción sobre redes de comunicación, ese contrato ¿se perfecciona previamente a su plasmación electrónica, siendo el ordenador un mero ejecutor de algo que ya ha nacido previamente a la vida jurídica? ¿Es necesario que la oferta se haga de forma electrónica? Y el pago ¿debe efectuarse también por medios electrónicos?

Según Miguel Ángel Davara³ en contraposición a la contratación informática, en donde el objeto es un servicio o un bien informático, está la contratación electrónica definiéndola como aquella que independientemente de cual sea su objeto, se realiza a través o con la ayuda de medios electrónicos y finalmente la contratación telemática⁴ en la cual lo característico es que el perfeccionamiento se produce por medio de un sistema telemático.

A mi entender, es contrato electrónico aquél en donde ya la oferta se produce mediante ese mecanismo (art. 9.1 Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la

³ Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Derecho informático*, primera edición, Pamplona, 1993.

⁴ Así la define C. Saltor, citado por Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro en el libro *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, segunda edición, Granada, 1999.

sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior).

Moreno Navarrete⁵ afirma que para que el contrato sea electrónico es suficiente con que la forma de la aceptación sea electrónica.

En los contratos electrónicos, son las partes las que exigen una especial forma, la electrónica, siendo válido este precepto al amparo del art. 1255 CC; pero también las partes pueden, en virtud del mismo Principio de Autonomía de la voluntad, dar a un contrato, que según el CC se perfeccione por el mero consentimiento, una determinada forma *ad solemnitatem* (la electrónica), siempre que no vaya en contra de ninguna norma imperativa, aunque, si bien es cierto, esto será de carácter excepcional, ya que nuestro OJ y por descontento los particulares, huyen como regla general de los contratos formales, siendo prueba de ello el propio art.1261 CC que no lo menciona como requisito esencial a la generalidad de los contratos.

También pertenecería a este grupo de contratos electrónicos el contrato cuyos tratos preliminares se realizasen por medios electrónicos (ordenadores sobre todo) cuando una de las declaraciones de voluntad de estos tratos en donde todavía no se sabe si se va a contratar, contuviera los elementos esenciales y la otra parte aceptase, pasando, de forma automática de ser una mera conversación electrónica a ser una oferta y al ser aceptada, el nacimiento de un contrato.

La oferta se realiza ya por medios electrónicos, englobando los elementos esenciales del contrato (por si misma tiene un contenido totalmente determinado, de tal forma que la aceptación al recaer sobre ella, supone la absoluta perfección del contrato), diferenciándose de la mera publicidad que como el art.2 de la LGP del 88 enuncia, «es toda forma de comunicación [...] cuyo fin es promover de forma directa o indirecta la contratación», o de simples propuestas que incluyen frases como «sin compromiso alguno [...]».

2. Elementos del contrato

Los elementos esenciales del contrato son: consentimiento, objeto y causa.

2.1. Consentimiento

⁵ Miguel Ángel Moreno Navarrete *Contratos electrónicos*, Madrid, 1999, página 36.

Es el concurso de la oferta y la aceptación. La propuesta de contrato ha de emitirse con la intención de obligarse. La aceptación debe ser pura y debe corresponder exactamente a la propuesta.

En los contratos con medios electrónicos, la utilización de las nuevas técnicas agilizan los trámites contractuales, pero ésta rapidez, puede llevar a determinar la formación de la voluntad de una de las partes, con lo que le es aplicable los arts. 1265 y ss CC en cuanto a los vicios del consentimiento.

En primer lugar, los sujetos contratantes deben tener capacidad para obligarse: «No pueden prestar consentimiento los menores no emancipados y los incapacitados» (art.1263 CC).

Ambos carecen de capacidad para contratar, con lo que deberán ser sus representantes legales (padres o tutores) los que actúen en nombre de ellos.

En segundo lugar, el consentimiento debe formarse de manera libre y consciente; vicio será todo lo que impida esta pulcritud en su formación y lo transmita defectuoso; art.1265 CC: «Será nulo el consentimiento prestado por error, dolo, violencia o intimidación», art. que enumera los vicios del consentimiento.

Error: Es el conocimiento falso de una cosa o hecho. En los contratos electrónicos puede presentarse con mayor facilidad, es el error en la formación de la voluntad, debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellos condicionamientos de la misma que principalmente hubiesen motivado a celebrarlo y debe ser esencial.

En la contratación electrónica si una de las partes ha impuesto de una u otra forma este método de contratación, deberá ocuparse y será de su responsabilidad que la otra parte no padezca errores, dentro de sus posibilidades.

Violencia e intimidación: En la violencia (art. 1267 CC), para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. En la intimidación, se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Dolo: (arts. 1269 y 1270 CC), hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho. Debe ser grave y se identifica con la mala fe.

El consentimiento implica una capacidad bastante para la celebración del contrato, con lo que si además estamos ante un incapaz o un incapacitado, el representante, ¿deberá exhibir un documento también

electrónico que le acredite al otorgar el contrato electrónico? El art. 2 del RDL.14/99 de Firma electrónica soluciona este asunto al definir al signatario como «la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa» (el texto presupone la plena capacidad de obrar del signatario representante) y el art. 8.1 f del mismo cuerpo legal, absolutamente criticable, establece que en los supuestos de representación, el certificado reconocido deberá simplemente "indicar" el documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona a la que represente, relegando a una mera indicación del documento, lo que considero necesario sea una incorporación con el fin de evitar falsedades y fraudes, no sólo en el caso del representante legal, sino también en el supuesto de un mandatario.

2.2. Objeto

Es la realidad social sobre la que el contrato recae; debe ser real o posible, lícito y determinado o susceptible de determinación. Es un bien susceptible de valoración económica que coincide con los intereses de las partes contratantes.

2.3. Causa

Es la finalidad perseguida por las partes; es la respuesta a la pregunta: ¿cómo ha venido a parar a nuestras manos?

En cuanto a la forma, el aspecto más afectado por los nuevos medios técnicos de contratación. En principio la oferta no requiere forma especial, excepto en aquellos contratos de forma *ad substantiam* pero ha de ser hecha de modo reconocible por los destinatarios, siendo imprescindible la seguridad jurídica.

La utilización de muchos de estos medios, hace que la identificación de la persona con la que se contrata, incluso la autenticidad de los datos que aporte el ordenador, sea de difícil determinación. Así, la aportación de un documento emitido por medio electrónico, no asegura quién es la persona que lo ha emitido, ni si el contenido del mensaje que ha recibido coincide con el emitido y es necesario que esta rapidez venga acompañada de respaldo jurídico.

Si el contrato electrónico es aquél en el que se utiliza una vía electrónica para su exteriorización y teniendo como base el art. 1258 CC que establece

que los contratos se perfeccionan, como regla general, por el mero consentimiento, ¿qué ocurre con los contratos formales, por ejemplo una donación de un inmueble? Y por otro lado, ¿es posible que las partes otorguen a un contrato que por ley no necesita forma específica alguna, el requisito de una determinada forma constitutiva, en este caso la electrónica?.

En cuanto al primer punto, el art. 9 de la Directiva sobre aspectos jurídicos de comercio electrónico en el mercado interior, en su segundo párrafo propone que la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de la normativa interna sobre comercio electrónico a los contratos en los que intervengan un Notario. En su art. 22.1.c excluye del ámbito de la Directiva a las actividades del Anexo I entre las que se encuentran las actividades de Notaría, aunque cabe la posibilidad de modificación por la Comisión.

En el Derecho español, la normativa que desarrolle en un futuro el Real Decreto de Firma electrónica de 1999, debe aportar soluciones en aras de incluir al fedatario público en el contrato electrónico que así se precise. Es bien claro que este tipo de contratación no supone de ninguna manera la sustitución de los Notarios en los contratos, a pesar de lo que algunos puedan augurar; la firma electrónica no entraña la conversión del documento firmado electrónicamente en uno público.

Lo que sí es posible es que los Notarios actúen a su vez como prestadores de certificación; hoy se hace a través de FESTE (Fundación para el estudio de la seguridad de las telecomunicaciones) que está integrada por el Consejo General del Notariado, de corredores de comercio, de la abogacía, la Universidad de Zaragoza e Intercomputer SA, cuya finalidad principal es el instaurar un proveedor de servicios de certificación que fuera avalado por Notarios y Corredores de Comercio, ofreciendo el propio Notario, como autoridad de certificación, la seguridad y solemnidad constitutiva necesaria en determinados contratos. La Instrucción de 19 de Octubre de 2000 de la DGRN, sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, señala que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se constituirán, en el plazo de nueve meses máximo, desde la publicación de la Instrucción, en prestadores de certificación acreditados a los efectos de expedir certificados electrónicos mediante los que se vinculen unos datos de verificación de firma a la identidad, cualidad profesional y situación administrativa de los miembros integrados en las respectivas corporaciones.

Muy acertadamente, el abogado Clavell Vergés⁶ apunta que en virtud del Principio de Autonomía de la Voluntad, el intercambio de claves entre particulares, recogido en documento notarial, que diese plena eficacia a los documentos digitales que se crucen empleándoles, tal como prevé el art. 51.2 del C de C para la correspondencia telegráfica.

En cuanto a si es posible que las partes otorguen a un contrato el requisito de una determinada forma constitutiva electrónica, la respuesta es obvia en virtud del art. 1255 CC, la duda que esto pudiera originar sería el interpretar si las partes querían que la forma fuese sólo *ad probationem* o *ad solemnitatem*, duda ésta que le correspondería aclarar al Juez.

3. Fases de la contratación

La formación del contrato comprende todos aquellos actos que preceden a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

El contrato tiene tres fases o momentos principales: tratos preliminares, perfección y consumación.

3.1. Tratos preliminares

La formación del contrato puede ser instantánea, en donde una de las partes acepta la propuesta que otra le hace, dándose entonces el concurso de la oferta y la aceptación que exige el art. 1262 CC para su perfección; pero es frecuente, sobre todo en los contratos de importancia económica o más complejos, que antes de que se produzca la unión de la oferta y la aceptación las partes entren en los tratos preliminares, que son aquellas conversaciones que entablan las partes dirigidas al posible otorgamiento de un contrato y que pueden terminar en su efectiva constitución o no.

En los tratos preliminares, las partes no quedan obligadas sino que simplemente discuten la manera en la que les gustaría vincularse, ésta situación jurídica debe estar presidida por la buena fe. Ahora bien, si se produce la ruptura de éstos tratos, ¿existe responsabilidad y por tanto obligación de resarcimiento a la parte dañada?. Como regla general, esto no genera responsabilidad alguna, las partes no están obligadas a la conclusión de tales conversaciones en un contrato, pero si la ruptura revela que los tratos no se iniciaron de buena fe, o si el estado de las negociaciones era tan avanzado que hacían confiar de manera lícita a la parte perjudicada en la

⁶ Gaspar Clavell Vergés, <http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero19>.

celebración del contrato, se impone la responsabilidad al que las rompe salvo causas justificadas. Ha de indemnizar lo que se denomina "el interés negativo" es decir la disminución patrimonial que sufre el dañado y que se hubiera evitado si los tratos preliminares no se hubieran iniciado.

La publicidad en el proceso de formación del contrato se presenta inicialmente como un mecanismo de promoción de un producto y de su marca, que trata de crear un reclamo para su adquisición o contratación; los consumidores y usuarios pueden exigir el contenido de la comunicación publicitaria, respecto de la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de los productos o servicios aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento de comprobante recibido (la exigibilidad ha de quedar limitada a aquellos contenidos de la comunicación que susciten la razonable confianza de acuerdo con la buena fe, en su carácter informativo contractual y no en aquellos otros cuyo carácter de reclamo debe ser fácilmente reconocible por los destinatarios).

La ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de julio de 2002, establece que el prestador de servicios de la sociedad de la información tendrá la obligación si una de las partes contratantes es consumidor o usuario y si no se acuerda lo contrario, de informar de manera clara e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe la oportuna petición, los siguientes extremos:

- Los diferentes trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- Si el prestador archiva o no el documento electrónico formalizador del contrato que eventualmente pueda celebrarse y si aquél va a ser accesible.
- Los medios técnicos para identificar y corregir los errores en la introducción de datos.
- La lengua/s en que, a opción del consumidor o usuario, podrá formalizarse el contrato.
- Los códigos de conducta.

Esto no será aplicable si el contrato se celebra exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación individual.

3.2. Perfección del contrato

La perfección se determina por el mero consentimiento (art. 1258 CC), el consentimiento se produce por la coincidencia de la oferta y la aceptación.

La oferta ha de ser emitida con intención de obligarse, debe contener todos los elementos esenciales del contrato que se desee realizar y debe ser dirigida a la persona con la cual se quiere concluir el contrato (por excepción se admiten ofertas dirigidas al público).

La aceptación debe ser pura y simple, corresponder exactamente a la propuesta, debe dirigirse al proponente con propósito serio de celebrar el contrato.

El momento de perfección del contrato electrónico es el de la contratación entre presentes y entre ausentes pues a pesar de que no es la distancia física entre las partes la que lo determina sino la falta de dilación temporal entre las declaraciones, no podemos afirmar que en la contratación electrónica el conocimiento de ambas declaraciones sea siempre simultáneo, pensemos en el caso frecuente de saturación o inoperatividad de la red que nos impida el acceso.

Pero no son sólo éstos aspectos los que nos inducen a pensar que la perfección de éstos contratos no es entre presentes, a pesar de los avances tecnológicos, sino la propia normativa. La Directiva 97/7 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, en su art. 2 establece que un contrato a distancia es aquél que: «utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia, hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato»; una técnica de comunicación a distancia es «todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor» y en el Anexo I de la Directiva figura una lista de éstas técnicas entre las que se incluye el correo electrónico.

También en la misma línea, el RD1906/99 de 17 de Diciembre de Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/98 de 13 de Abril de Condiciones generales de contratación, establece un doble ámbito objetivo, los contratos con condiciones generales y los realizados telefónica o electrónicamente. El art. 1 señala la aplicación del RD a los contratos a distancia o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contenga condiciones generales de la contratación.

Ahora bien, el problema que se plantea es el momento en que se perfecciona el contrato celebrado entre personas entre las cuales no existe intermediación entre la emisión de la oferta y la declaración de la aceptación; el CC en su art. 1262.2 dispone que la aceptación no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento, parece pues, que el CC se inclina por la tesis de la cognición, en donde la perfección del contrato debe situarse no cuando se emite por el aceptante su declaración de voluntad, pues ésta aún no es conocida por el oferente y por tanto no podría estar vinculado, sino la declaración de la aceptación llega a conocimiento del oferente.

No obstante, podríamos encontrarnos con el problema de que enviada la declaración por el aceptante, el oferente, debido a un posible desistimiento por su parte provocara que no llegara nunca a su conocimiento, por ejemplo porque no encendiera nunca el ordenador, con lo cual ¿no existiría ahí perfección del contrato? Para evitar esto, creo que es solución más acorde la teoría de la recepción que matiza a la de la cognición, considerando la perfección del contrato cuando la declaración de aceptación llega al ámbito o dominio del oferente (en el caso que nos ocupa de contrato electrónico cuando llega al ordenador del que hizo la oferta, aunque todavía no la hubiera leído⁷).

En este sentido, Ramos Suárez⁸ destaca una figura surgida del Derecho Americano para asegurar las transacciones on-line y es el "Non repudation" que intenta paliar los posibles rechazos de comunicaciones para el oferente. Mediante esta figura, la parte queda vinculada jurídicamente de tal forma que no puede negar la existencia de la aceptación o del contrato. Según Ramos, es una cualidad o característica de una determinada comunicación, a través de la cual, se protege a las partes de la comunicación, frente a la negación de que dicha comunicación haya ocurrido. Consiste en poder probar a una tercera parte que una específica comunicación ha sido realizada, admitida y enviada a una determinada persona; esto se consigue a través de la firma electrónica, que obviamente no implica una garantía de cumplimiento del contrato por las partes.

Sin embargo, el C de C en su art. 54 acoge, según la opinión mercantilista, la teoría de la emisión (por la celeridad del tráfico mercantil) situando la perfección desde que el aceptante emite su declaración de

⁷ Así lo establece el art. 20 de la Convención de Viena de 1980 y Ss de TS de 22 de diciembre de 1992 y 21 de febrero de 1994.

⁸ F. Ramos Suárez, *REDI* nº 12 de julio de 1999.

aceptación: «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada».

A mi juicio, el problema que suscita esta teoría es que no se sabe exactamente por el oferente cuándo se perfecciona el contrato y se deja en manos del aceptante la prueba de tal aceptación, haciendo que la oferta sea de carácter irrevocable; es por eso que a efectos de prueba sería más aceptable la teoría de la expedición en donde la perfección del contrato engloba la emisión de la declaración de voluntad del aceptante y su envío al oferente.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 2002, modifica al C. de C. con lo que ahora se sigue la teoría de la recepción que es la teoría civilista, salvo para la contratación electrónica en cuyo caso se aboga por la teoría de la emisión.

3.3. Consumación

Significa jurídicamente el cumplimiento del contrato o lo que es lo mismo el cumplimiento de sus obligaciones.

Art. 1091 y 1278 CC: Los contratos son obligatorios, y las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley para las partes contratantes. Su obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes amparada por la ley.

El término pago equivale a cumplimiento y tiene dos acepciones:

- Cumplimiento efectivo de la obligación (realización de la prestación debida).
- Cumplimiento realizado mediante la entrega de una suma de dinero.

Una vez producida la perfección del contrato, debe procederse a su pago. En la contratación electrónica, el pago ¿ha de ser también electrónico? Creo que es un punto que se debe dejar a la libre voluntad de las partes, pero si bien es cierto que la contratación electrónica proporciona una mayor celeridad en las operaciones comerciales, parece que lo más lógico sería seguir en esta línea y que el pago sea también de forma electrónica.

Existen diferentes tipos de pagos electrónicos⁹:

- Monedero electrónico: lo que se maneja es dinero electrónico almacenado en una tarjeta inteligente o como fichero en el disco de un ordenador, se basa en un sistema de prepago, esto es, se obtienen a cambio de dinero real. Se basan en "tokens" (secuencias de bits que representan un cierto valor en sí mismas); para certificar su valor, el banco emisor los firma con su firma digital y lo carga en la cuenta del usuario. Es característico de los micropagos y su desventaja es que en caso de sustracción no hay posibilidad de impedir su gasto (como nuestros billetes y monederos).
- Si el comercio es de empresa a consumidor, el procedimiento es muy similar al pago con tarjeta de crédito, es el "protocolo SET " (Secure Electronic Transaction) que utiliza procedimientos de cifrado simétrico y asimétrico, firmas digitales y certificados.
- Finalmente si el comercio es entre empresas, sobre todo PYMES, el pago suele ser mediante cheques electrónicos como e-Check o Netcheque.

El art. 8 de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia prevé la posibilidad de pago con tarjeta de crédito:

Los Estados miembros velarán porque existan medidas apropiadas para que:

- El consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la presente Directiva.

- En caso de utilización fraudulenta, se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan.

⁹ Según el "Estudio de situación del comercio electrónico en España" del Ministerio de Fomento de 1999.