

LA CONTRATACIÓN POR MEDIO DEL FAX

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ *

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El momento de formación de los contratos por fax.*—A. *Las teorías sobre el momento de perfección de los contratos entre personas distantes.*—B. *El momento de perfección de los contratos por fax.*—C. *El momento de perfección de los contratos por burofax.*—3. *El lugar de formación de los contratos realizados a través de fax.*—4. *El valor contractual de las declaraciones de voluntad emitidas por fax.*—5. *Los problemas de prueba.*—A. *El problema de la propia existencia del contrato.*—B. *La identidad del remitente.*—6. *El problema del fax que no llegue efectivamente a su destinatario.*

1. INTRODUCCIÓN.

Define el Diccionario de la Real Academia Española *fax* o *telex* como «sistema telefónico que permite reproducir a distancia escritos, gráficos o impresos», y el de la Editorial Planeta como «sistema de transmisión de toda clase de copias de documentos, incluidos esquemas y diagramas, por medio de dispositivos eléctricos o radioeléctricos (por ejemplo, el teléfono) (...)».

A su vez, basado en este sistema, el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos tiene establecido un servicio de *burofax* entre

* Becario Predoctoral del Departamento de Derecho Civil de la UNED.

determinadas oficinas de Correos y Telégrafos (denominadas *oficinas burofax*) con entrega urgente a domicilio, o entre *oficinas burofax* y poseedores de un terminal de fax; asimismo se prevé la modalidad de «burofax con acuse de recibo» para los documentos remitidos entre *oficinas burofax*. Nosotros, a fin de no confundir conceptos, emplearemos el término *fax* para referirnos tanto al sistema de transmisión en general como al aparato ordinario -y no al mensaje o documento remitido a través suyo, aunque en el lenguaje común y en el Diccionario se identifiquen-, y el de *burofax* para hacer referencia al aparato instalado en las oficinas de Correos y Telégrafos y al servicio que por medio de él se presta.

Este sistema, fruto del creciente progreso tecnológico en los medios de comunicación, es objeto de una progresiva implantación en los ámbitos tanto comerciales y profesionales como privados. Por otra parte, su utilización es mayoritariamente para la contratación o bien realización de tratos preliminares (pedidos, cruce de proyectos de ofertas, solicitud de ofertas...), sobre todo en el ámbito mercantil.

Sin embargo, este concreto medio de comunicación —tal vez por lo reciente de su implantación— ha recibido poca atención por parte del ordenamiento jurídico ¹ y de la doctrina ², pese a que se pueden plantear algunos importantes (e interesantes) problemas, que nosotros trataremos de analizar a lo largo del presente artículo.

La perfección de los contratos en general viene determinada, de acuerdo con el artículo 1.262 CC, por el concurso de la oferta y la aceptación. No obstante, es generalizado en la doctrina entender que

¹ Aparte de algunas referencias concretas en normas procedimentales, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil (y normas que las desarrollan, como el RD 2537/1994), que permiten la utilización del fax en la tramitación de los respectivos procedimientos. Respecto a la contratación, no se contempla legislativamente el uso del fax.

² Fuera de referencias más o menos extensas en las obras de carácter general y monografías sobre la formación del contrato —cuando hay esas referencias—, no existen estudios en profundidad sobre la materia, y en absoluto —al menos que conozcamos— sobre la cuestión más concreta de la utilización del *burofax*.

ello es referido a los contratos entre presentes, mientras que a los realizados entre personas distantes les sería de aplicación con carácter general el segundo párrafo del mismo artículo, aunque sólo contemple el caso de la aceptación hecha por carta —se contemplaría la especie (carta) por el género (contratos entre personas distantes)—.

Antes de continuar, entendemos necesario hacer una precisión terminológica. Algunos autores, que parecen ser mayoría, utilizan la denominación de contratos *por correspondencia* o bien *entre ausentes*³. En cambio, con otra línea doctrinal⁴, consideramos más exac-

³ Así, ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil*, T. II, Vol. 1º, 10ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 398; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 308; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, T. III, 16ª ed., revis. y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992, págs. 717-723; COCA PAYERAS, Miguel: «Comentario al art. 1.262», *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 446-454; ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho Civil. Parte General*, T. I del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Vol. 2º, revisado por Hans Carl NIPPERDEY, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 231-239 y 257-258; GALLART CASES, Ricardo: «El momento de la perfección del contrato entre ausentes», *RJC*, 1960, págs. 290-300; GUARDIOLA SACARRERA, Enrique: *La compraventa internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 40; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, T. III, 4ª ed., Ed. Trivium, 1996, págs. 63-65; MARRERA Y NAVARRO, José Mª: *Comentarios al Código civil español*, T. VIII-2º, 6ª ed., revis. por Miguel MORENO MOCHOLÍ, Ed. Reus, Madrid, 1967, págs. 516-519; PARRA ABAD, Adolfo: «Un comentario al artículo 18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia», *ADC*, T. XIV, II, abril-junio 1961, págs. 909-913; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José: *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, T. I (Parte general), Vol. 2º, revisado por NIPPERDEY, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 240-241 y 262; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, Vol. I, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1988, págs. 191-206; PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho civil*, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 218-221; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La formación del contrato», en *Elementos de Derecho Civil* (de LACRUZ y otros), T. II (*Derecho de Obligaciones*), Vol. I, 3ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 397-398; SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, 18ª ed., EDERSA, Madrid, 1995, págs. 143-144; URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, 22ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 624.

⁴ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 317-324; ROGEL VIDE, Carlos:

ta la de contratos *entre personas distantes*, ya que por una parte por «correspondencia» suele entenderse la comunicación postal o telefónica, cuando el problema surge siempre que los contratantes se hallen en lugares distintos aunque no empleen ese tipo de comunicación, como en el caso que nos ocupa; y por otra si bien en el lenguaje ordinario sería aceptable la calificación de «ausentes», no lo es en el lenguaje técnico-jurídico, en el que tal denominación se corresponde con una institución (contemplada en los artículos 181-198 CC) que nada tiene que ver con los problemas del Derecho de contratos.

No obstante, puede decirse que la solución no vendría dada por el hecho de que los contratantes estén físicamente presentes en un mismo lugar, o bien distantes entre sí, sino que habrá de distinguirse entre los contratos de formación instantánea y los de formación sucesiva (ya sea por el medio empleado, ya porque esa sea la voluntad de los contratantes —por ejemplo, dando el oferente un plazo para realizar la aceptación—), tanto en los contratos entre personas presentes como en los contratos entre distantes⁵. De tal forma, lo relevante será que exista o no un «intervalo apreciable entre oferta y aceptación»⁶, o, mejor dicho, «entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente, que es su destinatario»⁷, de modo que cabe distinguir cuatro supuestos, resultantes de la combinación de ambos aspectos:

«Momento y lugar de formación del contrato», *Estudios en homenaje del profesor José Beltrán de Heredia*, Salamanca, 1984, págs. 571-598; ROVIRA MOLA, Alberto de y PALOMAR BARÓ, Alberto: «Problemas de la contratación entre personas distantes», *ADC*, T. XI, I, enero-marzo 1958, págs. 147-223. Por su parte, Agustín RAMELLA (*Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1897) emplea la expresión «personas lejanas», entendemos que igualmente admisible.

⁵ MORENO QUESADA, Bernardo: «La oferta de contrato», *RDN*, IV, abril-junio 1956, págs. 114-116. En tal sentido, también ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 575 y en general todo el trabajo.

⁶ Así, la STS de 3 de enero de 1948, respecto al teléfono.

⁷ ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 575. En el mismo sentido, GÓMEZ LAPLAZA, M^a Carmen: «Comentario al art. 1.262», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVII, Vol. 1^o B, EDESA, Madrid, 1993, págs. 132-133.

a) Contratos de formación instantánea entre personas presentes: obviamente, al ser el caso contemplado normativamente, se adoptará la solución tipo de la contratación *entre presentes* del primer párrafo del artículo 1.262 CC.

b) Contratos de formación instantánea entre personas distantes: aun no habiendo una presencia física de ambos contratantes en un mismo lugar, no se produce el señalado «intervalo apreciable», por lo que debe entenderse a efectos del momento como contratación entre presentes (artículo 1.262.I CC) y a efectos del lugar como contrato entre distantes (artículo 1.262.II CC). Sería el caso de los contratos por teléfono, télex... Este supuesto será objeto posteriormente de un mayor análisis.

c) Contratos de formación sucesiva entre presentes: será el caso en que, aun estando en un mismo lugar ambos contratantes, no concierten el contrato en un único momento (así, el ejemplo que poníamos antes del plazo para aceptar dado por el oferente). Para ROGEL⁸, es un falso problema, pues o bien la aceptación se hará ante el oferente, y nos hallaremos ante un contrato asimilable al realizado entre presentes de formación instantánea, o bien se hará en lugar distinto, en cuyo caso se trataría de un auténtico contrato entre distantes —de formación sucesiva—.

d) Contratos de formación sucesiva entre distantes: tampoco plantea problemas, al estar previsto normativamente. Sería de aplicación, bien directa (correspondencia postal) bien analógica (correspondencia telegráfica, etc.), la solución dada por el artículo 1.262.II CC respecto a la aceptación hecha por carta. También volveremos sobre este supuesto posteriormente.

De estas cuatro modalidades, son las dos de contratos entre personas distantes (de formación instantánea y de formación sucesiva) las que nos interesan en relación con el fax —ya que, obviamente, este instrumento se emplea entre personas no presentes en un mismo lugar—, y que examinaremos seguidamente, respecto a los problemas que plantea la utilización del fax en la celebración de contratos.

⁸ ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, págs. 576-577.

2. EL MOMENTO DE FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS POR FAX

A. **LAS TEORÍAS SOBRE EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE PERSONAS DISTANTES**

Como señalábamos, la utilización lógica del fax es entre contratantes distantes (parece irracional su empleo entre dos partes que estén simultáneamente en el mismo lugar, en presencia una de la otra). Se plantea entonces en qué momento del *iter* formativo del contrato entre personas distantes ha de entenderse perfeccionado el mismo.

Al respecto, se han apuntado con carácter general cuatro soluciones para la determinación del momento de perfección del contrato entre personas distantes, en función de que se tome como relevante uno u otro de los estados o fases por los que pasa la aceptación desde el aceptante al oferente. Tales soluciones ⁹, cada una de las cuales ha recibido a su vez críticas negativas, son:

a) Teoría de la declaración, de la manifestación o de la emisión (*Declarations-, Außerungs- o Agnitionstheorie*): fija el momento de la perfección del contrato en función de cuándo se lleve a cabo la declaración de voluntad en que consiste la aceptación.

b) Teoría de la cognición, conocimiento o información (*Vernehmungstheorie*): considera formado el contrato en el último de los estados de la aceptación, cuando el oferente llega a un conocimiento efectivo de la misma.

Ante la insatisfactoriedad de esas dos extremas teorías, se propusieron por la doctrina otras dos intermedias, que intentan salvar sus inconvenientes, pero que finalmente tampoco quedan exentas de críticas.

c) Teoría de la expedición, comunicación, desapropiación o remisión (*Übermittlungstheorie*): el contrato quedaría perfeccionado por

⁹ Para un examen de estas teorías, *vid.* ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 156-157. Si bien existen trabajos doctrinales más recientes, citamos éste por ser más detallado.

la remisión de la aceptación que el aceptante haga al oferente, de modo que no bastaría que el aceptante se limitara a aceptar, sino que deberá realizar cuanto fuera preciso para que la aceptación llegue al oferente, desprendiéndose de la misma y poniéndola en camino hacia aquél.

d) Teoría de la recepción (*Empfangstheorie*): entiende que el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al ámbito del oferente (oficina, domicilio...), habiéndose ya despojado el aceptante totalmente de ella, y el primero tiene posibilidad de conocerla, prescindiéndose de si la conoce o no efectivamente.

Además, han sido propugnadas una serie de teorías minoritarias, que proponen soluciones aisladas en función de los tipos de contratos u otras consideraciones, como las de WINDSCHEID, KÖPPEN, PESCATORE, GIORGI¹⁰ y otros.

En el Derecho español, el artículo 1.262.II CC, si bien es una norma de Derecho dispositivo, de modo que podrá modificarse por voluntad del oferente o acuerdo de las partes¹¹, y también habrán de tenerse en cuenta los usos del tráfico, adopta literalmente la teoría de la cognición¹², al señalar que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento». Sin embargo, dados los graves inconvenientes de tal sistema, la doctrina tiende a interpretar el precepto desde la luz de la teoría de la recepción¹³, identificando la posibilidad de conocimiento con el conocimiento efectivo cuando éste no se produjo por causas imputables a negligencia del oferente¹⁴, frente a otras soluciones minorita-

¹⁰ Para un más detallado análisis de estas teorías minoritarias, *vid.* ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 162-166.

¹¹ GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 131.

¹² Así se reconoce, por ej., por la RDGRN de 19 de enero de 1989. Por el contrario, Xavier O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, T. II, Vol. 1, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 227) entiende —es el único autor que lo hace— que «la teoría que sigue el Código es la de la recepción».

¹³ En cambio, defienden la teoría adoptada por el CC Felipe Clemente de DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, ed. revisada y puesta al día por Alfonso de COSSIO y Antonio GULLÓN, T. II, Madrid, 1959, pág. 118) y MANRESA (*Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 517).

¹⁴ En tal sentido, entre otros, ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pág. 96; BERCOVITZ: «Codificación civil...», *op. cit.*, pág. 309; COCA:

rias ¹⁵, y en ese sentido parece pronunciarse también cierta jurisprudencia ¹⁶. Tal solución es asimismo adoptada por algunos Códigos extranjeros ¹⁷.

«Comentario...», *op. cit.*, pág. 453; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, págs. 321-323; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 72; GALLART: «El momento...», *op. cit.*, pág. 298; GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 138; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *Estudios en homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 404-405 (también en *La Ley*, 1989-2, págs. 1.135 ss.; y en *Centenario...*, *op. cit.*, T. II, págs. 1.082-1.084); LASARTE: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 64 (que señala que el CC «no habla de que el oferente quede vinculado “desde que tuvo conocimiento” de la aceptación [teoría de la cognición], sino “desde que (ésta) llegó a su conocimiento” [teoría de la recepción]»; los corchetes son nuestros y las cursivas interiores del original); PÉREZ y ALGUER: «Anotaciones...», *op. cit.*, pág. 241; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 194; PUIG BRUTAU: *Compendio...*, págs. 219-220; PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*, T. IV, Vol. 2º, Madrid, 1946, pág. 55; PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, T. III, 2ª ed., Pamplona, 1972, pág. 475; RIVERO: «La formación...», *op. cit.*, pág. 398; ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 171-172; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, T. IV, 2ª ed., Madrid, 1889, pág. 544; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, T. III, 4ª ed., Tip. Cuesta, Valladolid, 1937, pág. 245. Igualmente parece adoptar tal posición CASTÁN: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, págs. 720-721.

¹⁵ Así, por ej., GALLART: «El momento...», *op. cit.*, págs. 297 ss., quien aboga por la aplicación plena de la teoría de la cognición pero atenuada por una -a nuestro entender- forzada interpretación de la doctrina del abuso de derecho: «si el proponente no toma conocimiento de la aceptación tan pronto la reciba, abusa [...] de su derecho».

¹⁶ SsTS de 26 de mayo de 1976 y 29 de septiembre de 1981, que admiten la perfección del contrato cuando el oferente dio un número de calle equivocado como domicilio o cuando su ausencia hace materialmente imposible la práctica de una notificación notarial. En contra, la STS de 3 de mayo de 1978 aplica plenamente la teoría del conocimiento.

¹⁷ Así, en el CC italiano de 1942, mientras que el art. 1.326.1 señala que «el contrato se concluye en el momento en que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte», el art. 1.335 precisa que «la aceptación se presume conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba haberse encontrado, sin culpa suya, en la imposibilidad de tener noticia de ella».

Por su parte, el CC portugués afirma:

«Art. 224.- *Eficacia de la declaración negocial*:

1. La declaración negocial que tiene un destinatario deviene eficaz tan pronto como llega a su poder o es conocida por él (...).

Por contra, el artículo 54 CCom. se inclina por la teoría de la emisión¹⁸ —pese a que el CCom. de 1829¹⁹ claramente adoptaba el sistema de la expedición²⁰—, al afirmar que «los contratos que se

2. Asimismo, ha de considerarse eficaz la declaración que, por culpa exclusiva del destinatario, no fue oportunamente recibida por el mismo.

3. La declaración recibida por el destinatario en condiciones tales que, sin mediar culpa por su parte, no pudiera ser conocida, es ineficaz».

¹⁸ ALBALADEJO: *Derecho civil, op. cit.*, pág. 396; BENITO: *Estudio...*, *op. cit.*, pág. 590; BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 396-397; GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, Vol. 1º, Madrid, 1964, pág. 57; GUARDIOLA: *La compraventa...*, *op. cit.*, págs. 49-50; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 143-144; URÍA: *Derecho Mercantil, op. cit.*, pág. 532; y SsTS como la de 3 de mayo de 1978. En contra, ROVIRA y PALOMAR («Problemas...», *op. cit.*, pág. 173) se inclinan, con PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 193; *Compendio...*, *op. cit.*, pág. 219), por estimar que el precepto sigue la teoría de la expedición o remisión, e igualmente COCA («Comentario...», *op. cit.*, pág. 452), GÓMEZ LAPLAZA («Comentario...», *op. cit.*, pág. 129) y LASARTE (*Principios...*, *op. cit.*, pág. 65). BERCOVITZ («Codificación civil...», *op. cit.*, págs. 308-309; las cursivas son nuestras) considera que «el artículo 54 reproduce, de forma sucinta, el contenido del artículo 243 del Código civil [sic] de 1829» y «recoge la teoría de la expedición y no la de la mera emisión de la voluntad de aceptación». DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 321), sin pronunciarse, se limita a señalar que «la doctrina dominante entre los mercantilistas se inclina por interpretar dicho texto desde el punto de vista de la teoría de la emisión». PÉREZ y ALGUER (Anotaciones..., *op. cit.*, pág. 240), por su parte, entienden que adopta un sistema de «exteriorización», híbrido entre los de emisión y expedición, que considera el contrato perfeccionado cuando la aceptación se exterioriza con el fin de enviarla, extendiéndola, por ej., por escrito.

¹⁹ El art. 243 CCom. de 1829 establecía literalmente que:

«En las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde el que recibió la propuesta espida la carta de contestacion aceptándola pura y simplemente, sin condicion ni reserva; y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, á menos que al hacerla no se hubiese comprometido á esperar contestacion, y á no disponer del objeto del contrato, sino despues de desechada su proposicion, ó hasta que hubiere transcurrido un término determinado.

Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condicion».

²⁰ BENITO, Lorenzo: *Estudio sobre la legislación española*, apéndice de RAMELLA, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 590; ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 173.

celebren por correspondencia quedarán perfeccionados *desde que se conteste* aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada».

Tal diversidad de soluciones normativas —tal vez sólo explicable por la mayor antigüedad del CCom. frente al CC²¹— no está justificada, y así se ha postulado por algunos autores la utilización general de la solución del CCom., afirmando «que es la más apropiada para toda clase de contratación, dadas las condiciones económicas de la vida moderna»²² y que adopta el criterio «más racional que puede haber entre los varios que pueden escogerse en esta materia, y muy superior, por consiguiente, al del Código civil»²³. Sin embargo, se ha intentado basar la dualidad de soluciones normativas en el hecho de que el CCom., atendiendo a las exigencias del tráfico mercantil, tiene el deseo de acelerar en todo lo posible la perfección o conclusión del contrato, afirmando que «si a los comerciantes les interesa no perder tiempo, a los que no lo son les interesa, por el contrario, dar tiempo al tiempo»²⁴, y que «parece aconsejable regular la materia de la contratación *inter absentes* en un sentido que tienda a facilitar hasta el máximo la contratación mercantil, donde las exigencias del tráfico han de triunfar sobre el principio de la seguridad jurídica, y, en cambio, establecer mayores garantías en el ámbito de la contratación civil, donde el problema se presentará con menor frecuencia y donde deberá velarse principalmente por la seguridad de las relaciones jurídicas»²⁵.

En nuestra opinión, tal divergencia de soluciones es criticable, pues provoca que según califiquemos un contrato como civil o mercantil haya grandes diferencias en el momento de perfección del mismo, de modo que pueda darse la situación de que ante dos contratos idénticos —uno civil y otro mercantil— en las mismas circunstancias un contrato esté ya perfeccionado y el otro no. No podemos estar de acuerdo con la afirmación de ROVIRA y PALOMAR, ya que no necesariamente el ámbito mercantil debe renunciar a la seguridad jurídica en aras de una mayor rapidez ni el civil a la rapidez en favor de la

21 DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 321.

22 BENITO: *Estudio...*, *op. cit.*, pág. 591.

23 BENITO: *Las Bases del Derecho Mercantil*, Manuales Soler, n° 34, Sucesores de Manuel Soler Editores, Barcelona, s. f. (ca. 1909), pág. 136.

24 *Ibid.*

25 ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 174.

seguridad, máxime si tenemos en cuenta la actual rapidez de los medios de comunicación, empleados por todos, comerciantes o no, que iguala en la práctica las relaciones negociales civiles y mercantiles en cuanto a agilidad y fluidez, y que la seguridad jurídica es un principio irrenunciable de naturaleza constitucional ²⁶ que ha de inspirar el ordenamiento jurídico en los dos ámbitos. Los tráficós jurídicos y económicos mercantil y civil tienen en este aspecto características comunes, de modo que pueden considerarse integrantes de un tráfico general, común a ambos ámbitos, para el cual sería preferible una solución normativa única. En ese sentido, BERCOVITZ ²⁷, tras criticar la diferencia de soluciones normativas, señala que, tal como sucede en Suiza, Alemania, Portugal e Italia, los problemas que el CC y el CCom. deberían regular con uno u otro criterio son principalmente los de la tempestividad y eficacia de la revocación de la oferta.

B. EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS POR FAX

El fax es un instrumento que, utilizando generalmente la línea telefónica, permite que personas distantes estén en una *cuasipresencia*, pudiéndose conseguir la instantaneidad en los mismos términos que la coetánea ubicación común de los contratantes. Eso hace que su utilización sea muy próxima a la del teléfono, si bien en vez de emplearse la comunicación verbal se utiliza una escrita.

El empleo del teléfono fue objeto de particular controversia en las doctrinas italiana, francesa y alemana, discusión hoy prácticamente superada en el sentido de distinguir entre las cuestiones del lugar y del momento de perfección de los contratos celebrados por tal medio. En cuanto al momento, se entiende que los contratos por teléfono han de tratarse como estipulados entre presentes, dado que no hay intervalo apreciable de tiempo entre las declaraciones de oferente y aceptante, aunque más bien debe tenerse en cuenta para adoptar tal solución, y prescindiendo de la distancia, el hecho de ser contratos de formación instantánea ²⁸.

²⁶ Art. 9.3 CE.

²⁷ BERCOVITZ: «La codificación...», *op. cit.*, págs. 310-311.

²⁸ ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, págs. 592-593; ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 221; y los autores que citan. Igualmente, entre

En tal sentido se pronuncian, en el Derecho comparado, el Código de Obligaciones suizo (artículo 4.II), el de Obligaciones y Contratos de la que fue Zona española del Protectorado de Marruecos (artículo 225), el Código de Obligaciones libanés (artículo 182.I) y el *BGB* (§ 157), y, en nuestro ámbito, la STS de 3 de enero de 1948²⁹.

Pues bien, del fax es predicable lo dicho respecto al teléfono: dado que no hay intervalo significativo desde que una declaración se emite hasta que llega a su destinatario, debe en principio considerarse como contratación entre presentes³⁰. Por ello, como contrato asimilable al celebrado entre presentes, de ser el contrato de formación instantánea (oferente y aceptante se remiten sin solución de continuidad sus respectivas declaraciones) no habrá problema de determinación del momento de perfección: cuando se produzca el concurso de la oferta y la aceptación (artículo 1.262.I CC).

Sin embargo, respecto a los contratos realizados por fax de formación sucesiva (asimilables a aquéllos entre presentes en que el oferente concede, o el potencial aceptante se toma, un plazo para aceptar), en los supuestos en que las partes no designen un momento determinado de perfección del contrato habrá que distinguir en cada caso en función del tipo de contrato examinado³¹:

otros, SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 144; y URÍA: *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 624.

²⁹ Señala esta Sentencia que «dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento».

³⁰ En el mismo sentido se pronuncian COCA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 453; y GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 134.

³¹ Pese a que cada vez se cuestiona más la diferenciación entre contratos mercantiles y civiles, y hay una tendencia progresiva hacia, si no la unificación de su régimen —como ya se hizo, por ej., en Suiza—, sí una atenuación de las diferencias (*vid.*, en tal sentido, entre otros, ÁLVAREZ CARVALLO, Jesús María: «La unificación del contrato de compraventa», *BFD UNED*, segunda época, N° 4, verano-otoño 1993, págs. 31-51; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995; y BERCOVITZ: «En torno a la unificación del Derecho privado», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, T. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 151 ss., y «Codificación civil...», *op. cit.*, págs. 287-323), puesto que ambos Códigos

a) Si el contrato es civil, dado que, si bien el CC se inclina por la solución de la teoría de la cognición, la doctrina mayoritaria y en parte la jurisprudencia aplican la de la recepción —como hemos visto—, el mismo quedará perfeccionado en el momento en que el documento remitido por fax por el que acepta el aceptante llegue al ámbito de actividades del oferente, que es cuando tendrá *posibilidad* de tomar conocimiento del mismo. Lo que es lo mismo que entender, dada la práctica simultaneidad e inexistencia de un lapso temporal entre envío y recepción, que la perfección se alcanza cuando el aceptante expida tal documento por fax (salvo situaciones que podríamos llamar «patológicas», y que luego veremos).

b) Si el contrato es mercantil, puesto que el CCom. adopta el sistema de la declaración o emisión, entenderemos perfeccionado el contrato cuando el aceptante realice el documento de aceptación, antes incluso de remitirlo por fax. En cambio, de entender con la doctrina minoritaria que sigue la teoría de la expedición, coincidirían en la práctica las soluciones del contrato civil y mercantil: la perfección del contrato vendría dada por la remisión por fax de la aceptación por el aceptante hacia el oferente.

Un caso peculiar, aun con la simultaneidad de momentos en el fax, puede darse respecto a contratantes que, pese a realizar un contrato de formación instantánea, tengan simultáneamente situaciones temporales distintas ³². La determinación del exacto momento de perfección del contrato puede ser importante, por ejemplo, en caso de que se produzcan cambios legislativos ligados a un concreto momento temporal en el territorio de uno o ambos contratantes.

siguen regímenes distintos en esta materia, y en tanto no se modifique el Derecho positivo, habremos de diferenciar uno y otro tipo de contrato para el estudio del tema que nos ocupa, si bien haciendo notar la gran dificultad que en la práctica existe en ocasiones para distinguir contratos civiles y mercantiles, puesta de manifiesto por la propia jurisprudencia.

³² Me refiero a un problema que no es infrecuente. Pensemos en contratantes situados en territorios con horarios oficiales distintos o, mejor aún, a ambos lados de la línea internacional de cambio de fecha. En tales casos, pese a estar contratando simultáneamente, cada contratante tendrá una situación temporal (hora, e incluso día) distinta, lo que complica la cuestión del momento de perfección del contrato. Denominaremos a éstos *contratos de formación instantánea con diversidad de momentos en los contratantes*. Sobre este problema, no hemos encontrado pronunciamiento doctrinal alguno.

Advirtamos que se emplea aquí la segunda de las acepciones que puede darse al concepto de «momento de perfección del contrato», junto a la de ser la fase —de entre las que pasa la aceptación hasta llegar al oferente— que es relevante para entender formado el contrato: el día y hora en que se produce tal perfección.

Así, pensemos en un hipotético caso práctico, quizás de laboratorio pero entendemos que muy gráfico. En estos días de continua inflación en los combustibles (y, podría decirse, también en casi todo lo demás), el Gobierno suele fijar la subida de los precios máximos de la gasolina para que la misma tenga efecto a partir de las cero horas de un determinado día. En caso de que los contratantes no hayan previsto el problema, determinando un momento concreto de celebración del contrato, surge en los contratos sobre gasolinas realizados entre canarios y peninsulares en que el precio se acuerde por relación al precio oficial del día de celebración del contrato el problema de determinar algo tan importante como el precio en caso de que sean las 23:30 horas en Canarias y, por tanto, las 0:30 en la Península. De estar a la hora canaria, el precio será el anterior a la revisión de precios; de atender a la peninsular, será el posterior.

En este caso, entendemos que, al igual que el contexto temporal de cada contratante está estrechamente vinculado al lugar donde esté situado, el momento de perfección del contrato debe determinarse por relación al lugar de celebración del contrato. De tal forma, según se entienda que el contrato se celebró en uno u otro sitio, el momento relevante será el que rija en tal lugar.

Así, en nuestro ejemplo, de entender que el contrato fue celebrado en Canarias, el momento de perfección del mismo se fijará en las 23:30 horas del día anterior a la revisión de precios, y el contrato se regirá por los precios antiguos. Por el contrario, si entendemos que se celebró en la Península, el contrato se entenderá formado a las 0:30 horas del día en que comienzan a regir los nuevos precios, y consecuentemente el contrato se verá afectado por ellos.

Por tanto, en tales casos, antes de determinar el momento habrá que concretar el lugar en que se perfeccionó el contrato, cuestión que analizaremos en el siguiente capítulo.

C. EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS POR BUROFAX

Como indicamos anteriormente, por medio del servicio de burofax pueden ponerse en contacto, empleando terminales de fax radicados en ciertas Oficinas de Correos y Telégrafos (*Oficinas Burofax*), personas distantes entre sí, bien realizando la comunicación entre Oficinas Burofax con posterior entrega urgente en el domicilio del destinatario, bien entre tales Oficinas y aparatos ordinarios de fax, tanto en un sentido de dirección como en el otro (si es hacia Oficinas Burofax, también con entrega urgente en el domicilio del destinatario).

De tal forma, debemos distinguir:

a) En caso de envío de una declaración de voluntad contractual desde una Oficina Burofax a un aparato privado de fax, el sistema es enteramente similar a la comunicación que podría entablarse entre dos faxes de carácter privado, y por tanto nos remitimos a lo dicho para la contratación por medio de fax con carácter general.

b) En el resto de casos de empleo del servicio de burofax, aun siendo instantánea la transmisión entre faxes, la recíproca comunicación de las declaraciones no lo es (debe transmitirse desde una Oficina Burofax o aparato de fax privado a otra Oficina Burofax, que se encargará de entregar la manifestación de voluntad en el domicilio del destinatario de modo urgente). Aun cuando se acelere la recíproca comunicación entre las partes, subsiste un intervalo temporal apreciable entre la remisión de una manifestación por una de las partes y su recepción por la otra, lo que hace que no dejen de ser contratos de formación sucesiva. Ello, junto a la intervención de un organismo oficial expedidor de la información —cualidad que coincide en ambos casos en el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos—, acerca el empleo en la realización de contratos de esta modalidad del fax a la contratación por telégrafo, a cuyo régimen creemos en este punto asimilable. Puesto que es este caso el que puede plantear especialidades respecto al supuesto general de empleo del fax para la contratación, será sobre el que nos detengamos en este apartado.

Dado que el CC nada dice sobre el telégrafo —y, por supuesto, mucho menos sobre el servicio de burofax— en la contratación, y

ante la existencia del referido intervalo temporal, la doctrina estima analógicamente aplicable la solución legal para los contratos por carta, y por tanto que se debe seguir la solución propugnada por la teoría de la cognición (si bien atenuada por la de la recepción, como hemos visto que sostiene la doctrina mayoritaria), en los términos expresados anteriormente ³³.

El CCom., por su parte, aunque contempla la posibilidad de utilizar el telégrafo (obviamente no el burofax, pero ya hemos dicho que a estos efectos pueden considerarse similares) en la contratación, en su artículo 51, lo hace sólo a efectos de señalar los requisitos que debe reunir la correspondencia telegráfica para generar obligatoriedad, sin pronunciarse sobre el momento en que deben entenderse celebrados tales contratos. Por ello, igualmente debemos entender aplicable la solución general para «los contratos que se celebren por correspondencia» del artículo 54, es decir, tales contratos, de acuerdo con la tesis de la declaración, se perfeccionan desde que el aceptante conteste.

3. EL LUGAR DE FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS REALIZADOS A TRAVÉS DE FAX

En realidad, cuando hablamos del lugar de celebración del contrato, lo que pretendemos no es referirnos a tal lugar en sí, sino resolver «dónde es más justo que sea entablado un litigio y qué normas son las más procedentes para su decisión» ³⁴, de modo que el interés del lugar «radica en su carácter indicativo de la competencia de los tribunales sobre pleitos derivados de la estipulación o de la normativa aplicable al pacto» ³⁵; es decir, el lugar determinará la competencia de los tribunales ³⁶ y en ocasiones incluso la ley aplica-

³³ En tal sentido, entre otros, ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 590; y ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 217-218.

³⁴ PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 205.

³⁵ RIVERO: «La formación...», *op. cit.*, pág. 398.

³⁶ A falta de sumisión expresa o tácita, el art. 62.1 LEC considera competente, cuando se ejerciten acciones personales, al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación y, a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque sea accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento. *Vid.*, igualmente, el art. 22.3-4 LOPJ.

ble ³⁷. Por ello, no surgirá problema alguno en caso de que ambos contratantes residan en el mismo lugar.

Además, como hemos visto antes, en función del lugar deberá determinarse el momento de perfección del contrato respecto a los que hemos denominado *contratos de formación instantánea con diversidad de momentos en los contratantes*. Asimismo, puede servir para la interpretación o integración del contrato, tanto en general ³⁸ como en caso de remisión legal ³⁹ a los usos o a la costumbre de la tierra ⁴⁰.

El artículo 1.262.II *in fine* CC contiene una presunción *iuris tantum* (tiene carácter dispositivo, de modo que las partes podrán acordar un lugar distinto, y supletorio, para el caso en que no hayan concertado nada al respecto) respecto al *locus contractus*, según la cual en caso de que los contratantes estén en diversos lugares «el contrato (...) se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Esta regla no rige cuando ambos contratantes están en un mismo lugar, ya que entonces la solución es obvia: el lugar será el común a ambos, salvo que acuerden otra cosa.

RIVERO ⁴¹ entiende que tal solución es congruente con el criterio del legislador respecto a la determinación del momento en que el contrato entre personas ausentes se considera concluido. Tanto si entendemos que el CC acoge el sistema puro de la cognición, como si lo atenuamos con el de la recepción, el contrato queda perfeccio-

³⁷ El art. 20.5 CC establece que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se sometan expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común; y, en último término, la ley del *lugar de celebración del contrato*. Igual solución se aplicará respecto a los conflictos de leyes derivados de la coexistencia en España de distintas legislaciones civiles (art. 16.1 CC). *Vid.* también el art. 5 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980.

³⁸ Arts. 1.258 y 1.287 CC.

³⁹ Así, en los arts. 1.496, 1.520, 1.555.2º, 1.574, 1.579, 1.580, 1.695.2º, etc., CC.

⁴⁰ GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 147.

⁴¹ RIVERO: «La formación...», *op. cit.*, pág. 398. En el mismo sentido, ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 586.

nado en el momento en que la aceptación llega al lugar del oferente (con conocimiento efectivo o simple posibilidad, respectivamente, según la teoría que se siga); por tanto, lógico es que entendamos que el contrato se perfecciona en tal lugar.

Un problema que puede surgir es que no coincidan lugar de oferta y lugar donde el oferente reciba y conozca la aceptación⁴², ya sea porque el oferente realice su oferta fuera de su ámbito ordinario y en cambio sí reciba la aceptación allí, bien porque sea la aceptación la que reciba y conozca fuera de su ámbito ordinario mientras la oferta sí la haya realizado en el mismo, bien porque no posea ámbito fijo y envíe la oferta y reciba la contestación en sitios diferentes y que no puedan ser considerados, ninguno, como ámbito del oferente—caso, por ejemplo, de los vendedores ambulantes—. En tales circunstancias, como pone de manifiesto COCA⁴³, la presunción legal no nos llevaría al lugar donde efectivamente se produce el concurso de la oferta y la aceptación. El hecho de que se prime el lugar de la oferta sobre el de la recepción por el oferente se justifica si tenemos en cuenta que «la reglamentación contractual se encuentra ya contenida en su totalidad en la oferta, de manera que la aceptación no es un acto de creación del contenido reglamentario del contrato, sino una conformidad al mismo. El lugar de formación del contrato es por ello el lugar de la oferta»⁴⁴.

Dado que en el ámbito mercantil el CCom. guarda silencio, algunos autores⁴⁵ entienden que, conforme al artículo 50 del mismo Código, deberá acudirse a los preceptos generales del Derecho común, es decir, al CC. Por tanto, la solución del artículo 1.262.II CC sería común a los contratos civiles y mercantiles.

⁴² Esta cuestión no se suscitaba con el art. 1.275 del Anteproyecto de CC de 1882-1888, que, aun prácticamente idéntico al actual art. 1.262.II CC, disponía que «el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta y se recibió la aceptación», ni, anteriormente, con el art. 1.058 del *Avant-Project* de LAURENT, precedente de este precepto, que señalaba que «el contrato se realiza en el lugar en que se hizo la oferta y en que se recibe la aceptación». Los incisos destacados (cursivas nuestras) fueron suprimidos al pasar a la redacción definitiva del CC.

⁴³ COCA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 454.

⁴⁴ DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 324.

⁴⁵ Así, GARRIGUES: *op. cit.*, pág. 58; y ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 176.

Otro sector doctrinal objeta a esta posición que mientras la solución legal es coherente con la adoptada respecto al momento de perfección por el propio CC (teorías de la cognición o de la recepción), no lo es en absoluto con la del CCom. (teorías de la emisión o de la expedición), siguiéndose una contradicción entre el momento (cuando se emite o remite la aceptación) y el lugar (el de la oferta) de perfección de los contratos mercantiles⁴⁶. De ahí que, de modo paralelo a la correspondencia que en el CC tiene el lugar con el momento de perfección del contrato, se abogue por los autores de esta posición doctrinal⁴⁷ por una solución del lugar acorde con la que para el momento da la teoría de la emisión del CCom., de modo que el lugar de perfección de los contratos mercantiles sería el de la emisión de la aceptación.

Por nuestra parte, entendemos que debería seguirse la primera posición expuesta, tanto en base al argumento —ya indicado por los autores citados— de la supletoriedad legal del Derecho civil respecto del mercantil, como porque el situar el lugar de perfección en la posición del oferente es más conforme a las exigencias de la seguridad jurídica, mientras que la posición contraria podría ocasionar cierta indefensión del oferente (el lugar donde se haya realizado la aceptación es más inconcreto que el de la oferta, y quedarían *de facto* a elección del aceptante la competencia judicial y la ley aplicables, con sólo argumentar que la aceptación la realizó en uno u otro lugar). Asimismo, no se ve la razón de por qué el lugar —no olvidemos, un ficción a efectos procesales— ha de situarse necesariamente coincidiendo con la posición de parte en la cual se entiende perfeccionado el contrato, debiendo forzar el artículo 50 CCom. a fin de hacer tal coincidencia.

Respecto concretamente a los contratos por fax, los mismos deberán entenderse realizados como entre distantes respecto al lugar, al igual que sucede con los celebrados empleando el teléfono⁴⁸, que es

⁴⁶ En tal sentido, ROVIRA y PALOMAR («Problemas...», *op. cit.*, pág. 176), debido a esa diferencia entre momento y lugar de la perfección, afirman que «dicha conclusión no parece la más lógica», pese a que terminan por defender la extensión de la solución del CC a los contratos mercantiles.

⁴⁷ Entre otros, GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 142; ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 594; y SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 362-363.

⁴⁸ ROVIRA y PALOMAR («Problemas...», *op. cit.*, pág. 221) afirman al respecto, en relación con el teléfono, que «en nuestros días está prácticamente supe-

(la línea telefónica) al fin y al cabo el medio físico que se emplea generalmente en la comunicación entre dos aparatos de fax. Así, podemos concluir con PÉREZ y ALGUER⁴⁹ que «cuando se trate de contrato telefónico [o por fax, añadiríamos nosotros] celebrado entre residentes en distintas poblaciones, el lugar del contrato será, por analogía del artículo 1.262, párrafo segundo, proposición segunda, aquél en que se hizo la oferta», pues de otro modo —señala RIVERO⁵⁰— «podrían plantearse problemas de muy difícil solución, sobre todo en los casos de contratación entre personas de diferente nacionalidad y desde distinto país».

En cambio, ROGEL⁵¹ discrepa y mantiene que, de los artículos 1.254, 1.258 y 1.262.I CC, resulta que la regla general del CC es que la perfección se produce donde y cuando se emite la declaración de voluntad aceptando, ya que es entonces cuando se cierra completamente el *iter* contractual, y tal regla será aplicable, como contrato entre presentes que es, al contrato por teléfono (y, por tanto, también al realizado mediante fax), y en apoyo de su posición cita la STS de 31 de marzo de 1970, que afirmó que «la amplia definición contenida en el artículo 1.254 del Código civil sirve para la fijación del punto ontológico de arranque de la biología del contrato; este existe desde que una o varias personas “consienten en obligarse, res-

rada la discusión doctrinal sobre este particular, pues la opinión dominante es que la solución del problema de si los contratos por teléfono han de considerarse entre presentes o entre ausentes, no puede ser unitaria, y al efecto distingue entre la cuestión del lugar y la cuestión del momento de perfección de dichos contratos; de modo que desde el punto de vista del momento, el contrato por teléfono ha de tratarse como estipulado entre presentes, dado que no media un intervalo apreciable de tiempo entre las respectivas declaraciones de oferente y aceptante; y desde el punto de vista del lugar, el contrato ha de estimarse perfeccionado entre personas distantes».

⁴⁹ PÉREZ y ALGUER: *Anotaciones...*, *op. cit.*, pág. 148. En tal sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria: entre otros, ALBALADEJO: *Derecho civil, op. cit.*, pág. 399; CASTÁN: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pág. 721; GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, pág. 142; RIVERO: «La formación...», *op. cit.*, pág. 398; y SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, T. III (*Derecho de obligaciones*), Madrid, 1973, pág. 272. Asimismo, parecen decantarse por esta posición, aunque no expresamente, Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 73.

⁵⁰ RIVERO: «La formación...», *op. cit.*, pág. 398.

⁵¹ ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, págs. 593 ss.

pecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"» 52. De tal forma, para este autor el lugar de perfección de los contratos por teléfono no será el de la oferta, sino el de la aceptación.

Personalmente, consideramos con la doctrina mayoritaria que el lugar de perfección de los contratos por teléfono o fax debe ser el de la oferta. Y ello porque, pese a haber una intermediación temporal, no la hay espacial, por lo que estos contratos son propiamente *entre personas distantes*, con independencia del medio que se emplee, de ahí que haya que acudir analógicamente a la solución que el Código da con carácter general para estos contratos 53.

Finalmente, respecto a los contratos realizados mediante burofax, debemos nuevamente distinguir. La comunicación desde una Oficina Burofax a un aparato privado de fax, al ser asimilable a la comunicación entre faxes privados —como ya se indicó respecto a la cuestión del momento de perfección del contrato—, recibirá el mismo tratamiento que éstos también respecto al lugar, por lo que nos remitimos a lo ya dicho sobre el particular.

En cuanto a los contratos llevados a cabo por medio de la utilización del servicio público de burofax desde un aparato privado u Oficina Burofax a otra Oficina Burofax, como verdaderos contratos entre distantes que son 54, será de aplicación plenamente —sin que quepan aquí las objeciones de ROGEL respecto al teléfono— la solución legal para los contratos por carta 55. De tal forma, el lugar de perfección de tales contratos será el de la oferta (artículo 1.262.II *in fine* CC).

52 Comillas interiores en el original.

53 La posición de ROGEL es asimismo criticada por GÓMEZ LAPLAZA: «Comentario...», *op. cit.*, págs. 143 ss.

54 Como ya vimos, en este caso sí hay un intervalo temporal apreciable entre las manifestaciones de las partes.

55 En tal sentido, pero refiriéndose al telégrafo, ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 590; y ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 217-218.

4. EL VALOR CONTRACTUAL DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD EMITIDAS POR FAX.

Debido a lo reciente de su generalización, ni el propio CCom. ni el CC contienen regla alguna respecto al valor contractual de las declaraciones formuladas por medio del fax ⁵⁶.

⁵⁶ Al respecto, hubiera sido muy oportuno que en su momento se hubiera aprobado el proyecto de reforma del art. 51.II CCom. presentado al Senado por José María GONZÁLEZ DE ECHAVARRI Y VIVANCO («La contratación por telecomunicación y la reforma del Código de Comercio», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, T. III, n° 22, julio-septiembre 1919, págs. 19-20), que por su interés reprodujimos (las cursivas son nuestras):

«La contratación mercantil celebrada por teléfono, telégrafo, radiotelegrafía u *otro medio análogo de comunicación rápida* será válida y producirá obligación y acción en juicio aun cuando no lo hubiesen escogido con anticipación los contratantes y sin necesidad de emplear signos o claves convenidos, siempre que se sometan a las reglas siguientes:

1^a. Los contratos celebrados por medio de conferencias telegráficas, radiotelegráficas o telefónicas o por *otro medio rápido de comunicación* se entenderán celebrados entre presentes siempre que personalmente hayan estado en comunicación los interesados o sus mandatarios. Si en virtud de medio mecánico las indicadas conferencias se traducen en forma escrita o impresa se entenderá realizado el contrato por escrito, bastando que las cintas en que consten las conferencias lleve cada una la firma del respectivo contratante. Si al contrato celebrado por conferencias de las indicadas asiste en cada uno de los receptores un notario o mediador de comercio colegiado que den fe de conocer a las partes autorizando la obligación, se reputará instrumento público, para cuyo efecto trasladarán en forma fehaciente lo consignado en la cinta al protocolo o diario de operaciones.

2^a. Las ofertas o aceptaciones de contratación mercantil por medio de telegramas, telefonemas o radiotelegramas serán válidas y harán prueba en juicio como documento privado, siempre que aparezca el original suscrito por el oferente, aceptante o sus mandatarios. Si la firma se declarara auténtica por autoridad competente, se aplicarán los principios generales relativos al caso. Si la identidad de la persona que ha suscrito el original se halla establecida por otros medios previstos en los Reglamentos de telégrafos, teléfonos o radiotelegrafía, será admitida la prueba en contrario.

La fecha y hora de los telegramas y telefonemas o radiotelegramas serán aquellas en que realmente hayan sido expedidos por las oficinas correspondientes. Si hubo error, alteración o retardo, y salvo el caso de responsabilidad penal, se aplicarán las reglas generales sobre la culpa y sus efectos. Sin embargo, el remitente se presume exento de ésta si cumplió las disposiciones reglamentarias exigidas por la Administración».

Sin embargo, nada obsta, en principio, para reconocer valor contractual a la comunicación por fax. No existen aquí los problemas que surgen en relación con la contratación por otros medios de comunicación, como el teléfono o el telégrafo, porque, a diferencia del primero, queda cierta constancia documental tanto de la emisión como de la recepción⁵⁷; y, a diferencia del empleo del telégrafo, la comunicación es directa entre los contratantes, sin intervención alguna de intermediarios que pueda producir errores en el contenido de las declaraciones⁵⁸.

A mayor abundamiento, cabe indicar que por otra parte quedan dificultados notablemente los errores en la transmisión al ser práctica habitual remitir, al principio del documento que es el contenido propio de la comunicación, una carátula o portadilla en la que, además de figurar la identificación del remitente y —normalmente— el nombre o razón social y número de teléfono del fax del destinatario, y el número total de páginas del documento objeto de la transmisión, se hace constar la indicación «en caso de defectos en la recepción de este documento, llamar al teléfono:», u otra similar, seguida de un número de teléfono del remitente. De tal forma, en caso de que al remitente le conste la recepción del documento por el fax del destinatario y éste no se ponga en contacto con él, indicándole una mala recepción del mismo, puede el primero presumir que tal documento fue recibido, y perfectamente, por el aparato de fax del destinatario.

Sin embargo, el artículo 51.II CCom. viene a establecer, como excepción al principio general de libertad contractual del primer párrafo del mismo precepto, que «la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio

⁵⁷ Si bien con un alcance limitado, la referida constancia documental —sobre lo que volveremos al tratar los problemas de prueba— se concreta en que el remitente contará con el original del documento enviado, que conserva, y asimismo con un denominado *reporte* (en difundido anglicismo) o informe de la transmisión, en el que consta el número de teléfono (e incluso, en ciertos modelos, si previamente se les ha introducido así en la memoria, el nombre o denominación) del destinatario, la fecha y hora y el número de páginas de la transmisión, como acreditación de la recepción.

⁵⁸ En tal sentido, aunque respecto al télex, ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 597.

previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado». Se plantea, entonces, si debe aplicarse tal precepto a los contratos por fax.

Debemos nuevamente distinguir, al realizar tal análisis, entre las distintas especies de contratos. Respecto a los de naturaleza civil, dado que nada dice el CC, podemos concluir que no les es aplicable la restricción del artículo 51.II CCom.⁵⁹, y ello por varias razones, entre las que cabe citar⁶⁰:

a) El CCom. en principio es sólo aplicable a los contratos mercantiles, y no a los civiles, con base en el principio de especialidad de aquél.

b) La regla general se contiene en el primer párrafo del mismo artículo 51 CCom., estableciéndose un principio general de libertad contractual, coincidente con el aforismo «de cualquier modo que el hombre quiera obligarse, queda obligado», tradicional en nuestro Derecho ya desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348⁶¹.

c) El principio restrictivo del artículo 51.II CCom. es por tanto una norma de Derecho excepcional, que entra en contradicción con la referida regla general, y por tanto no susceptible de analogía, en virtud del principio *odiosa sunt restringenda*.

Respecto a los contratos mercantiles, el precepto del CCom. obtuvo críticas desde antiguo, hasta el punto de llegar a afirmarse que los inconvenientes que provoca el mismo hacen en la práctica inválidos los contratos por telégrafo, y así Lorenzo BENITO⁶² dijo que «el Cód-

⁵⁹ En contra parece estar la STS de 27 de octubre de 1958, que extiende el art. 51 CCom. «en su tenor literal» a unas «autorizaciones telegráficas» relativas a un mandato civil.

⁶⁰ Cfr. ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, págs. 589-590.

⁶¹ La Ley Única de su Título XVI (la cual curiosamente se intitula «Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion») *in fine* viene a disponer que «sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el».

⁶² BENITO: *Las Bases...*, *op. cit.*, págs. 135-136. También critican la regulación legal ORÚS MORATA («El contrato por correspondencia. Su naturaleza y efi-

go pudo haber empleado cualquier otro sistema más aceptable para dar autenticidad a las proposiciones o mandatos transmitidos por telégrafo, pues el escogido tiene un campo de acción tan limitado, que prestará pocos servicios al comercio, dando lugar con ello a que los comerciantes de buena fe puedan, dadas las prácticas mercantiles reinantes, encontrarse a merced de los que de ella carezcan», pese a lo cual ha obtenido el refrendo de la jurisprudencia ⁶³ y de algunos autores ⁶⁴. Mientras la aplicación del precepto es clara respecto al telégrafo, los inconvenientes que presenta la solución legal y las razones que en contra hemos expuesto anteriormente aconsejan una interpretación estrictamente literal del término «correspondencia telegráfica», de modo que no sea de aplicación el artículo 51.II CCom., ni siquiera analógicamente, a supuestos distintos de la «correspondencia telegráfica», y por tanto a los contratos realizados por medio del fax, ni aun a los llevados a cabo por medio del servicio de burofax, que sería el más próximo al telégrafo.

La restricción del citado párrafo segundo parece responder a la necesidad de eludir los peligros de la contratación telegráfica respecto a una posible falta de autenticidad de los mensajes y de una falsa procedencia de los telegramas, aunque, como señalan ciertos autores ⁶⁵, «como los requisitos exigidos por el legislador español pugnan con la rapidez de este medio, no es práctico el propuesto, por lo que los comerciantes utilizan la correspondencia telegráfica sin más que confirmar generalmente el contenido del despacho por la correspondencia epistolar».

Si bien cabe admitir que en principio tales riesgos del telégrafo parecen acentuarse con la intermediación del fax, puede señalarse que

ca», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, octubre-diciembre 1931, págs. 19-20), ROGEL («Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 588-590) y ROVIRA y PALOMAR («Problemas...», *op. cit.*, págs. 218-219).

⁶³ Así, por ej., la STS de 25 de febrero de 1956, que declara no válida una revocación por telégrafo por no reunir los requisitos del referido precepto.

⁶⁴ Así, MANRESA: *Comentarios...*, *op. cit.*, ed. de 1901, pág. 654 (en cambio, en la 6ª ed., 1967, págs. 518-519, se tiende a restringir el ámbito de los requisitos del CCom.). Intenta una interpretación suavizadora del precepto RAMELLA: *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 249-250.

⁶⁵ ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ-RIVERA, Faustino; BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo y MIÑARA Y VILLAGRASA, Emilio: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, T. I, Madrid, 1915, pág. 552.

en la práctica los mismos se reducen si tenemos en cuenta que los tratos preliminares suelen haberse concertado por otros medios (personalmente, telefónicamente...), y posteriormente a la transmisión suele confirmarse el contenido del mensaje remitido, generalmente por vía telefónica. Sobre ello volveremos más adelante, en relación con los problemas de prueba.

Por otra parte, ninguno de los fines del artículo 51.II CCom. se logra con su redacción. Aun empleando signos convencionales, el error de transmisión puede producirse igualmente (respecto al fax, por ejemplo por defecto de uno de los aparatos de fax, que transmita o reciba incorrectamente), y respecto a la identificación del remitente, dado que los signos convencionales que deban figurar en los telegramas no son tan secretos que no sean conocibles, por ejemplo, por la dependencia del remitente, se mantienen los mismos riesgos, sin que la solución legal consiga otro resultado que la limitación de un principio general de la contratación universalmente admitido, como es el de libertad contractual, y un medio eficaz y rápido en la vida comercial ⁶⁶.

De todo ello, podemos concluir —en mi opinión— el valor contractual de las manifestaciones por fax, aun cuando no cumplan los requisitos restrictivos del artículo 51.II CCom., y ello tanto si son de tipo civil como mercantil, remitidas por fax propiamente dicho como a través del burofax.

5. LOS PROBLEMAS DE PRUEBA

El fax permite la impresión directa de una copia en principio *fidedigna* —si bien tomando esta expresión con cautelas, como veremos— del original que posee el remitente, en el papel en poder del destinatario de la comunicación. Sin embargo, pueden plantearse en la contratación a través de fax una serie de problemas en relación con la materia de la prueba, que examinaremos a continuación.

⁶⁶ ORÚS: «El contrato por correspondencia...», *op. cit.*, págs. 19-20. Autor a su vez citado por ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, pág. 589; y ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pág. 218.

A. EL PROBLEMA DE LA PROPIA EXISTENCIA DEL CONTRATO

Prescindiendo de la posibilidad de que los contratantes utilicen fedatarios públicos en su contratación, que den fe, respectivamente, del hecho de la expedición y de la recepción del documento, en cuyo caso no habría problema probatorio alguno, puede surgir el problema de acreditar la propia existencia del contrato.

A nuestro entender, no habría problema alguno para considerar los contratos remitidos por fax como auténticos documentos privados, con el valor que a los mismos conceden los artículos 1.225 ss. CC, quedando en poder de cada contratante un ejemplar del documento contractual (el original y la copia generada por el fax, respectivamente), lo que se reafirma en los casos en que el destinatario conteste aceptando la oferta en el propio documento —aunque generado por el fax del aceptante— en que la misma se contenía, mediante el reenvío, una vez cumplimentada con la aceptación, de la propia oferta.

Por otra parte, algunos modelos de fax permiten, si bien con un carácter probatorio limitado, la opción según la cual al *reporte* o informe de la transmisión, que acredita la recepción de la misma, se añade sin solución de continuidad la primera página (o parte de ella) de las transmitidas. Con tal sistema, podría acreditarse, no sólo el mero hecho de la transmisión en una fecha y hora concreta y a un determinado destinatario, sino también el contenido, al menos respecto al inicio, de lo transmitido.

Finalmente, los referidos problemas quedan muy atenuados en la utilización del servicio público de burofax, pues quedará constancia del hecho y destinatario de la transmisión, así como de la fecha y hora de la misma, en la Oficina u Oficinas Burofax intervinientes, con la posibilidad de que el remitente deje una copia del documento en la Oficina, a efectos de constancia del contenido. No obstante, aún quedarán los problemas de la acreditación del contenido del documento (en caso de que el remitente no dejara en la Oficina ejemplar alguno del documento expedido, o bien por el transcurso de los plazos reglamentariamente previstos tal Oficina ya hubiera destruido el ejemplar que aquél entregó) y la de que el propio destinatario haya recibido efectivamente el documento transmitido, lo que se salva con las otras modalidades de empleo del burofax.

Una mayor acreditación se producirá en caso de emplear la modalidad de «burofax con certificación de texto», para la cual el remitente deberá presentar en la Oficina Burofax dos copias del documento a expedir, quedándose una en la Oficina y devolviéndose la otra al remitente, sellada y firmada por el funcionario de Correos. En tal caso, quedará acreditado fehacientemente por un ente público (Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos) el hecho de la remisión y su destinatario, la fecha y hora de la misma y el *contenido*, todo lo cual figurará en el ejemplar del documento expedido que conserva el remitente, pero aún subsistirá la posibilidad de existencia de problemas con la acreditación de la efectiva recepción del documento por su destinatario.

Por ello, en la modalidad de «burofax con acuse de recibo» —si además es con certificación de texto—, puede decirse que los problemas apuntados quedan ya eliminados, ya que la acreditación oficial se extiende a que el documento, con un contenido cierto y determinado, ha sido recibido efectivamente por el destinatario, que lo ha aceptado, y asimismo con constancia de la hora de entrega. Esta modalidad es asimilable en su fehaciencia al telegrama con acuse de recibo, o al envío certificado con acuse de recibo de una carta abierta de la que se retenga copia sellada por el funcionario de Correos.

B. LA IDENTIDAD DEL REMITENTE

Otra de las dificultades que se plantean en relación con la contratación por medio de fax es el de la determinación de la identidad del remitente, y ello en dos sentidos: en el de concretar si quien remite es realmente uno de los contratantes y en el de que quien curse el mensaje sea una persona sin poder bastante para formular declaraciones de voluntad contractuales que después habrían de vincular al titular del aparato de fax.

En relación con el primero de los problemas apuntados, puede indicarse que la identificación del remitente (nombre o denominación social y teléfono) aparece al comienzo del texto recibido por el destinatario del mensaje y en la portadilla que usualmente se remite como inicio del documento transmitido. Sin embargo, tal constatación, en la medida en que depende de los datos suministrados por el

emisor, no es totalmente digna de crédito, al ser susceptible de manipulaciones y fraudes ⁶⁷.

No obstante, los documentos remitidos por fax, a semejanza de las cartas y a diferencia de otros medios totalmente mecánicos, como el telégrafo y el télex, constituyen ordinariamente autógrafos de su autor, pues, aun en los supuestos en que el texto esté mecanografiado, acostumbran a ir firmados autógrafamente por él ⁶⁸. Por ello, aun cuando lo que el destinatario obtiene de su aparato de fax es una copia, dado que tal copia es reproducción exacta del original, podrá el mismo determinar la identidad del autor del documento transmitido a través de la firma.

En cualquier caso, suele realizarse una confirmación telefónica (o por otro medio) de la correcta recepción del documento remitido, lo que reforzará el conocimiento de la identidad del remitente.

Asimismo, podrá hacerse constar aún más fehacientemente la identidad del remitente con la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 264 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, es decir, que un Notario legitime la firma del expedidor del documento en la forma usualmente empleada para la legitimación de firmas, estampando su signo, firma y rúbrica y el sello de la Notaría a continuación de la firma del expedidor.

Respecto al segundo problema planteado, el de que curse el mensaje una persona sin poder bastante para formular declaraciones de voluntad contractuales, que después habrían de vincular al titular de la máquina, puede seguirse una solución similar a la aplicada por los tribunales italianos respecto al uso del télex en la contratación.

En Italia se entiende que el titular tiene un deber de custodia y vigilancia sobre el aparato de télex (o bien —decimos nosotros— de fax), de modo que las emisiones incontroladas suponen una negligencia

⁶⁷ Así, por ej., cabe programar el propio aparato de fax con los datos de un tercero y remitir un documento, con una portadilla falsa —en la que consten los signos distintivos del referido tercero—, identificándose como ese tercero, con fines delictivos o simplemente *iocandi causa*.

⁶⁸ Cfr. ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, nota 70; y ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, págs. 213-214.

cia por su parte y, en consecuencia, le vinculan ⁶⁹, lo que en Derecho español encontraría apoyo en instituciones como la de la responsabilidad del principal por sus auxiliares (culpa *in vigilando* o *in eligendo*), y el que al poner a disposición de sus auxiliares la posibilidad de crear una apariencia jurídica (apariencia de contrato) debe pechar con las responsabilidades que originen por la creación de tales apariencias.

De tal modo, podemos entender igualmente que las emisiones incontroladas a través del aparato de fax vincularán a su titular, por negligencia y falta a su deber de custodia y vigilancia sobre tal aparato.

6. EL PROBLEMA DEL FAX QUE NO LLEGUE EFECTIVAMENTE A SU DESTINATARIO

Concluiremos haciendo referencia a la situación que se produce cuando el remitente envía un documento de carácter contractual a través del fax, en tiempo y forma, y sin embargo no llega a poder del destinatario, bien porque el documento haya sido recibido por el aparato de fax de éste, pero sin papel para imprimirlo, y por defecto del mismo no haya pasado el aviso de error en la transmisión al aparato del remitente ⁷⁰; bien porque, recibido correctamente el documento en el aparato de fax del destinatario, es interceptado por un tercero, sin que aquél llegue a tomar conocimiento efectivo del mismo. Este problema ha sido estudiado por la doctrina con carácter general en relación con los contratos por correspondencia.

La no recepción no ha de ser imputable al destinatario. En caso contrario (por ejemplo, falta de papel o defectos en el aparato por falta de mantenimiento del mismo, o retirada del documento por un

⁶⁹ En tal sentido, también, ROGEL: «Momento y lugar...», *op. cit.*, nota 94.

⁷⁰ O bien que se trate de uno de los modelos que, aun sin papel de impresión y por contar con memoria al efecto, no pase tal aviso de error, al guardar el documento en su memoria. En situación normal, el destinatario obtendrá el documento cuando reponga el papel en el aparato, con lo cual no se producirá el problema que ahora examinamos, pero si en el ínterin se produce una interrupción del suministro eléctrico, el documento guardado en memoria se perderá igual que en el caso expuesto en el texto.

auxiliar suyo que luego no se lo comunica —lo que le será imputable por culpa *in vigilando* o *in eligendo*—), debemos distinguir:

a) Si el contrato es civil y se trata de la no recepción de la aceptación por causas imputables al oferente, dada la interpretación que vimos que la doctrina mayoritaria realiza —desde la óptica de la teoría de la recepción— de la solución del Código, según la cual la posibilidad de conocimiento se equipara al efectivo conocimiento, debemos entender que en tales casos el contrato se perfecciona: bastaría la prueba de la posibilidad de conocimiento por el oferente (remisión de la aceptación y recepción por el aparato del oferente), para que se presuma que si aquél no llegó a conocer la aceptación fue por culpa suya, habiendo él de asumir la carga de la prueba en contrario ⁷¹.

b) Si el contrato es mercantil, en el supuesto del apartado anterior, dado que de acuerdo con el CCom. se perfecciona cuando la aceptación se emite (o se expide, según otros autores), no habrá problema alguno: conózcase o no la aceptación por el oferente, el contrato quedará perfeccionado.

c) Si lo no recibido es la oferta por el potencial aceptante, tanto sea en el ámbito civil como en el mercantil, la misma no pasará de una simple oferta, que no encontrará —por desconocimiento de su existencia por su destinatario— una aceptación que llegue a perfeccionar el hipotético contrato.

En caso de que no sea imputable al destinatario la falta de recepción (sustracción del documento por terceros ajenos a él, defectos en el aparato emisor...) y éste así lo pruebe —caso que entendemos será difícil de darse en la realidad—, la solución en relación con los supuestos examinados en los apartados b) y c) será idéntica a la anteriormente dada.

En cambio, si el contrato es civil y se trata del no conocimiento de la aceptación por parte del oferente, sin que le sea imputable, dado que el CC sigue la teoría del conocimiento y en este caso no cabe aplicar la interpretación correctora que realiza la doctrina, por no ser imputable al oferente la falta de conocimiento de la acepta-

⁷¹ *Vid.* lo expuesto más arriba, y los autores citados en la nota 14.

ción, debemos entender que no llega a perfeccionarse el contrato (recordemos que el artículo 1.262.II CC dice que «la aceptación hecha por carta —en este caso, por fax— no obliga al que hizo la oferta sino *desde que llegó a su conocimiento*»): en la medida en que no se produce el conocimiento exigido legalmente, y tal falta de conocimiento no le es imputable al oferente, la aceptación «no obliga» a éste, por lo que el contrato no llega a su perfección y la aceptación deviene ineficaz, en línea con la solución establecida en el artículo 224.3 del CC portugués ⁷², salvo que llegue a conocimiento del oferente por otro medio.

⁷² *Vid., supra*, nota 17.