

El Perfeccionamiento de los Contratos

Fernando Moreno Morejón

El Perfeccionamiento de los Contratos

ISBN: 978-9942-27-090-0

Edición y Corrección
Lic. Marilin Balmaseda Mederos, MSc.

Diagramación y maquetación en \LaTeX
Ing. Rodolfo Barbeito Rodríguez

Diseño de cubierta
DG. Alexander Javier Campoverde Jaramillo

Segunda Edición, 2019

© Sobre la presente edición: Universidad Católica de
Cuenca

Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

Índice general

Lista de Abreviaturas	VII
1. Introducción	1
1.1. La Autonomía de la Voluntad	3
1.1.1. La autonomía de la voluntad	3
1.2. La autonomía de la voluntad y los contratos de adhesión.	7
1.3. El Consentimiento Contractual y las Modernas Tecnolo- gíasentimiento Contractual y las Modernas Tecnologías	9
1.3.1. Los medios de comunicación	9
1.4. Elementos del Contrato	11
1.4.1. Consentimiento	11
1.4.1.1. Oferta y aceptación	12
1.4.1.2. Vicios del consentimiento	15
1.4.1.3. Error	20
1.4.1.4. Violencia e intimidación	25
1.4.1.5. Dolo	26
1.5. El Objeto	27
1.6. Causa	29
1.7. Forma	30
2. La perfección de los contratos	33
2.1. Clasificación de los contratos desde el punto de vista de su forma de contratación: ausentes y presentes . . .	33
2.2. Los contratos de formación sucesiva y los de formación instantánea. Los medios de comunicación	37
2.3. Relevancia del instrumento de comunicación empleado durante el proceso de formación contractual	38
2.3.1. Las cartas	38
2.3.2. El telégrafo	39
2.3.3. Nuncio o mensajero	41
2.3.4. El teléfono	42
2.3.5. El télex	45

2.3.6. El telefacsimilar	45
2.3.7. El correo electrónico (E-mail)	47
2.3.8. El intercambio electrónico de datos (EDI)	50
3. Diversas Teorías sobre el Momento de Perfección del Contrato entre Partes no Presentes	61
3.1. La teoría de la declaración o exteriorización	65
3.2. La teoría de la expedición	68
3.3. La teoría de la recepción	70
3.4. La teoría del conocimiento, cognición o información	71
4. La Perfección del Contrato en el Derecho español no Uniforme, y en el Derecho ecuatoriano	73
4.1. La perfección del contrato en el Código de Comercio	73
4.1.1. El artículo 54 y artículo 145 del Código de Comercio ESPAÑOL Y ECUATORIANO	74
4.1.1.1. Momento de perfección del contrato	76
4.1.1.2. Fundamentación de la regla	79
4.1.1.3. Interrupción de los mensajes en curso	83
4.2. La perfección del contrato en el Código Civil	89
4.2.1. La consecución del consentimiento contractual	90
4.2.2. El momento de perfección del contrato por carta	92
4.2.3. El momento de perfección de la contratación telefónica	95
4.2.4. El momento de perfección del contrato celebrado por medio de mensajero	96
4.2.5. El momento de perfección del contrato por télex	96
4.2.6. El momento de perfección del contrato por fax o telefax	96
4.2.7. El momento de perfección del contrato por telégrafo	97
4.3. La perfección del contrato en la convención de Viena	97
4.3.1. La oferta	99
4.3.1.1. Existencia de una oferta	99
4.3.1.2. Eficacia de la oferta	101
4.3.1.3. Definición del término llega	110
4.3.1.4. Declaraciones realizadas verbalmente	114
4.3.1.5. Declaraciones realizadas por medio de actos	118
4.3.1.6. Declaraciones realizadas por otros medios de comu- nicación	118

4.3.2. La teoría de la recepción	119
4.3.2.1. Impedimentos de la llegada	124
5. La Perfección del Contrato Electrónico	125
5.1. Antecedentes	125
5.2. Momento de perfección	130
5.3. Lugar de perfección del contrato	139
6. Conclusión	143
7. Índice de Jurisprudencia	149
Referencias Bibliográficas	151
Referencias	152

Lista de Abreviaturas

AC Actualidad Civil

ADC Anuario de Derecho Civil

Art.: Artículo

BOE Boletín Oficial del Estado Español

CC Código Civil

Cco Código de Comercio

CNUDMI-UNCITRAL Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CV Convención de Viena

EDI Intercambio electrónico de datos

LODCE Ley Orgánica de Defensa al Consumidor

p página

pp páginas

RA Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDN Revista de Derecho Notarial

RDP Revista de Derecho Privado

Ss Siguietes

STS Sentencia del Tribunal Supremo

Capítulo 1

Introducción

La voluntad como base del contrato

Desde siempre la búsqueda de seguridad y estabilidad en las relaciones contractuales ha sido el motor que ha llevado a los legisladores a establecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos, los requisitos generales para el perfeccionamiento de los contratos.

El auge que han experimentado a principios de siglo los intercambios comerciales, debido a la mejora y rapidez de los medios de comunicación ha obligado a la aparición de leyes que traten de algún modo de ir a tono con esos adelantos, las existentes se revelaban insuficientes para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producían, pero en gran medida las leyes creadas se han mostrado limitadas, ya que muchas de ellas son del siglo pasado, no solo adolecen de graves lagunas, sino que se presentan como instrumentos inadecuados para regular un tema tan álgido como es el perfeccionamiento de los contratos electrónicos.

En este marco no es raro, que sean múltiples los esfuerzos unificadores que a largo del presente siglo tratan de sustituir las re-

glas nacionales por un conjunto de disposiciones mas adecuadas para satisfacer los intereses de la comunidad internacional de comerciantes. Esfuerzos que fueron analizados por organismos internacionales, entre estos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, La Conferencia de la Haya de Derecho Privado, La Cámara de Comercio Internacional.

En este entorno tenemos que cuando la voluntad consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de este a la vida jurídica .

El contrato, no existe propiamente hasta que se reúnen todos sus elementos constitutivos o esenciales, de modo que aparezca como entidad con existencia independiente, dotada de validez y eficacia en el campo jurídico. Es en este momento cuando podemos afirmar que el contrato es perfecto.

Nuestro análisis se centra en la llamada fase de perfección del contrato. En relación con la formación del contrato la doctrina ha adoptado diferentes posiciones. Un sector doctrinal divide la formación del contrato en dos fases de distinto carácter: uno interno y otro externo.

Sin embargo, otros estudiosos de la materia observan en el iter formativo del contrato tres momentos sucesivos, a saber: generación, perfección y consumación. Las fases del contrato son señaladas someramente; este trabajo se centra en el estudio de una de ellas, la llamada perfección. Ahora bien, se hace preciso delimitar aun mas el campo de trabajo en el sentido de que vamos a centrarnos en los problemas que se plantean en torno a la concurrencia de voluntades de las partes contratantes, a los tipos de contratos, instrumentos empleados en el proceso de formación contractual, a las teorías sobre el momento de perfección del contrato, y la perfección en los Códigos Civiles de Comercio, en el Convenio de Viena, y los Contratos electrónicos.

Presentada la temática objeto del análisis, la autonomía de la voluntad se ha constituido en el centro y base de la contratación. Dicha autonomía de la voluntad posibilita la flexibilización de las formas contractuales, hasta el punto que hoy se puede llegar a contratar, a través de medios informáticos como un ordenador, y re-

ducir la aceptación a una mera pulsación del «enter», debido a ello son muchas las interrogantes y cuestiones que se han abierto en el comercio electrónico, en la celebración de negocios jurídicos, en general, y en su perfeccionamiento, en particular, que afloran en el desarrollo de cualquier actividad económica donde se utilicen medios electrónicos. Lo que ha determinado buscar alternativas en pro de la seguridad técnica y jurídica. A ello contribuyen las disposiciones generales que en esta materia van apareciendo y la autorregulación que los propios operadores económicos se van imponiendo.

La contratación electrónica, como supuesto de contratación entre ausentes, implica la necesidad de determinar el momento de celebración del mismo, el momento de conjunción de las voluntades que perfeccionan el contrato.

En principio parece más fácil determinar el momento de emisión que el momento de la recepción de la declaración de voluntad por medios electrónicos Y al convertirse en una materia cuya problemática traspasa las fronteras nacionales necesita en muchos ámbitos soluciones transfronterizas.

1.1 La Autonomía de la Voluntad

1.1.1 La autonomía de la voluntad

El contrato pertenece a la esfera del derecho voluntario, regido por la autonomía de la voluntad, esta pertenencia no es absoluta, ya que se establece una serie de normas generales de la contratación en un intento de garantizar, en la medida de lo posible, la justicia y la buena fe arts. 1.254 al 1.314 del Código Civil español (artículos 1.486 al 1.849 del código civil ecuatoriano). Sin embargo, es, en las legislaciones más modernas donde encontramos amplias limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, sobre todo en aquellas materias que podríamos encuadrar dentro del derecho social, o dicho de otro modo, en el entorno socio-económico. Al respecto señala Castan¹, “hay que reconocer que la legislación civil

¹CASTAN TOBEÑAS J.: *Derecho Civil español Común y Foral*, Reus S. A., vol., III, Madrid, 1983, p.513.

tiene un excesivo respeto a las convenciones privadas, en detrimento de la equidad y de las exigencias morales; si podemos plantear «inconvenientes» a un excesivo respeto a la autonomía de la voluntad en la contratación ordinaria, con mucha más razón ha de tratarse de forma exquisita en los contratos en que las partes utilizan un medio electrónico”. Se plantea así la cuestión de la trascendentalidad de la decisión privada en cuanto a los medios a utilizar para perfeccionar un contrato.

El empleo de medios electrónicos en la contratación puede ser determinante, no solo como vía de enlace, sino incluso como órganos decisorios ante unos estímulos determinados.

Si partimos de la premisa de que las partes no necesitan ponerse de acuerdo, previamente, en la utilización de estas modernas técnicas para contratar, en vista que para la perfección de un contrato se requiere el acuerdo de voluntades, mientras no coincidan oferta y aceptación no hay contrato. Las partes han de manifestar su voluntad y desde el momento en que hay coincidencia de voluntades habrá contrato, es decir solo la voluntad declarada es susceptible de producir efectos jurídicos-contractuales determinantes², pero a mi

²DAVARA RODRÍGUEZ M. A.: *Derecho informático*, Pamplona, 1993, p.196-197 quien opina que los ordenadores no contratan ni contraen obligaciones. Los medios informáticos son un instrumento que utiliza el ser humano, quien es sujeto de derechos y obligaciones. Utiliza una aplicación informática para que el ordenador opere en un determinado sentido. El programa del ordenador contiene las instrucciones y condiciones bajo las cuales se indica que el ordenador proceda a emitir una orden en un determinado sentido. En el ámbito contractual, tal orden podrá consistir en la emisión de una oferta o una aceptación con las consiguientes consecuencias jurídicas. No es que la aplicación informática se deba considerar como una oferta, aceptación o contrato sometido a condición. Las instrucciones al ordenador no constituyen manifestación de voluntad frente a terceros que generen obligaciones. Son un instrumento al servicio de la toma de decisiones. Cuando se den las circunstancias programadas, se producirá hacia fuera con relevancia jurídica, naciendo las obligaciones jurídicas que vinculan, evidentemente, a un sujeto jurídicamente imputable, no a una máquina inimputable. RAMS ALBESA J.: “Comentarios al Código Civil”, *Revista de Derecho Privado* tomo XVII p.17

criterio es necesario que la exteriorización coincida con la voluntad negocial de quien la exterioriza

Nuestros Códigos Civiles prescinden de la forma como requisito para la validez de los contratos, como se deduce de los artículos 1.261 CC español (que carece de toda referencia a la forma) o el art. 1.258 CC español (Artículo 1.561, 1576 y ss. del código civil ecuatoriano); similar línea sigue el art. 51 del Código de Comercio español, y el artículo 11 del Convenio de Viena.

De lo apuntado se colige que el principio de la autonomía de la voluntad debe extenderse a la libre elección de la forma, es decir, de la manera que puede exteriorizarse el consentimiento, ya que la declaración o exteriorización de la voluntad en su forma electrónica no debe ser obstáculo para la validez y eficacia del contrato. Por este motivo los contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica tendrán plena validez legal y producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico conforme a las normas generales relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos.

En este entorno las declaraciones de voluntad electrónicas, según Ruiz Barriuso³ tienen particularidades características, a saber:

- a) la desmaterialización del documento electrónico,
- b) la esencialidad de los mensajes ante la existencia de acuerdos previos o configuraciones explícitas
- c) la incorporeidad de las relaciones, lo que se manifiesta en la ausencia física de las partes
- d) la aparición de transferencias y flujo de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos.

En el principio de la autonomía de la voluntad al extenderse a las comunicaciones de mensajes electrónicos, las partes pueden establecer lo que estimen conveniente salvo norma específica en contrario, y cuyo límite legal a la voluntad para contratar por estos medios se refiere a los requisitos legales de los mensajes electrónicos, ya que su aplicación tiene carácter de *ius cogens* y, por tanto, las

³BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Dykinson, Madrid:1999.p.136

partes no pueden disponer sobre los derechos que se contienen en el mismo. Concretamente los supuestos relativos al reconocimiento jurídico, la naturaleza escrita y de originalidad, y admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes electrónicos.

Es evidente de que si se puede utilizar cualquier medio o forma de celebración, se puede expresar la voluntad en un documento plasmado en papel, nada obsta que esa expresión de voluntad se manifieste por medios electrónicos y se recoja en un documento electrónico. Tal criterio se contiene en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en su art. 11 “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”, la Ley Ecuatoriana de idéntica forma en el Capítulo II De la Contratación Electrónica y Telemática en su Art.4 dice “Validez de los contratos electrónicos.- Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o mas mensajes de datos”, optando por establecer la equivalencia funcional, entendiéndose por ella la posibilidad de utilizar medios electrónicos con los mismos efectos jurídicos que si se utilizase el soporte papel.

“La Ley Modelo establece: a) Una norma general establecida en el art. 5: No se niega eficacia jurídica porque la información conste en forma electrónica. b) Equivalencia funcional de: Escrito; cuando la información en soporte electrónico esta disponible para ulterior consulta art.6. Firma; si se utiliza un método fiable y adecuado de atribución de la información –mensaje de datos- a un sujeto determinado e identificado art. 7. Original: Si existe garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se genero por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma art.8”⁴.

Hay que aclarar que los documentos electrónicos no pueden por se sustituir la exigencia de la forma documental publica, dado que la equivalencia se establece en relación con los documentos

⁴MADRID PARRA A.: “El negocio jurídico Electrónico”, *Revista de la Contratación Electrónica*, Nro.28, Junio 2002.

privados. Sin perjuicio, de admitir de que en un futuro el documento electrónico y la escritura pública virtual sean una realidad

1.2 La autonomía de la voluntad y los contratos de adhesión.

Saleilles⁵ define los contratos de adhesión como “aquéllos en que el contenido o condiciones de la reglamentación son obra de una sola de las partes, de tal modo que el contrayente no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria orientación bilateral del contenido del vínculo, por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente”.

Los contratos de adhesión, son aquellos en los que, una de las partes fija de manera unilateral las cláusulas del contrato y la otra parte, voluntariamente pero sin modificar nada del contenido del mismo, se adhiere a ellas, son producto de la contratación en masa que, en múltiples ocasiones, viola los derechos de los consumidores por el posible desequilibrio -a veces, gran desequilibrio- que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato.

Este tipo de contratos son necesarios y se debe someter a un control administrativo que garantice el principio de libertad contractual (libre facultad de los particulares para celebrar negocios jurídicos que les plazca, determinar su contenido, efectos, duración, siempre estén contenidos en los límites de la ley, y sean reconocidos por esta, recibiendo de ella fuerza obligatoria; lo cual esta consagrada en la Constitución Política de la República del Ecuador en

⁵SALEILLES.: *Declaration de Volonte*, Paris, 1901. VALPUESTA FERNÁNDEZ Ma. R.: *Teoría General del Contrato, en: el Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y contratos*, Tirand lo blanch. Valencia, 2001.p.232-233, para quien desde la perspectiva de las partes, el consentimiento es la manifestación de su autonomía de voluntad, dirigida a la celebración de un determinado contrato, y ha de recaer sobre los distintos extremos que lo conforman, con independencia de que el contenido del mismo haya sido fijado de común acuerdo, o haya sido propuesto por una sola de las partes.

el Art.66 numeral 16 y 26, y en el Art.1561 Código Civil que permiten la renuncia de los derechos y que confieren carácter de ley para las partes al contrato legalmente celebrado, respectivamente), y de libre emisión de la voluntad sin error o coacción, pero, independientemente de ello, implican, por lo general, un debilitamiento de la autonomía de la voluntad de los contratantes reconocida y reflejada con el Código Civil, ya que son contratos en los que existe una voluntad predominante de una parte, en contraposición a una voluntad debilitada que se manifiesta por la mera adhesión del usuario.

Es evidente que este tipo de contratos son necesarios y no los vamos a cuestionar ahora, pero en ellos se producen con frecuencia situaciones abusivas y en la práctica podría observarse, cómo la empresa económicamente más fuerte, adquiere una posición privilegiada en la contratación y obliga a la utilización de estos medios para sus futuros negocios, sin ofrecer medidas suficientes de garantía y forzando de tal forma a la otra parte, que podría llegar a viciar no solo el contrato de que se trate, sino todos los futuros contratos que con base en éste se celebraren.

Es insuficiente la garantía que nuestros Código Civil establecen, y exigen es necesario, una reglamentación precisa del legislador, que garantice la bilateralidad y equidad en los contratos (sin olvidar el art. 51 del Código de Comercio, y la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, la Ley de Comercio Minorista entre la legislación aplicable en España, y el art. 41 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor Ecuatoriana).

En la legislación española, se establece un deber de información que se le impone al prestador de servicio en la fase precontractual respecto de los contenidos de las comunicaciones comerciales, descuentos, premios y las condiciones para su concesión y en la fase de formación del contrato información previa, sobre los pasos a seguir para adquirirlo en red, en forma permanente, fácil, directa y gratuita, obligación que se entenderá cumplida si el empresario la incluye en su pagina o sitio en las condiciones señaladas. Finalmente, los datos sobre la forma de contratar deberán ofrecerse de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de iniciar el procedimiento de contratación.

Por otra parte, si el empresario que contrata en forma electrónica quiere que sus contratos estén sometidos a condiciones generales deberá previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquella, el disponente deberá facilitar al adherente, de modo eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle por cualquier medio apropiado a la técnica de comunicación a distancia utilizada. La omisión o cumplimiento defectuoso del deber, autoriza al consumidor adherente para resolver el contrato, en los casos en que el mismo se hubiere celebrado.

Pero en el caso de sitios web, el cumplimiento de dichos presupuestos es complejo, por lo que se entenderá cumplidos si el profesional del comercio tiene las condiciones del contrato en su página web, de manera que cualquier consumidor interesado pueda conocerla cuando se conecta a dicha página.

El tema de los contratos de adhesión ha sido regulado por la legislación Ecuatoriana del artículo 41 al 44 LODCE. En ellas se establecen que estos tipos de contratos deberán ser redactados en términos claros, que sean comprensibles e impresos en caracteres legibles y visibles. Igualmente, se destacan como cláusulas abusivas contra el consumidor y por tanto prohibidas, las que otorguen al proveedor la facultad de resolver unilateralmente el contrato sin ningún tipo de contraprestación o indemnización, que eximan, atenuen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios en el bien o el servicio; impliquen renuncia o limiten el ejercicio de los derechos del consumidor; permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones del contrato.

1.3 El Consentimiento Contractual y las Modernas Tecnologías

1.3.1 Los medios de comunicación

Los modernos medios de comunicación traen un evidente cambio en los aspectos de la contratación ordinaria. La utilización del teléfono, el fax, de las modernas computadoras, y su intromisión

en el mundo contractual, tienen indudablemente que modificar aspectos de tal importancia, como el lugar de perfeccionamiento del contrato, el tipo, o incluso el propio contenido del contrato sobre el que recaerá el acuerdo. Debido a la influencia de los modernos medios de comunicación, y más concretamente de los medios informáticos, tendremos que partir de la teoría general de las obligaciones y contratos, intentando adaptar una, en ocasiones, trasnochada regulación antiquísimas a una sociedad cada día más tecnificada y moderna.

El consentimiento contractual es el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran. Siendo el contrato un negocio bilateral requiere para su perfección plena coincidencia de las voluntades de los sujetos intervinientes⁶.

A juicio de Fubini, solo la intención de las partes que han constituido el contrato complejo, puede dar un criterio positivo para resolver las dificultades y dudas que puedan surgir. Pero esta teoría, de indudable validez en la actualidad, ha de estudiarse desde una realidad mucho más complicada que la que parece contemplar el citado autor. La capacidad de los contratantes, e incluso la identificación de los mismos, adquiere una complejidad inusitada, si pretendemos que los modernos medios de comunicación faciliten nuestro tráfico jurídico.

La calidad en el diálogo de los contratantes se ve afectada e incluso dificultada, en cierto modo, por los medios técnicos que se utilicen. Los vicios del consentimiento, sobre todo el error, se ven caracterizados por estos nuevos instrumentos de contratación, pudiendo aparecer en distintos momentos o fases de aquella.

Si el perfeccionamiento del contrato se llevó a cabo mediante un acuerdo de voluntades, la contratación es indiscutible, y no acarrearía ningún problema cuando las partes están presentes en el momento de la oferta y de la aceptación; pero si para una contratación moderna, exigimos unos requisitos propios del siglo XIX, no solamente resultaría de una excesiva lentitud, sino que alcanzaría-

⁶VALPUESTA FERNÁNDEZ Ma. R.: *Teoría General del Contrato: en el Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y contratos*, Tirand lo blanch. Valencia, 2001.p.232-233.

mos unas peligrosas consecuencias, al darse un importante desfase entre la realidad social, y un mundo jurídico anclado en planteamientos decimonónicos.

1.4 Elementos del Contrato

Como elementos esenciales del contrato, el art. 1.261 del Código Civil español, (artículo 1.461 del Código Civil ecuatoriano), establece el consentimiento, un objeto cierto y una causa de la obligación. Dado que la complicada teoría de la causa, en ningún momento se va a ver afectada de modo esencial por la utilización de uno u otro medio de contratación.

1.4.1 Consentimiento

El consentimiento (de sentiré cum) consiste en la concordancia de las dos o mas voluntades (declaradas) de las partes que celebren el contrato. En otro caso, no hay consenso, hay disenso y, entonces, no llega a formarse el contrato.

1.4.1.1 Oferta y aceptación⁷

La perfección en el Derecho moderno, por lo que se refiere a los contratos consensuales, se determina por la simple concurrencia del consentimiento, y éste se produce de ordinario, por el concurso de la oferta y de la aceptación, esto es, por una coincidencia de voluntades. La proposición y la aceptación recaerán sobre la cosa y la causa del contrato, coincidiendo en todos sus extremos, si bien desde perspectivas diferentes; pero si la oferta y la aceptación plantean problemas en una contratación directa, en la que no intervengan los modernos medios de comunicación, estos problemas se agudizan por la presencia de los mismos⁸.

⁷CARRASCO BLANC, H.: "Aspectos de la formación del consentimiento electrónico", *Revista Electrónica de Derecho Informático*, No.12, 1999. quien al hablar de la oferta electrónica dice que es aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedara perfecta con la sola aquiescencia de esta, de esto se deduce que el autor parte del supuesto que al oferta electrónica constituye una oferta escrita, ya que es un texto alfa numérico o grafico en lenguaje de bits. Tratándose de la aceptación electrónica dice que es aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y o medios informáticos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella, es decir también la aceptación electrónica se considerada como aceptación escrita.

CASTAN TOBEÑAS J.: *Derecho Civil español Común y Foral*, Reus S.A., Vol. III, Madrid, 1983, p .605, quien manifiesta que en la propuesta de contrato debe reunir los siguientes requisitos 1. Ha de ser emitida con la intención de obligarse el oferente contractualmente. 2. Ha de ser concreta, de tal modo que contenga todos los elementos esenciales que sean necesarios para la conclusión del contrato. 3. Debe ser dirigida a la persona con la cual el proponente quiere concluir el contrato.

⁸Siguiendo a Cavanillas Mugica, Carlos Martínez de Aguirre, habla de despersonalización, ya que el contratante aparece identificado por un código o clave y escencialización por cuanto por razones de economía y seguridad, la expresión del consentimiento se remite a los clausulados previamente dispuestos, MARTINEZ DE AGUIRRE, C.: "Las nuevas

La propuesta del contrato deberá reunir los siguientes requisitos: 1) ha de ser inequívoca, 2) ha de ser completa, 3) ha de estar vigente en el momento de producirse la aceptación, esto quiere decir que debe haber la intención de obligarse. El oferente-contratante ha de ser preciso en cuanto a la oferta, que contendrá todos los elementos esenciales para que la contratación se lleve a efecto; y por último, 4) ha de ser dirigida a la persona con la que se quiere contratar.

Si bien, esto admite excepciones en la moderna vida negocial⁹, como son las ofertas realizadas por correo electrónico (E-mail), las cuales se envían a ordenadores determinados, aunque en la mayoría de ocasiones constituyen correspondencia o despachos epistolares electrónicos, y por lo tanto no pueden ser consideradas ofertas; y, en línea (on line) en redes de comunicación abiertas como Internet, se tiene acceso navegando por diferentes páginas, pero estas no llegan a nuestros ordenadores, sino que se accede a ellas a través de visitas a cierto sitios, razón por la cual constituyen ofertas a personas indeterminadas. Esto último es de vital importancia para determinar el lugar de emisión de la oferta, que por lo general fija el lugar donde se entiende celebrado el contrato.

Las ofertas electrónicas pueden ser a personas determinadas o a personas indeterminadas. Las primeras son perfectamente válidas. Las ofertas a personas indeterminadas pueden a su vez ser expresas

coordinadas del Derecho de la Contratación”, *Actualidad Civil*, 14-4, 10 de Abril de 1994.

⁹GUISADO MORENO A.: *Formación y perfeccionamiento del Contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.178, 179, quien dice que si la oferta expuesta en la pagina web no contiene dispositivo técnico de aceptación, o la misma es incompleta, no estaremos en una verdadera oferta, sino, muy probablemente, ante un anuncio publicitario o una simple invitación a contratar, así mismo distingue websites activas y las pasivas, en las primeras la empresa proveedora promueve la comercialización, pudiendo producir los efectos jurídicos propios de las declaraciones de voluntad recepticias y, dado su carácter vinculante, obligar al oferente a contratar en las condiciones preestablecidas en tanto no la revoque o modifique, en cambio en las segundas es un espacio en la red en la que se ubica una oferta genérica de productos y o servicios, constituyendo mas que una oferta real, una invitatio ad offerendum

o tácitas. Estas ofertas electrónicas que no se dirigen a una persona en particular pueden considerarse válidas si cumplen los requisitos exigidos por la legislación.

La extinción de la oferta se produce en los siguientes casos: 1) cuando es rechazada o alterada por el destinatario no es conforme o correlativa a la oferta no habrá aceptación sino contraoferta, 2) por cumplimiento del plazo en el supuesto que se haya señalado, 3) por la muerte o la incapacidad del oferente que sobreviene en un momento previo a su aceptación, e incluso después de haber sido aceptado si el hecho de la aceptación no ha podido ser conocido por el oferente, y 4) por su retirada o revocación en cualquier momento previo a la perfección del contrato.

Por otra parte, la aceptación debe ser pura, y corresponder exactamente a la propuesta, dado que en otro caso, sería una contrapropuesta o nueva oferta; y evidentemente, ha de ir dirigida al oferente con el propósito serio de celebrar contrato, debiendo hacerse dentro del plazo que expresa o tácitamente conlleva la oferta.

La aceptación electrónica puede ser clasificada como expresa o tácita, como pura y simple y aceptación condicional.

La aceptación pura y simple es aquella en que se demuestra total concordancia con la oferta realizada. En cambio, la aceptación condicional se emite con reservas que modifican los términos de la oferta, lo cual sería considerado como una nueva oferta.

En el caso de las ofertas que se hacen en página Web, u ofertas on line, por tener carácter permanente, resulta muy difícil que se pueda producir caducidad, toda vez que el cliente compra en el mismo momento en que accede a la respectiva página. La caducidad se podría dar cuando el cliente no adquiere de inmediato el producto, sino por el contrario decide pensarlo y, posteriormente accede de nuevo a la página donde puede encontrarse con que la oferta ha sido retirada o han cambiado sus condiciones.

Tratándose de las ofertas enviadas por correo electrónico, no hay inconveniente para hacer efectiva la caducidad de las mismas, porque siendo dirigidas a personas determinadas, el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que se haya dispuesto otra cosa entre las partes.

El problema de utilizar medios electrónicos en la contratación, es la calidad del diálogo, imprescindible en la celebración de un contrato.

Es cierto que la utilización de estas nuevas técnicas agiliza los trámites contractuales, pero esta «rapidez», puede llevar a determinar la formación de la voluntad de una de las partes. Son pues de aplicación los arts. 1.265 y ss del Código Civil, (artículo 1.467 al 1485 del código civil ecuatoriano) en cuanto a los vicios del consentimiento. En la contratación electrónica, la voluntad se forma o manifiesta según el sector doctrinal que sigamos, así para un sector doctrinal con el que no estoy de acuerdo, la voluntad se dice que se forma en dos o incluso en tres fases diferentes: en la primera de ellas, las partes acuerdan utilizar estos instrumentos para la conclusión de sus contratos, en ese mismo momento o con posterioridad, se elaborará y aceptará el programa que contendrá la llamada voluntad potencial, referente al *modus operandi* de la contratación; y por último la ejecución de ese programa que supone la expresión de la voluntad que perfecciona un contrato determinado.

No obstante, hemos de reconocer que si se garantiza la libre voluntad de los contratantes en cuanto a la utilización de estos medios, y el objeto del contrato es una materia perfectamente determinada, invariable y que los contratantes conocen, los problemas de contratación se reducirían a garantizar la identidad de los contratantes, y la seguridad de los datos recibidos.

1.4.1.2 Vicios del consentimiento

Los contratantes han de estar perfectamente identificados, con capacidad suficiente para obligarse, tener y manifestar su intención de forma absolutamente libre, de contratar con un sujeto determinado, sobre un objeto cierto, y con unas condiciones predefinidas.

En primer lugar, la identificación de las partes intervinientes –emisor de la oferta, coincidente con el emisor telemático del mensaje, y aceptante, coincidente con el receptor telemático que, a su vez, se convierte en emisor para transmitir la aceptación- y la autenticación- coincidencia de contenido en cuanto a datos e in-

formación de lo emitido con lo recibido y que forma la base de la aceptación.

En la contratación tradicional es preciso emplear como elemento de identificación el nombre de las partes contratantes, y tratándose del derecho objetivo ecuatoriano la Ley de Registro Civil exige como elemento de identificación que las partidas de nacimiento deban contener el nombre y apellido del nacido. El Derecho común contemplan reglas, que flexibilizan las exigencias de identificación por ejemplo al realizar asignaciones testamentarias, al llevar a cabo la tradición, o al constituir o modificar sociedades, se podría admitir la existencia de un sistema que no sea rígido a la hora de identificar los sujetos de un contrato celebrado por medios electrónicos, dando validez a la identificación de las partes a través de login o password o cualquier otra forma de identificación electrónica.

Hasta ahora la legislación Ecuatoriana, no contempla reglas específicas sobre la identificación de las partes en la contratación electrónica, admitiendo el empleo de firma electrónica simple como firma electrónica avanzada, pero solo a esta última le confiere el valor probatorio de plena prueba cuando se estampa en instrumentos públicos y privados.

Por lo expresado anteriormente, al no existir prohibición expresa a la hora de contratar por medios electrónicos, es factible el uso de otros mecanismos de identificación, dentro de los cuales encontramos las passwords o login, y los nombres de dominio.

En segundo lugar, el sujeto contratante debe tener capacidad para obligarse, y así el art. 1.263 del Código Civil español (artículo 1.462 y 1.463 el Código Civil ecuatoriano), establece que “no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados y los incapacitados”. Pero en realidad la dicción de estos artículos, que resulta anacrónico al relacionarlo con la regulación de la incapacidad de nuestros Códigos Civil, no debió utilizar la expresión “no pueden prestar consentimiento”, sino “no tendrán capacidad para contratar”¹⁰.

¹⁰RAMS ALBESA J.: “Comentarios al Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XVII, p.20, quien opina que la falta de capacidad natural, es decir, la carencia del discernimiento mínimo para entender y querer los efectos jurídicos y prácticos que la volición contractual debe

Nuestros legisladores optan así, por una regulación negativa de la incapacidad, siendo capaces para contratar, todas aquellas personas a quienes la ley no impida expresamente para dicha actividad, viniendo a coincidir la capacidad de contratar con la capacidad de obrar.

En los contratos que ahora estudiamos y dada la necesidad de conocer unas claves de acceso, la incapacidad debe, por lógica, ser sobrevenida, y máxime cuando el actual incapaz manifiesta una voluntad viciada, precisamente por su falta de capacidad, creando una situación contractual anulable, pudiendo, eso si, ser ratificada por su representante legal.

La contratación que nos ocupa, en la actualidad se circunscribe, casi en su totalidad, al ámbito empresarial, con lo cual debemos atender a las limitaciones que pudiera tener el representante legal del nuevo incapaz, para ratificar un acuerdo de voluntad de tipo comercial.

llevar consigo. Sea esta carencia permanente o temporal, presupone la falta de consentimiento, y a esta radical ausencia no se le puede aplicar directa o indirectamente los efectos que el Derecho positivo predica de la incapacidad legal, que no es un elemento contractual esencial, sino presupuesto legal del contrato. Así, la falta de capacidad natural se tiene que predicar para aquellos sujetos que, siendo jurídicamente capaces, se encuentran en un estado tal que no pueden prestar consentimiento consciente o no pueden valor las consecuencias que de la prestación del mismo se derivan. ALBALADEJO M.: *Derecho Civil II Derecho de las Obligaciones*, J. M. Bosch. Barcelona, 2002. p.372-375, quien dice que no pueden en principio celebrar ningún contrato, las personas que carecen en general de capacidad de obrar patrimonial Inter. Vivos como son: 1.- Los menores no emancipados que no vivan con independencia de sus padres, 2.- Los que hayan sido incapacitados por sentencia judicial, en el sector a que la incapacidad alcance, pero son también incapaces para contratar 1.- Los concursados y quebrados, 2.- Las personas que, por la razón que sea, y con independencia de su estado civil, carezcan (transitoriamente o permanentemente), y mientras que carezcan, de entendimiento y voluntad, personas que podrán ser capaces o no, pero que, en tanto les falten aquellos, no están en condiciones de realizar validamente ningún contrato.

Un problema diferente se plantea por la falta de representación, así nos podemos encontrar con que alguien actúe en nombre de otra persona, teniendo poder para ella. Evidentemente la contratación en estos casos, es perfecta y vincula a la persona en nombre de la cual se ha contratado.

Pero sería conveniente para el caso de contratar en representación de otro, utilizar una clave diferente a la de aquél, para que el contratante sea consciente de con qué persona en concreto, está efectuando la contratación y acudir así a las soluciones de índole general, en los casos de abusos de poder.

Hemos de destacar la posibilidad de que el poder que una persona dio a otra para contratar, y con él, el conocimiento del código de acceso, pueda ser revocado. En estos casos, sería deseable la modificación del código de acceso para evitar contratos no deseados, y en el supuesto de que se haya optado por la dualidad de códigos de acceso para representante y representado, poner en conocimiento de la contraparte, la revocación del poder, pues hay que tener en cuenta que el art. 1.734 del Código Civil español (artículo 2.069, 2076 del Código Civil ecuatoriano), determina que cuando el mandato se haya dado para contratar con determinada persona, su revocación no puede perjudicar a ésta, mientras no se le haya hecho saber. Esto es, el contratante que desconociere la revocación, podría exigir el cumplimiento del contrato, para él, válidamente perfeccionado.

Junto a las incapacidades, el Código Civil establece una serie de prohibiciones para contratar, conceptos que no deben ser confundidos, como señala Castán¹¹. Las incapacidades se fundamentan en cuestiones subjetivas, mientras que las prohibiciones obedecen a razones de moralidad. Es de aplicación la normativa del Código Civil sobre esta materia. Debiendo destacar que las consecuencias también son diferentes, dado que el contrato celebrado por un incapaz, es anulable, a no ser que falte en él la condición del uso de razón, en cuyo caso estaríamos ante un contrato inexistente por carecer de uno de los elementos esenciales del mismo, como es el consentimiento. Por el contrario, el contrato celebrado contra una

¹¹CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho de Obligaciones, La Obligación y el Contrato en general, en: Derecho Civil español Común y Foral*, Editorial Reus S. A., tomo III, Madrid, 1993. p. 507- 508.

prohibición, es nulo de pleno derecho, careciendo absolutamente de efectos.

Analizada ya la capacidad de los sujetos, hemos de hacer referencia a los tres elementos esenciales del consentimiento, como parte fundamental del contrato: la voluntad, la declaración de la misma, y la concordancia entre una y otra.

El consentimiento es la representación de la voluntad contractual debiendo ser esta voluntad (fruto de voluntades singulares de cada contratante) consciente y libre. Pero no basta que los contratantes estén de acuerdo en el negocio concreto, sino que se necesita que ese consentimiento sea manifiesto, en otras palabras, es imprescindible que de una forma expresa o tácita, se declare el consentimiento, para que el contrato quede perfeccionado. Indudablemente la voluntad interna y la declarada han de coincidir con plena exactitud.

En la contratación a través de medios electrónicos (y más concretamente informáticos), la voluntad de las partes a criterio de Jaime Tomas Guerra Balic, en su obra «La conclusión de los contratos por medios informáticos», se lleva a cabo en dos momentos: en la elaboración del programa y en la fase de comunicación o de transmisión de la voluntad. En la primera de dichas fases, la voluntad tiene un carácter potencial que subyace en el programa mientras no se ejecute. La segunda fase, supone la ejecución del citado programa, como voluntad expresada.

Para Francesco Parisi, la voluntad del negocio jurídico celebrado por ordenador, estaría formada por la voluntad personal del dominus del negocio y por el programa informático, condicionado a la verificación de las diversas variables previstas. En la elaboración del programa, como voluntad potencial, las partes determinan un sistema de reglas que dan finalmente como resultado, la celebración de un contrato¹².

¹²GUERRA BALIC, J. T.: “El programa como expresión de la voluntad potencial” en la contratación electrónica, Comunicación para la tercera Ponencia, II Jornadas de Abogacía Informática, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Álvarez Cienfuegos señala que este programa ya es una prueba de la existencia de las obligaciones, como expresión de la voluntad de las partes, cuando menos de manera potencial¹³.

Criterios con los que no comparto por cuanto las partes no necesitan ponerse de acuerdo, previamente, en la utilización de estas modernas técnicas para contratar, en vista que para la perfección de un contrato, como dijimos, se requiere el acuerdo de voluntades, mientras no coincidan oferta y aceptación no hay contrato. Las partes han de manifestar su voluntad y desde el momento en que hay coincidencia de voluntades habrá contrato, solo la voluntad declarada es susceptible de producir efectos jurídicos-contractuales determinantes, pero a mi criterio es necesario que la exteriorización coincida con la voluntad negocial de quien la exterioriza.

El consentimiento, debe formarse de una manera libre y consciente. Vicio será todo lo que impida esta pulcritud en su formación y lo desencadene en defectuoso, tanto si afecta a la voluntad manifestada en el programa, como a la expresada al ejecutarlo.

El art. 1,265 del Código Civil español (artículo 1.467 del Código Civil ecuatoriano) dice que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”, enumeración que debe ser entendida como excluyente, no pudiendo alegarse otro vicio de consentimiento además de los señalados.

1.4.1.3 *Error*

El Código Civil español no ofrece una definición del error, sino que el art. 1.266 (artículos 1.468 y siguientes del Código Civil ecuatoriano, en los que tampoco existe esa definición) se limita a regular los requisitos o circunstancias fundamentales que comportan que el error sea relevante o no, con vistas a privar de eficacia al contrato celebrado, hemos de acudir a los conceptos que doctrinalmente se han dado del mismo.

¹³ALVAREZ CIENFUGOS SUAREZ, J.M.: “Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos”, *Revista informática y Derecho*, 5, Aranzadi Editorial, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida 1994.

De esta forma, Castán Tobeñas¹⁴ define el error “como el conocimiento falso de una cosa o de un hecho”, por lo que pienso que el error, en sentido Jurídico, conlleva una serie de circunstancias y requisitos que merecen una mayor delimitación.

En todo tipo de contratación, la voluntad se distribuye y dirige a distintos aspectos y elementos que en una contratación tradicional no plantearían problema alguno. Por otra parte, el diálogo está mucho más reducido y estandarizado, por lo que el conocimiento defectuoso que supone el error, puede aparecer con cierta frecuencia.

Doctrinariamente se ha distinguido el error en la formación de la voluntad, que sería el vicio del consentimiento propiamente dicho, y el error en la declaración o error obstativo¹⁵, que supondría una divergencia entre la voluntad real y la declarada; estamos en presencia de una declaración discordante respecto de la voluntad consciente del declarante, se escribe o se dice una cosa por otra, de una manera que no hay manifestación de voluntad, sino una declaración vacía de contenido volitivo sobre la que es imposible, en principio, cimentar el consentimiento de los contratantes uno no quiere lo que se manifiesta.

Jaime Tomás Guerra¹⁶ afirma que el defecto en el programa debe considerarse error vicio, puesto que la voluntad de las partes queda mediatizada por dicho error, y ello desemboca en un error en la declaración; comparto con la opinión del autor citado ya que recae sobre la aceptación del programa.

¹⁴CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho de Obligaciones, La Obligación y el Contrato en general*, en: *Derecho Civil español Común y Foral*, tomo III, Editorial Reus S.A. Madrid, 1993. p.515

¹⁵RAMS ALBESA, J.: “Comentarios al Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XVII. p.24, quien manifiesta que error obstativo es producto exclusivo de la doctrina y de la jurisprudencia, y se trata de error padecido en la exteriorización de la voluntad y no el que, afectando a la voluntad, invalida el consentimiento.

¹⁶GUERRA BALIC, J. T.: “La conclusión de contratos por medios informáticos”, *Revista informática y Derecho*, 8 UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1995.

Es necesario distinguir entre el error de hecho y el error de derecho, pero dado que la moderna doctrina, tiende a equiparar los efectos de uno y otro, nos limitaremos a un tratado exclusivo del error de hechos. La ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente los efectos que las leyes determinen.

A dicho el profesor Lasarte¹⁷, que el Tribunal Supremo es muy estricto en el reconocimiento del error de derecho como causa de anulación del contrato (Sts. 6 de abril de 1962, y 7 de julio de 1981), posición adecuada, pues su generalización determinaría la inutilidad de la integración del contrato, y sobre todo, la inserción automática de cláusulas en los casos de nulidad parcial del contrato.

Por lo que se refiere al error de hecho, el art. 1.266 del Código Civil español (artículo 1469 del Código Civil ecuatoriano), establece que “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error de la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella, hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta, solo dará lugar a su corrección”.

Para el estudio particularizado de cada tipo de error, debemos atender a los requisitos para ser considerado vicio y causa de anulabilidad del contrato. Así el error debe ser esencial, no imputable al que lo padece, reconocible para la otra parte y debe existir un nexo causal entre el error sufrido y la celebración del contrato¹⁸.

¹⁷LASARTE ALVAREZ, C.: “Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, num. 643.

¹⁸GOMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley. Madrid, 1994. p.30-31. quien afirma que para determinar la imputabilidad del error habrá que analizar cuando cada parte ha de procurarse información a si misma y cuando esta obligada a informar a la otra, sobre que extremos, como ha de hacerlo, y dice que desde esta perspectiva, cabe distinguir dos supuestos 1. El error es imputable a quien lo padece y por tanto inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; esto es, que no actuó del modo que le era exigible para procurarse el mismo la información necesaria antes de deci-

Es decir no merece protección jurídica quien sufre un error pudiéndolo evitar con una diligencia normal. Pero esta afirmación ha de tener una interpretación adecuada cuando estamos en presencia de contratos en que el conocimiento técnico y especializado, juega un importante papel.

El problema de la excusabilidad plantea la cuestión de la justa distribución de riesgos entre los contratantes. Podemos considerar que el que se equivoca merece protección cuando el error es esencial y resulta excusable, pero se podría afirmar que en los contratos onerosos, el contratante que padece el error, debe soportar sus consecuencias, salvo en aquellos casos en que pueda imputarse al otro contratante.

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.

La necesaria igualdad entre las partes puede desaparecer si el contratante técnicamente más preparado, no informa e instruye debidamente a quien es menos perito en la materia. Habrá que estudiar el caso concreto para determinar si la diligencia debida se cumplió por ambas partes, y si el error es o no excusable; excusabilidad que puede no tener el mismo significado y alcance para ambos contratantes.

El error puede plantearse, no como exclusivo de una de las partes, sino como ambos errores, uno de quien ha emitido erróneamente su voluntad, y otro del receptor de buena fe, que tampoco advierte esta discrepancia entre lo manifestado y lo querido. Estamos ante

dirse a contratar o a hacerlo en determinadas circunstancias; de ahí que este argumento sea utilizado frecuentemente por los demandados frente a la pretensión anulatoria de la parte contraria, porque, de ser estimado, la misma ya no podrá argüir que debía haber sido sacada de su error por el contratante demandado. 2. El error de uno de los contratantes es imputable al otro cuando este o bien lo provoco aunque fuese sin dolo ni culpa dando unas informaciones falsas; b) o bien no informo a la otra parte, cuando esta obligado a hacerlo, para sacarla del error en que el mismo sabia o debía saber, desplegando la diligencia exigida por la buena fe que se hallaba.

un conflicto de intereses que tradicionalmente se ha solventado en favor de la parte que padeció el error, dejando de lado la protección de la confianza que creó en la otra parte.

Siguiendo a Castán¹⁹ podemos clasificar el error de hecho según los diversos elementos a los que puede afectar. Así podremos encontrarnos: 1) ante un error sobre la naturaleza o causa del contrato (*error in negotio*); cuando uno de los contratantes equivoca el tipo negocial que está celebrando, su efecto es la inexistencia o nulidad radical del contrato; 2) un error sobre el objeto del contrato (*error in re*) que puede ser a su vez: a) sobre la identidad de la cosa, al confundirla con otra (*error incorpore*) su efecto es la nulidad radical al destruir la declaración de voluntad, b) sobre la esencia o cualidades sustanciales de la cosa (*error in substancia*), su efecto será la anulabilidad del contrato, c) sobre cualidades secundarias (*in qualitate*) que no viciaría el contrato, planteándose el problema de si una característica es considerada como secundaria o sustancial por una de las partes, y d) error sobre cantidad (*error in quantitate*) que viciará el contrato si la cantidad es una cualidad esencial y razón de la celebración del contrato, lo que lo diferencia de un simple error de cuenta, que únicamente dará lugar a su corrección; 3) error sobre la persona (*error in persona*) que si bien, por lo general, no causa la nulidad del contrato, puede darse el supuesto, en que sea la consideración de la misma, la causa principal de aquél (*intuitu personae*), en cuyo caso sí produciría la nulidad del contrato; 4) y por último error sobre los motivos del contrato que no invalidará el mismo si no se han elevado a causa o condición de aquél.

Debemos destacar que las características con que se presenta el error en la contratación a través de medios electrónicos, si bien sustancialmente son las mismas que en la contratación ordinaria, estos tienen peculiaridades propias. Un error en el programa como

¹⁹CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho de Obligaciones, La Obligación y el Contrato en general*, en: *Derecho Civil español Común y Foral*, Editorial Reus S.A., tomo III, Madrid, 1993.pp.516-518, en iguales términos clasifica al error LACRUZ BERDEJO J.: *Elementos del Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Volumen primero, Madrid, 2002. pp.365-367.

voluntad latente, puede hacer que se esté equivocando lo realmente contratado, con lo deseado.

La automatización puede dificultar la determinación de las características del objeto del contrato, así un error en el programa, puede impedir que se detecten circunstancias que harían que una de las partes no llegase a ejecutar. También el error puede darse en el diálogo mantenido entre los operadores electrónicos, provocando las mismas consecuencias.

Con relación al error in persona, debemos remitirnos a lo dicho sobre la capacidad, la representación y la identificación de las partes, y sus consecuencias. Un problema diferente serían las actuaciones delictivas respecto a intromisiones en la red.

1.4.1.4 Violencia e intimidación

El art. 1.267 del Código Civil español (artículos 1.472 y 1.473 del Código Civil ecuatoriano) dicen casi en términos similares que “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento, se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando 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. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no anulará el contrato”.

Dichos vicios anularán la obligación también, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.

Estos supuestos que significan no que la voluntad esté viciada, sino más bien, que, no hay consentimiento, ya que la manifestación de la voluntad se debe exclusivamente, a la violencia o intimidación sufrida. Evidentemente si en la violencia física supone una agresión ilegítima a la capacidad de querer consciente y a la libertad, por lo que bajo su influencia no puede haber verdadera voluntad, y con ella el nacimiento del contrato; en la intimidación habría que valorar la entidad de la amenaza y su incidencia sobre el presuntamente intimidado o atemorizado, entendiendo que el listado de cónyuge, ascendientes o descendientes, que hace el art. 1.267 del CC. español,

(artículo 1.472, 1473 del Código Civil ecuatoriano) como metas del mal con el que se amenaza, debe ser ampliado a todas aquellas personas que puedan provocar en el amenazado un efecto similar, incluso un tercero desconocido para él.

En los contratos especiales que ahora tratamos, debemos diferenciar la violencia o intimidación ejercida sobre el titular del código de identificación personal y la que se ejerce contra una persona que no sea titular del mismo.

De la misma forma el vicio del error podía afectar a la formación del programa o a su ejecución, la violencia e intimidación pueden repercutir sobre quien ha creado el programa, que se presentaría en este caso como tercero ajeno a la relación jurídica directa, y sobre quien va a ejecutarlo teniendo conocimiento del código de identificación personal necesario para ello. Y tanto sí afecta al programa o a su ejecución la violencia y la intimidación vicarán el consentimiento dado que, ambos son manifestaciones de la voluntad contractual.

En realidad la violencia sobre el creador del programa reconduciría la violencia o intimidación al vicio del error en la formación de la voluntad de los contratantes.

1.4.1.5 Dolo

Esta materia viene regulada en nuestros Código Civil en los arts. 1.269 y 1.270

CC español, (artículo 1.474 y 1.475 del Código Civil ecuatoriano) “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”. “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

El dolo en sentido amplio podríamos identificarlo con la mala fe y producirá la nulidad del contrato cuando sea grave determinante del consentimiento y no haya sido empleado por ambas partes, pues en este último caso se compensaría. Dejando de lado el dolo incidental a que se refiere el art. 1.270 CC español, (artículo 1.474 del

Código Civil ecuatoriano) y que conllevaría únicamente la indemnización por parte del contratante que lo haya empleado, hemos de centrarnos en el dolo, como causa de nulidad de los negocios Jurídicos. Las maquinaciones que una de las partes puede emplear para hacer contratar a la otra, pueden ser ajenas al programa, y pueden manifestarse en manipulaciones del mismo, tanto en la creación de éste como con posterioridad. En cualquier caso, sea cual fuere el medio utilizado por el contratante doloso para producir el engaño y consiguiente contratación, los efectos serían los establecidos por nuestros Códigos Civil.

Problema diferente sería la posibilidad de que el dolo fuese empleado por un tercero ajeno a la relación contractual. La interpretación literal de nuestros Código Civil, impide que este dolo pueda afectar a la relación negocial, si bien la doctrina más moderna, tiende a tener en cuenta este dolo cuando es aprovechado por uno de los contratantes conocedor del engaño (entendemos alguien en este caso, el agente doloso se valdría del tercero mediante su actitud evasiva, maquinando al no advertir al otro contratante). Especialmente en esta materia, el contratante doloso podría valerse de un técnico en informática que manipulase el programa, a priori, o a posteriori; en este caso estaríamos ante un supuesto de dolo, que cumpliría todos los requisitos exigidos por nuestros Código Civil, como vicio del consentimiento.

1.5 El Objeto

Álbaladejo²⁰ dice... hay que entender por objeto la realidad sobre lo que el negocio versa, la materia de este, es decir, los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre los que recae la voluntad negocial o, si se quiere, que se regulan por el negocio. Nos es válida la definición de Díez Picazo, del objeto del contrato, como un bien susceptible de valoración económica que coincide con los intereses de los contratantes. De lo que se colige que es la materia sobre la que se construye el entero conjunto contractual.

²⁰ ALBALADEJO, M.: *Manual de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Bosch, S.L. Barcelona 2002, p.369.

En cuanto al objeto del contrato, evidentemente, la utilización de un medio informático, no varía en absoluto los requisitos legales establecidos en el art. 1.271 y ss. del Código Civil español, (artículo 1.471 del Código Civil ecuatoriano) por lo que es necesario que sea un objeto real o posible, que sea lícito, y que sea determinado o susceptible de determinación.

- a) Posibilidad es decir no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles; por lo tanto, por interpretación a contrario sensu podrán ser objeto de contrato las cosas y servicios posibles, ya que *ad impossibilia nemo tenetur*.
- b) Licitud como presupuesto objetivo del contrato, pudiendo ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y que pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Respecto a las cosas u objetos que están fuera del comercio, son: los bienes de dominio público; las cosas no susceptibles de apropiación; los bienes no incluidos en el concepto de patrimonio y por último, las cosas de comercio prohibidos por una disposición legal, en este sentido, materialmente es posible su comercio electrónico, pero existe norma prohibitiva, ya que desde el punto de vista jurídico no es posible su comercio. Respecto a la legalidad y moralidad de los servicios, habrían de calificarse como ilícitos los servicios que no respeten las normativas tanto internacional como nacional sobre derechos de los trabajadores.
- c) La determinación del objeto, que se exige que sean objeto cierto, y determinado en cuanto a su especie.

Interesa destacar, que la utilización de medios informáticos puede dificultar la determinación del objeto de los contratos, cuando estos elementos sean algo más que unos simples nexos de comunicación. Nos estamos refiriendo a los ordenadores que previamente programados, responden a un estímulo, emitiendo la aceptación contractual. Por ello la determinación que se presenta como un requisito incuestionable de todo objeto de contrato, ha de ser mucho más precisa en estos casos.

Por regla general, han quedado excluidos del ámbito de aplicación de la normativa Española y Ecuatoriana aquellos contratos cuya válida formación haya de realizarse en instrumento o documento público mediante la intervención de fedatario o funcionario público. Así, no podrán ser objeto de negocios jurídicos electrónicos mientras no se disponga otra cosa, rigiéndose los mismos por sus respectivas leyes:

1. Los contratos cuyo objeto contractual sea la creación o transmisión de derechos sobre bienes inmuebles, salvo el arrendamiento del mismo.
2. Los que requieran intervención de la autoridades para la válida constitución de las relaciones jurídicas.
3. El contrato de préstamo, seguro de caución y cualquier negocio jurídico de garantía, ya sea civil o mercantil, cuando el prestatario actúa al margen de su actividad comercial o profesional.
4. Aquellos cuyo objeto este sometido a la legislación de familia o de sucesiones.

En el caso español, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002, y en el caso ecuatoriano la Ley de los Servicios Electrónicos, la Contratación Electrónica y Telemática, los Derechos de los Usuarios e Instrumentos Públicos en sus artículos 44 y 45, han determinado que si se exigiera la forma pública y la intervención de fedatario o autoridad para la válida formación contractual habría de estar a lo que determinara la legislación específica. En cualquier caso, no podrán celebrarse por vía electrónica los contratos, negocios o actos jurídicos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

1.6 Causa

La Teoría de la Causa es una de las cuestiones más complicadas y debatidas por la Doctrina moderna, llegándose a poner en duda, no solamente su ámbito, sino incluso su propia existencia.

Desde Domat, como padre de la Teoría de la Causa hasta las modernas concepciones objetivistas, e incluso las teorías anticausalistas, podemos observar una amplia gama de opiniones en cuanto a esta razón de ser de los contratos, que es la causa. Así, considerar la causa como la razón económico-jurídica del negocio (Coviello), o como la finalidad concreta perseguida por las partes, incorporada al acto como elemento determinante de la declaración de voluntad, son meras disquisiciones doctrinales que en ningún momento pueden variar las exigencias que el art. 1.274 y ss. del Código Civil español establece en cuanto a este elemento (artículo 1.483 y siguientes del Código Civil ecuatoriano).

Consideramos necesario definir de una forma más precisa, a nuestro entender, la causa, como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio. Si la utilización de un medio electrónico se reduce al mero nexo entre las partes, este resultado empírico debe estar totalmente objetivizado en el programa, no pudiendo verse afectado por un querer interno variable del contratante.

1.7 Forma

La referencia a la forma tanto de la oferta como de la aceptación, dado que supone el aspecto más particularmente afectado por los nuevos medios técnicos de contratación.

En principio, la oferta no requiere una forma especial, (excepto en aquellos contratos en que se necesite una forma *ad substantiam*), pero indudablemente ha de ser hecha de modo reconocible por los destinatarios, lo que lleva a entender que el contrato se perfecciona por la mera concurrencia de voluntades, sea cual sea la forma de manifestarlas, siempre que sean reconocibles y cumplan las características anteriormente reseñadas. Pero decir esto en realidad, no es responder al problema trascendental de la posibilidad de entender perfeccionado un contrato cuando las manifestaciones de voluntad han seguido caminos tan inimaginables para el legislador del siglo XIX, como el fax, o incluso las redes informáticas. En este punto adquiere una importancia básica 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 ocasionalmente pone el ordenador, sea de difícil determinación. Así la aportación de un documento emitido por un medio electrónico, no asegura quien es la persona que lo ha emitido, cuando menos de una forma indubitada, ni si el contenido del mensaje recibido, coincide con el del emitido, teniendo en cuenta que la concordancia entre la aceptación y la oferta, ha de ser pura y simple, sin que pueda entenderse celebrado un contrato, si no se da una absoluta coincidencia.

Es cierto, y especialmente en el ámbito mercantil, que la rapidez que se obtiene con la utilización de estos medios, es imprescindible para obtener unos resultados económicamente rentables en la mayoría de los casos, pero no por ello debemos olvidar la inseguridad que en nuestra opinión, se podría alcanzar, si no hay una perfecta comprobación de todos los datos imprescindibles en un contrato, dado el riesgo que supone llegar a un consentimiento nulo por error del art. 1.265 del Código Civil español, (artículos 1.469, 1.470 y 1471 del código civil ecuatoriano).

Si bien la buena fe es un requisito esencial en toda relación jurídica, la imprudencia de los comerciantes, en cuanto al cumplimiento de los requisitos necesarios para la probanza de sus acuerdos, puede llevar a resultados catastróficos para el comercio. Entendemos que la transmisión de información a través de ordenadores e incluso de instrumentos técnicos más simples como el fax, es de indudable utilidad para una fase de precontrato, pero no es menos cierto, que la fase de perfeccionamiento de un contrato exige unas mayores garantías, que si bien pueden retardar la vida económica de un país, aseguran su tráfico mercantil.

Ha de encontrarse un punto, tanto técnico como Jurídico, en el que esta rapidez, tan necesaria en el mundo actual, venga acompañada de un respaldo jurídico que impida desagradables sorpresas.

Ante posibles alegaciones de falta de diálogo necesario, hemos de decir que los medios de comunicación no impiden un perfecto conocimiento de los datos sobre el objeto de la contratación, existiendo contrataciones más clásicas, que gozan de una menor fase de precontrato.

Capítulo 2

La perfección de los contratos

Tipos de Contratos

2.1 Clasificación de los contratos desde el punto de vista de su forma de contratación: ausentes y presentes

Según los conceptos vertidos en la declaración de voluntad, la forma de contratación en presentes y ausentes ha dado lugar varias teorías: unas, utilizan como determinante el criterio de la distancia física entre los contratantes; otras el de la distancia física y el medio utilizado para exteriorizar la voluntad; y por último, con lo que concuerdo y es la que se basan en la distancia jurídica, es decir el tiempo que tarda la declaración desde que se emite hasta que se recibe.

Así se habla de contratos entre presentes de formación instantánea o sucesiva¹ y los contratos entre personas ausentes de formación instantánea, o sucesiva, a estos últimos la doctrina Española, la generalidad de los autores habla de contratos entre ausentes o de contratos por correspondencia, pero el término entre ausentes si bien la palabra ausente se dice del que esta separado de alguna persona o lugar, es lo cierto que en el lenguaje jurídico dicho término tiene un sentido perfectamente claro y definido, expresivo de la situación de ausencia legal, que es preferible no utilizar para designar otros supuestos que nada tiene que ver con dicha acepción exclusivamente técnica².

¹PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch Valencia, 1996. p.152-159, quien habla de contratación entre presentes: En los casos de interactividad o simultaneidad en la comunicación, al modo como sucede en el caso de la contracción por teléfono. Serían supuestos como la videoconferencia, el chat o cualquier otro tipo de comunicación en "tiempo real", aunque la "simultaneidad relativa al mediar alguna pequeña diferencia de tiempo entre las comunicaciones mutuas. De esta forma, los contratos celebrados por medios electrónicos o telemáticos serán contratos entre personas distantes y de formación sucesiva, si, medio un lapso de tiempo apreciable entre el intercambio de la oferta y la aceptación, o instantánea cuando dicho intercambio de consentimientos se realiza de modo prácticamente coincidente.

²DAVARA RODRIGUEZ, M.: *Derecho Informático*, Ed. Arazandi. primera edición. Pamplona, 1993, quien dice que la contratación entre ausentes: se da cuando no hay interoperatividad o interactividad. Es decir, si ambas partes no están manteniendo un diálogo con capacidad de modificación y tratamiento dinámico sin influir en el tiempo.

A este respecto y al tratar de encasillar a la contratación electrónica como contratación entre presentes o entre ausentes, dice de que este dependen de que se siga el criterio espacial o el temporal, y que lo relevante a efectos jurídicos es la exteriorización de la voluntad de forma que pueda ser conocida. No importa tanto la distancia, cuanto el tiempo, en la medida en que las partes puedan dialogar, se encuentren presentes para contratar. De lo contrario, a su criterio la contratación ha de ser considerada entre ausentes. Así, la contratación telefónica, aunque sea a distancia, se considera realizada entre presentes, precisamente porque prima el criterio temporal, sobre el espacial. Las partes se encuentran

Los primeros se dan cuando el oferente y el aceptante se hallan en tal situación que la oferta y la aceptación se declaran casi simultáneamente, se produce una coincidencia temporal y espacial de las partes cuando emiten sus declaraciones contractuales, y no se plantea cuestión alguna por razón del momento de perfeccionamiento del contrato, derivada de la existencia de un intervalo durante el cual pueda dudarse de si se ha verificado o no el encuentro de voluntades que es causa de aquel, pues dicho intervalo no existe.

Para ello pueden distinguirse dos pautas objetivas y una subjetiva, para calificar a un contrato como realizado entre partes presentes en cuanto al momento de su nacimiento: a) la oralidad que se limita a valorar al teléfono y a la radio como únicos instrumentos que permiten una contratación entre presentes; a través de ellos, se alcanza un conocimiento instantáneo de la conclusión del contrato, coincidente para ambas partes, gracias a la oralidad y comunicación inmediata que permiten ; en cambio, los concluidos mediante télex, fax o correo electrónico –por carecer de dicha oralidad- son considerados contratos entre partes no presentes, siendo su régimen jurídico semejante a los realizados por correspondencia postal, b) según el criterio del proceso de comunicación ininterrumpido son contratos entre presentes, según esta regla, son aquellos supuestos en los que las partes para realizar el intercambio oferta-aceptación, emplean un instrumento de transmisión que les permite una comunicación ininterrumpida, por lo que la posible retirada de la oferta, su revocación o la retirada de la aceptación, no resultan factibles

geográficamente distantes, pero coinciden en la comunicación simultánea de sus respectivas voluntades relativas, en su caso, a la oferta y la demanda. Afirma así mismo que la contratación electrónica pueden darse dos supuestos: Contratación entre presentes, siguiendo el criterio emitido por Perales Viscasillas, y contratación entre ausentes siguiendo el criterio emitido por Davara, para terminar aseverando que en gran número de casos de contratación electrónica ordinaria los sujetos contratantes no están presentes. De forma que la perfección del contrato se produce entre ausentes. Hay una oferta, y el contrato se perfecciona cuando se produzca la aceptación hecha en otro lugar mediante un ordenador, en MADRID PARRA A.: “ El negocio jurídico electrónico”, *Revista de la Contratación Electrónica*, Nor.28, Junio 2002, pp.35-36.

por otro medio, sin que haya alcanzado su destino, previamente, la citada oferta o aceptación. Esta es la tesis mantenida entre otros autores por Díez-Picazo y Gullon; y, así, consideran a los concluidos por teléfono, radio, fax o télex como contratos equiparados a los realizados entre partes presentes en cuanto al momento de su nacimiento. Sin embargo, Díez -Picazo³ añade que, en los casos en que venga celebrado por télex, solo se considerará como contratos entre presentes si ambas partes se encuentra simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación. Esta última matización puede hacerse extensible a los medios como el fax, teléfono, el correo electrónico (siempre y cuando su calidad permita una comunicación instantánea); por lo que personalmente las partes, o sus representantes, deberán encontrarse presentes, al mismo tiempo, en cada uno de los extremos de la transmisión, y c) un último criterio de carácter subjetivo, es la recogido en la Ley de Ordenamiento del Comercio Minorista y en la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, según el cual, solo existirá contrato celebrado entre presentes, cuando las partes lo estén físicamente. Bajo esta perspectiva, resultan equiparados todos los medios de comunicación a contratos a distancia; a efectos de proteger a este específico colectivo de contratantes que son los consumidores.

En cambio cuando las partes no están presentes por hallarse en lugares distintos, las declaraciones de una y otra no pueden hacerse en la forma simultánea, al existir una persona ante una oferta declarada, analizará la misma en un determinado tiempo por la situada en distinto lugar, y, por tanto, si declara su conformidad con tal oferta, mediante la correspondiente aceptación, esta tardará también un tiempo, mas o menos largo, en llegar a la primera, esto es, al oferente, estamos frente a la contratación entre distantes, y en el cual encontraremos una dificultad, a saber, la distribución del riesgo debido al espacio de tiempo que media entre ambas declaraciones de voluntad.

Respecto a la aceptación realizada por teléfono o por videoconferencia, en que ambas partes están manteniendo un diálogo con

³DÍEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, vol. I, Madrid, 1993, pp. 293- 294

capacidad de modificación y tratamiento dinámico sin influir en el tiempo, debe ser considerada, según el profesor Miguel Ángel Davara⁴, como una aceptación entre presentes. Sin embargo, este autor también afirma que la aceptación por fax, o por correo electrónico, debido a los problemas de interoperatividad de las redes y de compatibilidad de sistemas, debe entenderse como una aceptación realizada por correspondencia, y por tanto, de aplicación la normativa sobre la contratación entre ausentes.

Para Carlos E. Saltor⁵, la contratación telefónica, y la recibida por un operador informático al otro lado de la línea, deben ser consideradas como contratación entre presentes, mientras la recibida por un Banco de Datos, supone únicamente una autorización para la auto contratación, como ocurre en el caso de las máquinas expendedoras, o los cajeros automáticos, en los que hay declaración de voluntad entre ausentes, pero la declaración del aceptante y conclusión, tiene lugar entre presentes.

A estos efectos debe resultar irrelevante que alguna de las partes no esté actuando personal o directamente, sino a través de algún “agente electrónico” debidamente programado. En tal caso los efectos jurídicos son imputables directamente a la persona física o jurídica que corresponda.

2.2 Los contratos de formación sucesiva y los de formación instantánea. Los medios de comunicación

El contrato se perfecciona cuando coincide la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa, antes no se puede afirmar que haya contrato. Puede ser que su formación sea instantánea, cuando concurren sin mas la oferta y la aceptación –constitutivo del consentimiento- de manera inmediata. Para que sea posible, es ne-

⁴DAVARA RODRIGUEZ, M.: *Derecho Informático*, Ed. Arazandi, primera edición, Pamplona, 1993.

⁵SALTOR, C. E.: “Informática y Contratos”, Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de informática y Derecho, Bariloche, 1994

cesario que las partes se encuentren presentes. Esta situación de presencia comprende dos modalidades: 1) en sentido físico: al estar los participantes situados en un mismo lugar, y 2) en sentido figurado: es decir, cuando las partes, ubicados en distintos puntos en el espacio, realizan el intercambio de la oferta y de la aceptación de idéntico modo al de la presencia física, gracias al empleo de un medio de comunicación adecuado.

En cambio puede suceder que el proceso de formación del contrato se dilate en tiempo porque los futuros contratantes necesiten reflexionar, recabar datos, acercar posiciones, negociar garantías, se habla entonces de formación sucesiva del contrato, pues, si bien este nace cuando coinciden oferta y aceptación, no se puede considerar que sea irrelevante esta fase previa.

2.3 Relevancia del instrumento de comunicación empleado durante el proceso de formación contractual

2.3.1 Las cartas

Son medios de comunicación que están recogidos, por el Código Civil y el Código de Comercio español (nada se dice en la legislación Ecuatoriana a este respecto), en los que se habla también de la intervención del nuntius o mensajero. El correo en la contratación internacional ha dado paso a otros medios más seguros que permiten no solo una comunicación rápida, sino también disponer del aparato emisor-receptor del mensaje en el propio centro de operaciones de los contratantes, lo que supone la superación de los inconvenientes derivados del traslado a las oficinas de correos —con el consiguiente⁶ ahorro de tiempo y identidad del expedidor de la comunicación. Pero no debe dejarse a lado su empleo, especialmente en los casos en que se envían invitaciones a ofrecer, así

⁶DE ROVIRA y PALOMAR.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958. pp. 150-156 nos da un análisis histórico de la contratación entre personas distantes desde el Derecho romano hasta el actual Código de Comercio español.

como si se desea contar con un medio de prueba seguro y que deje constancia del envío: las cartas certificadas y con acuse de recibo.

2.3.2 El telégrafo

Es un contrato entre personas distantes, que los contrayentes se hallen en el momento de concluir el contrato en lugares distintos, el telégrafo, si bien acelera grandemente las recíprocas comunicación de las manifestaciones de las partes, no las hacen simultáneas, sino que subsiste entre las mismas un intervalo mas o menos apreciable por lo que, en todo caso, los contratos entre personas distantes, perfeccionados telegráficamente, no dejan de ser contratos de formación sucesiva. Pero, en cuanto a la revocación de la oferta y de la aceptación, si bien en teoría nada obsta a que pueda revocarse la voluntad declarada telegráficamente al destinatario, en la práctica resultara casi imposible que pueda lograrse tal revocación, debido a que el telégrafo es un medio rapidísimo que transmitirá la declaración de voluntad. Claro es que existe la posibilidad de retirar el telegrama antes o después de ser expedido, pero en la práctica tal vez la llamada telefónica será el único instrumento efectivo para revocar declaraciones de voluntad expedidas telegráficamente.

El art. 51.2 del Código de Comercio español, se ocupa de la contratación por telégrafo, (en el Código de Comercio ecuatoriano no hay referencia alguna a este tipo de contratación) constituyendo una excepción al párrafo 1ro del mismo artículo que establece el principio de libertad de forma. Esta disposición hace alusión a la validez del contrato y, como la mayoría de las excepciones, presenta un carácter limitado y además, una formulación muy conservadora: “La correspondencia telegráfica solo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio 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”⁷.

⁷Se ha tratado, eliminar los errores en la transmisión y las dificultades de identificación del expedidor, lo que no se ha conseguido en opinión de ORÚS MORATA, A.: “El contrato por correspondencia. Su naturaleza y

Como se colige de la lectura, este artículo presenta unas exigencias desorbitadas, sin duda establecidas para evitar los riesgos inherentes a esa forma de contratar, que hacen prácticamente inoperante en el campo de la contratación mercantil los contratos así realizados⁸. El legislador del siglo pasado se muestra cauteloso y reservado en relación a esa forma de contratar debido quizá a su falta de confianza hacia un medio de comunicación que para él era prácticamente desconocido⁹.

La solución que adoptó el Código de Comercio en su artículo 51.2 conducía a una restricción notable del uso de un instrumento de comunicación conocido por su rapidez. Este hecho, sin embargo, se ha atenuado al entenderse, fundamentalmente por la doctrina, que el requisito de la preexistencia de un convenio sobre la utilización de este medio de comunicación puede derivarse de una aceptación tácita por parte de los contratantes¹⁰.

eficacia”, Boletín Informativo del Colegio de Abogados, 1931, (octubre-diciembre), n. 9, pp. 19 y ss.

⁸GARRIGUES señala que la forma como el Código de Comercio regula la correspondencia telegráfica es anacrónica, respondiendo a su falta de autenticidad: “el despacho original suscrito por el remitente no se entrega al destinatario, sino que queda en la oficina de recepción, el destinatario recibe una copia de copia”. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 7^a.ed., revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero, Madrid. p. 24; y *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, vol. 1. Madrid, 1963. p.73.

⁹Como se trata en el Código de Comercio a la contratación por telégrafo, tal y como señala ROGEL VIDE, C.: “Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982. p.1254, está imbuida de prevención y desconfianza hacia un fenómeno que se ve desconocido y casi preocupante.

¹⁰DÍEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, vol. I, Madrid, 1993, pp. 293-294. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch Sava. ed. Valencia, 1995, pp.480, opina por su parte, que el artículo 51.2 CCo se aplicaría también a la contratación por télex y fax, donde el uso equipara la utilización del terminal, marcando el distintivo o contraseña del usuario, a la firma de éste. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch Sava. ed. Valencia, 1995, pp.480, incluso manifiesta que el artícu-

La Convención, por su parte, no establece ningún requisito para el uso de ese medio, al que además considera un medio de comunicación escrito. De esta forma, el texto vienes supone un avance importante respecto del artículo 51.2 Cco.

2.3.3 Nuncio o mensajero

Si dos personas se hallan separadas entre sí y localizadas en lugares distantes pueden utilizar para contratar los servicios de un tercero en forma de un intermediario, llamado nuncio o mensajero, con la función exclusivamente material de transmitir la declaración de voluntad de una parte a otra.

La doctrina se ha ocupado bastante de buscar las diferencias que separan el nuncio del mandatario. Prescindiendo, de las discusiones de los autores, se dice que en la práctica es fácil distinguir el nuncio del mandatario, pues bastará atender a como se formó la voluntad que dio vida y perfección al negocio y si en esta no entró para nada la voluntad del encargado, de modo que el negocio igualmente hubiere devenido perfecto si el principal hubiere enviado por ejemplo, una carta a un individuo, nos hallaremos ante la figura del nuncio, es claro que no es necesario que sea capaz para contratar ni tenga noción alguna respecto del negocio a que se refiere la declaración de voluntad de la que es portador, siendo preciso únicamente que traslade fielmente al destinatario el encargo recibido.

lo 51 CCo únicamente se aplica para los contratos que simultáneamente deban celebrarse por medio telegráfico y de forma continuada entre las partes si utilizan un sistema de comunicaciones que se pueda asimilar o considerar traslaticiamente análogo al telégrafo. SERRA MALLOL, A.: “Las firmas en contratos mercantiles entre ausentes”, *Revista General de Derecho*, 1989, n. 538-539, p. 4443. MENÉNDEZ MATO J.: *La Oferta Contractual*, Aranzadi. Pamplona, 1998, pp. 228, 229, quien al referirse a la validez del empleo del telegrama, pone en relieve que en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo. Así sucede, en la Sentencia de 4 de febrero de 1995, que declara válida su utilización, sin necesidad de que las partes expresamente y por escrito la hubiesen admitido, como parece exigir el artículo 51.2 del Código del Comercio.

Se debe tener en una cuenta el principio general que el contrato formado en base de la declaración inexacta del mensajero será nulo, siempre que el error sea suficiente a determinar su nulidad. Si el nuncio hubiere sido escogido por una sola de las partes, por el aceptante, pongamos por caso, quien le encarga transmita al oferente su aceptación, y el nuncio no cumple fielmente, sino que modifica y tergiversa la declaración de voluntad que su principal le ha encargado comunicar, y si en virtud de la manifestación falsa del nuncio el oferente considera formado el contrato en términos distintos a los queridos por el aceptante, es notorio que únicamente pesara sobre éste la posible carga de resarcir a aquel cualquier perjuicio que le hubiere ocasionado por elegir un mensajero que no ha cumplido fielmente sus instrucciones, ello, naturalmente, con independencia de que dicho aceptante pueda dirigirse contra el nuncio por haberle desobedecido o por no haber realizado el encargo con la debida diligencia. En cambio, si el nuncio infiel o negligente ha sido nombrado de común acuerdo por las partes, ninguna de ellas podrá exigir de la otra responsabilidad por consecuencia de un error que si bien indirectamente, le es imputable a ambas.

2.3.4 El teléfono

Son contratos que tienen una naturaleza mixta que comulgan de la caracterización de los contratos entre presentes en el requisito de la inmediatez, y de los contratos entre personas distantes, en el espacio geográfico que media entre los contratantes. Sin embargo, debe considerarse como un contrato entre presentes, a los efectos de determinar el momento de su nacimiento, y en donde no existe solución de continuidad entre la oferta y la aceptación. El contrato nace, en estos casos, cuando el destinatario de la oferta transmite verbal y directamente su aceptación al oferente, adquiriendo este último conocimiento inmediato de ella. El criterio de la transmisión oral e inmediata, a través del medio de comunicación empleado, hace posible contratar entre partes presentes y de manera instantánea.

La doctrina tradicionalmente ha aplicado por analogía como lugar de formación del contrato el de la oferta. Sin embargo, se ha puesto en duda, al sostenerse que en materia de perfección del

contrato la regla general es la del momento y lugar de emisión de la aceptación, mientras que en el caso de la contratación por carta, se arbitra una solución especial. Esta es una afirmación dada en la doctrina y en la jurisprudencia a partir de la STS 3-1-48 art.11 contrato de seguro de transporte concertado y perfeccionado por el teléfono el mismo día del siniestro, aunque formalizado unos días después. Luego, al constituir este apartado una excepción al principio general, debe interpretarse restrictivamente, por lo que no puede aplicarse por analogía a los contratos por teléfono, que se perfeccionarían allí donde y cuando sea emitida la aceptación.

En nuestros Códigos han prestado poca o nula atención debido al hecho de que en la época de su promulgación, este medio prácticamente no se utilizaba. Plantearon, sin embargo, una polémica doctrinal ha causado incluirlos en la categoría de los contratos celebrados entre presentes. Opinión que hoy en día se encuentra generalizada en la doctrina y jurisprudencia¹¹.

Entre las ventajas de la utilización del teléfono encontramos:

1. Porque transforma la distancia física que media entre los mismos en una inmediatez oral e incluso modernamente visual (videoteléfono), lo que quiere decir que la sucesión temporal entre la oferta y la aceptación es casi instantánea, de no ser porque la prueba de la perfección del contrato y en general de cualquier circunstancia atinente a las relaciones entre las partes contratantes es

¹¹Están desacuerdo con esta opinión: GALLART CASES, R.: “El momento de perfección del contrato entre ausentes”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, pp. 290-291; DE ROVIRA y PALOMAR, A.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 223; ROGEL VIDE.:” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982 p. 1268, 1270; PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J. En ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, vol. 2, la parte. Traducida y anotada por Pérez, B y Alguer, J. Bosch.3ª.ed., al cuidado de A. Hernández y M.C. Gete-Alonso, Barcelona, 1981 p. 242. Igualmente, STS 3 de enero de 1948 (RA 11), se trataba de un contrato de seguro de transporte realizado mediante una oferta que la empresa transportista dirigió a la entidad aseguradora, que aceptó por teléfono, entendiéndose perfeccionado el contrato desde que se aceptó verbalmente la propuesta.

muy difícil, lo que hace no aconsejable su uso. Buena prueba de ello es la sentencia del LG Frankfurt am Main, 13 julio 1994 (3/15 O 3/94) (Alemania)—confirmada por el OLG Frankfurt, 23 mayo 1995 (5 U 209/94) (Alemania)— que, al enjuiciar una compraventa internacional de zapatos entre un vendedor italiano y un comprador alemán, ha indicado que, si bien es perfectamente posible bajo las disposiciones de la Convención de Viena la denuncia telefónica de la falta de conformidad de las mercancías realizada tras la entrega del producto al comprador alemán, no puede declarar ajustada la misma por la imposibilidad que tiene el comprador de probar la realización de la denuncia en un plazo razonable y la concreción de la específica naturaleza del defecto, como exige el artículo 39.1 CNUCCIM. Particularmente los tribunales germanos en la sentencia del OLG Koln, 22 febrero 1994 (22 U 202/93), confirmando la precedente del LG Aachen, 28 julio 1993 (42 O 68/93), han reconocido que la perfección de un contrato verbal de compraventa de manera realizada entre un vendedor holandés y un comprador alemán puede ser confirmada subsiguientemente por el escrito de la compradora.

En este supuesto, las partes contratantes perfeccionaron un contrato verbal el 27 enero 1992, al día siguiente, la compradora alemana envía un fax confirmando el acuerdo telefónico del día anterior. Escrito de confirmación del pedido que el tribunal valora en sus justos términos como una mera prueba de la perfección oral del contrato, lo que significa desterrar del ámbito de la Convención la doctrina alemana acerca del valor del silencio como aceptación que sigue a una carta de confirmación.

2. Los contratos por teléfono como contratos entre presentes parte de una tipología contractual muy simple (contratos entre presentes y entre ausentes) a la que se reconducen dos supuestos que son radicalmente diferentes. Sin embargo, es claro que, conforme a lo señalado en el apartado precedente, los contratos celebrados por teléfono se introducen en los de formación entre personas distantes y generalmente en los de formación instantánea, lo que se presume en la Convención, ya que el artículo 18.2 exige que la aceptación de las ofertas verbales sea inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3. Porque la inmensa mayoría de las personas disponen de la instalación correspondiente, lo que facilita enormemente su uso.

2.3.5 El télex

Este medio de comunicación ampliamente difundido en el comercio internacional, ha permitido que los contratantes estén en contacto de manera casi inmediata, lo que ciertamente supone una ventaja considerable, además de la circunstancia de que el mensaje se recibe en papel¹².

En cuanto a la eficacia de este medio de comunicación, la jurisprudencia se ha pronunciado afirmativamente así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril 1986, -STS 30 de julio 1996, y, —STS 31 de mayo 1993 (RA 4061) — señalando que: “[...] es un acto de comunicación suficiente para crear expectativas y relaciones comerciales, siendo considerado su uso como normal y habitual en dicho ámbito [...]; en todo caso la práctica referida estrictamente a las relaciones entre los interesados demuestra que era éste un medio usual y normal, por lo cual ha de entenderse lo suficiente para derivar del mismo la realidad de unas relaciones comerciales [...], y que no está lejos de acogerse en los tiempos modernos a una visión de un uso del comercio a la línea del art. 2.1 Cco.”¹³.

2.3.6 El telefacsímil

Consiste en la transmisión por línea telefónica de documentos y que aparecen a su vez escritos en el aparato del receptor, presenta una característica de la contratación entre distantes el espacio geográfico que media entre ambas partes. Y a su vez, una característica, en principio, de la contratación entre presentes la inexistencia

¹²Su funcionamiento es simple: En efecto, la máquina de télex tele es-cribiente, manejada por persona avisada, permite la impresión directa de los caracteres utilizados, a través de ondas electromagnéticas, en el papel existente en la máquina del destinatario de la comunicación». ROGEL VIDE.:” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1271.

¹³Interpretación que a mi criterio es excesiva.

de un lapso de tiempo, o en otras palabras, este es casi inapreciable, entre la emisión de la aceptación y la recepción de la mismas. No quiere decir que por el hecho de que no haya prácticamente intervalo temporal la entre emisión y la recepción exista interactividad como en los contratos entre presentes ya que el receptor puede estar ausente.

El fax o telefax es un medio que sin «duda ha ganado espacio, al menos hasta que el EDI y el E-mail sean más ampliamente utilizados, a los restantes medios de comunicación.

Las ventajas que ofrece son innumerables lo que hace que sea un medio bastante recomendable para la contratación internacional, primordialmente por la rapidez y seguridad que ofrece, puesto que es:

1) es un medio de transmisión casi instantáneo, por el cual el oferente fotocopia

su oferta en la máquina fotocopidora del destinatario y viceversa¹⁴; 2) es menos costoso que el teléfono porque la transmisión de la declaración escrita dura menos tiempo que si se hiciese de viva voz; 3) facilita la comunicación ya que no es necesario que ambos contratantes se encuentren junto a sus aparatos esperando la comunicación, habida cuenta que el mensaje llega con independencia de que el destinatario esté ahí para conocerlo; por otro lado, en el supuesto poco común de que las partes estén junto a sus aparatos una conversación escrita puede mantenerse entre ellas; 4) disminuyen los problemas que se puedan derivar a causa de errores durante la transmisión porque son mensajes en los que queda constancia escrita de lo enviado generalmente también de la hora y la fecha de la emisión, informando además la propia máquina de fax del resultado correcto o incorrecto de la transmisión; 5) disminuyen los problemas en cuanto a la identificación de los destinatarios porque generalmente el mensaje que se envía contiene los datos identifi-

¹⁴Utilizamos este símil por analogía a lo dispuesto respecto del télex, por ROGEL VIDE.:” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1271: Viene a ser lo mismo, en cuanto al resultado, que si el oferente escribiese su declaración en una máquina de escribir cita en el domicilio del destinatario de la oferta y viceversa.

cadores del emisor del mismo y, en su caso, su firma o incluso el mensaje manuscrito de su puño y letra que, aun no siendo el original, es un reflejo exacto del mismo.

2.3.7 El correo electrónico (E-mail)

El correo electrónico, en inglés se escribe *electronic mail* y abreviadamente como *E-mail*, es un medio de comunicación por el cual se intercambian mensajes de forma casi instantánea por medio de los ordenadores, bastando con escribir la comunicación en la pantalla del ordenador, luego de lo cual se procederá al envío de la misma, siempre que existan líneas o redes de comunicación apropiadas, como INTERNET.

Este medio de comunicación puede equipararse a un contrato entre presentes, similar al telefónico.

El proceso que sigue un mensaje enviado por E-mail es el siguiente; una vez que el usuario selecciona la función de envío del mensaje, el Agente de Usuario (UA's) se encarga de transferir el mensaje al Agente de Transferencias de Mensajes (MTAs), el cual tiene como misión actuar de intermediario redirigiendo los mensajes a su destino final; asimismo se encarga de almacenar el mensaje que no puede alcanzar su destino, esperando un momento propicio para reenviarlo. Una vez que el mensaje se recibe por el sistema del ordenador del destinatario, el mismo podrá o no avisar automáticamente al usuario de la llegada del mensaje.

La Ley modelo sobre Comercio Electrónico, y la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana, reconoce efectos jurídicos al mensaje electrónico, así se habla, que por el hecho de que la información tenga la forma de un mensaje electrónico no puede negársele su efecto legal, su validez y su obligatoriedad, es un documento que participa de la naturaleza de los escritos, siempre y cuando se puede materializar en papel escrito por los procedimientos técnicos adecuados. Si para la validez de los negocios jurídicos, la Ley exige en su forma escrita, tanto como condición esencial como para los efectos de su interpretación, el documento electrónico es perfectamente válido para la formación válida de los negocios jurídicos *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

El documento electrónico participa de la naturaleza mueble de los documentos en general, siendo susceptible de ser retenido en los casos y formas que la Ley determine, al igual que los documentos siempre y cuando pueda ser tratado para su transcripción, que sea íntegro y que pueda identificarse las partes y la data.

Con respecto a la autoría de un mensaje o documento electrónico ha de ser atribuida a la persona que envía el mensaje, tanto si lo hace por sí mismo, como si lo hace otra persona a ruego de este y bajo la responsabilidad del primero, o por un sistema de información programado bajo la responsabilidad del autor para quien actué automáticamente. Desde el punto de vista del destinatario, es autor del documento, y por tanto será reconocido por este, aquel que acorde con el destinatario esta forma de comunicación aunque figure otra persona, la cual tenga acceso al sistema de comunicación convenido.

El mensaje viciado de autoría incierta, no afectará al destinatario del mismo desde que tuvo noticias de que el mensaje no era del autor aparente, o hubiere debido conocer con el cuidado debido o con la aplicación del procedimiento acordado.

El documento electrónico siempre se presenta en su forma original, pues no existe diferencia entre original y copia. Por lo apuntado, cuando la Ley se refiere a mensaje original lo afirma en el sentido de no modificado. Hecha esta aclaración, el mensaje electrónico será auténtico siempre y cuando sea íntegro y disponible por el receptor, la integridad se asegura por el hecho de que la información permanezca completa e inalterada, aunque haya podido añadirse o modificarse algo en el normal curso de la comunicación.

En los casos en que se utilice el E-mail como medio de comunicación que transportará las declaraciones de voluntad contractuales, deberá entenderse que el contrato se perfecciona, bajo las reglas de la Convención (Art. 23 en relación con el 24 CNUCCIM), cuando el mensaje entra en el sistema informático del destinatario. Asimismo deberá entenderse enviado cuando el usuario ha dado la orden de envío del mensaje¹⁵.

¹⁵DAVARA RODRIGUEZ M. A.: *Manual de Derecho Informático, El comercio Electrónico y la contratación Electrónica*, Aranzadi S.A. cuarta edición, Madrid 2002, comenta que debemos considerar un elemento

nuevo que entra en juego son las redes de telecomunicaciones unidas, a la electrónica y al tratamiento automático de la información- en la relación contractual que se ve influido desde tres ópticas a. Desde el punto de vista del grado de inmediatez, desde el punto de vista de la calidad del diálogo y desde el punto de vista de la seguridad. Desde el punto de vista del grado de inmediatez dice que para que surja el contrato es suficiente que exista ese acuerdo, pero éste exige que las dos partes concuerden y coincidan en sus voluntades, hablándose de tres fases, la fase precontractual, el acuerdo de voluntades y la ejecución. Pero la perfección del contrato, aunque haya sido iniciada respecto a la formación de la voluntad en la fase contractual, se lleva a cabo solamente con el acuerdo de voluntades y, a partir de ese momento, nacen las obligaciones consecuencia del mismo. b) Desde el punto de vista de la calidad del diálogo, enfocando que, en los medios de comunicación telemáticos, no existe un diálogo, el cual exige por su propia naturaleza exige de ese grado de inmediatez, como el dialogo realizado por medio de una conversación telefónica, o por medio de una videoconferencia, en los que interviene, como decisiva, la voluntad de la persona para adaptar dinámicamente ese diálogo, esto por cuanto gesto, un sonido, o una alteración significativa en la forma de hablar puede modificar la voluntad del interlocutor.

c) Desde el punto de vista de la seguridad, estableciendo que dicho tema es gran trascendencia, desde el punto de vista de la garantía jurídica, en la formación de los contratos, la cual a su criterio debe ser analizada desde tres ópticas a. Comprobación de la identidad, en el caso de una contratación entre presentes la persona es identificada por sus signos y apariencia física, por sus datos personales y por la firma en el documento; en el caso de una contratación entre ausentes -por correspondencia, la persona puede ser identificada mediante la firma de los documentos y el domicilio, que de ella se tiene, o en el que se ha acordado recibir las comunicaciones por este medio. Sin embargo, en el caso de la contratación por otros medios electrónicos, vuelve a dudar si se trata del teléfono o videoconferencia debemos entenderla una contratación entre presentes, ya que, aunque no exista firma en un documento, la persona con la que se contrata puede ser identificada por los medios normales con los que se reconoce a otro por sus características de voz, entonación, etcétera. Seguridad de los datos recibidos, se puede enviar un documento de una forma y con un contenido determinado y éste ser sometido a un proceso o tratamiento que modifique la información, en forma sustancial , un error o fraude ello puede ser debido a errores por incidir los programas y equipos de comunicaciones en el envío al destinatario, o una avería en

2.3.8 El intercambio electrónico de datos (EDI)

El Electronic Data Interchange es «un sistema informático que permite las transacciones comerciales y administrativas directas a través del ordenador, sin necesidad de realizar ningún trámite¹⁶, y se define como “el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en transacciones comerciales o administrativas”¹⁷.

El EDI es el sustitutivo natural del documento formato papel; según Davara, es “la transacción comercial sin papeles” por el aprovechamiento de la informática y las nuevas tecnologías.

El EDI ha sido definido como el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual.

la vía de comunicación, y, por otro lado, el fraude, con su característica de intencionalidad, que es más fácil de cometer, debido a las mayores posibilidades de manipulación, en un mensaje enviado por medios electrónicos que en un mensaje enviado por medios tradicionales; una carta-Una referencia a los nombres de dominio, al enviar un mensaje por la Red Internet la tecnología permite, con un alto grado de seguridad, comprobar que la dirección a la que se ha enviado el mensaje es la que lo ha recibido, pero para ello hay que conocer la dirección y, debido a la universalidad de las redes de telecomunicaciones, es necesario que esa dirección sea unívoca e inequívoca, existiendo problemas cuando por la existencia de varios nombres de dominio de los que se han dado en denominar de primer nivel genéricos que son muy solicitados por distintos motivos que a veces se encuentran enfrentados.

¹⁶DEL PESO NAVARRO, E.: “Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos”, en *Ámbito Jurídico de las tecnologías de la información*, Convención de Derecho Judicial, XI “, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 198 y 199.

¹⁷DEL PESO NAVARRO, E.: “Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos”, en *Ámbito Jurídico de las tecnologías de la información*, Convención de Derecho Judicial, XI “, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 199, quien dice, un sistema de este tipo ha de cumplir tres requisitos básicos: El intercambio se ha de realizar por medios electrónicos, el formato tiene que estar normalizado, y la conexión ha de ser de ordenador a ordenador.

El requisito de formato normalizado o estandarizado, se refiere al hecho de que el formato de los mensajes que va a enviarse no es libre, como lo sería el formato de un e-mail, o de un fax; sino que en el EDI el formato obedece a una estructura creada por organismos internacionales y lo mismo puede decirse respecto de la sintaxis. El EDI utiliza mensajes diseñados únicamente para ser entendidos por los ordenadores.

El segundo requisito del intercambio entre sistemas informáticos hace alusión al hecho de que el contenido de los datos que integran los mensajes es procesado a partir de otras aplicaciones integradas al sistema. Además, no solo el contenido del mensaje es elaborado de manera automática, siguiendo las órdenes del programa informático, sino también puede ser siguiendo la decisión de envío del mensaje. Esta característica se conoce como decisión electrónica, así como despersonalización del proceso de formación del contrato.

Con respecto al tercer requisito, el intercambio electrónico, significa que el EDI utiliza para la comunicación de sus mensajes las redes de telecomunicaciones. Por tanto, dos son las principales características del EDI que a su vez lo diferencian de otros medios de comunicación. En primer lugar, el carácter estandarizado del contenido de sus mensajes. En segundo lugar, la elaboración automática de los mensajes es exclusiva del EDI. El intercambio electrónico de datos no es solo un medio de transporte de mensajes, sino que además permite el procesamiento automático de los mismos por sus aplicaciones, por lo que se le podría definir como una estrategia de la empresa. Por otra parte, las telecomunicaciones, entendidas como el conjunto de procedimientos de transmisión, permiten el transporte a grandes velocidades de la información procesada por medios informáticos.

El uso en un formato previamente definido y acordado por las partes en el ámbito de las operaciones de compraventa resulta algo más complicado porque las operaciones de intercambio no presentan rasgos tan comunes como las transferencias de dinero. No obstante es imprescindible su uso porque, sin esta suerte de lenguaje común a los sistemas del emisor y del destinatario, el mensaje no podrá ser

entendido al no serle posible a los ordenadores el reconocimiento de los segmentos del mismo¹⁸.

Las dos áreas primarias de EDI son; el intercambio de datos (para pedidos y facturas) y la transferencia electrónica de fondos (EFT) utilizada entre bancos, que generan un gran volumen en un pequeño número de datos y una relación a largo plazo. La instalación del sistema EDI solo justifica la inversión a las grandes firmas por la seguridad que le ofrece en las transacciones muy robustas en comparación con Internet debido a que EDI funciona sobre redes de valor añadido privadas y cerradas (VANs). Pero por esa misma razón, el número de empresas con las que establecen relaciones está siempre limitado a aquellas empresas conectadas a esas VANs.

En la declaración conjunta entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre comercio electrónico se advertía de la necesidad de creación de un marco jurídico internacional dada la naturaleza de las transacciones electrónicas que no tienen fronteras.

Las distintas organizaciones hacen esfuerzos, tanto nacionales como internacionales, por conseguir una cierta estandarización en el uso de los mensajes EDI. Debe tenerse en cuenta que son varios los lenguajes EDI que se establecen, si bien las analogías entre ellos hacen que la disparidad no sea del todo importante.

A nivel internacional los siguientes organismos: la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa que ha desarrollado la norma UN/EDIFACT que puede usarse en un ámbito nacional e internacional¹⁹. En la Comunidad Europea, el Consejo aprobó el 5 de octubre de 1987 un programa comunitario relativo a la transferencia electrónica de datos de uso comercial utilizando redes de

¹⁸PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: "Formación del contrato electrónico", en *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid 2002, p. 166-167.

¹⁹EDIFACT es un conjunto de reglas generales que determinan la estructura general de los documentos EDI. EDIFACT responde a las siglas de Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport. Se dice que existen cerca de 200 mensajes o formatos que pueden aplicarse a los más variados sectores de la industria y del comercio; se espera, por otro lado, que su número siga creciendo.

comunicación TEDIS²⁰, y la Comisión ha elaborado un Modelo Europeo de Acuerdo EDI; la CCI también ha sido sensible a estos esfuerzos publicando las conocidas «Uniform Rules for Conduct for International Trade Data by Teletransmission» UNCITRAL. Finalmente, es importante la labor que desarrollo el Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos de UNCITRAL.

Es en el marco del Derecho uniforme comercial internacional donde se busca alcanzar una cierta uniformidad en el comercio vía informática y donde la exigencia de una cierta estandarización en la forma en que se generan los mensajes entre ordenadores constituye una premisa.

Entre las ventajas que el uso de este medio de comunicación supone mencionaremos las relativas a la celeridad, seguridad, desmaterialización, despersonalización, simplificación del proceso de negociación y reducción de los costes de transacción, así como una mayor eficiencia en la administración y gestión de los recursos, lo que consecuentemente está suponiendo una creciente utilización del

²⁰Responde a las siglas Trade Electronic Data Interchange Systems. Informe preparado por la Comisión de las Comunidades Europeas —TEDIS, Situation Juridique des Etats Membres Au Regard du Transfert Électronique de Données. Bruxelles: Commission des Communautés Européennes, septiembre 1989— analiza la situación jurídica, entre otros, del ordenamiento jurídico español. Del estudio se desprende que existe una carencia absoluta de normas que disciplinen la materia, no existen obstáculos jurídicos que impidan que las condiciones generales y las facturas se emitan por medios electrónicos, siempre que en este último caso consten los datos de identificación necesarios a efectos fiscales. Encontrándose que nada se opone a una firma electrónica, ni a que a los documentos electrónicos se les conceda valor probatorio. Así mismo, Commission of the European Communities. TEDIS. Legal Constraints and Inadequacies Relating to the Use of EDI in the field of Accounting. Brussels: Commission of the European Communities, November 1992, pp.202-219.

Por otro lado, la Comisión de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre 1992 en un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales se ocupa del EDI como factor de mejora de la gestión de las empresas en materia de pago.

EDI por las empresas. Con ello se reducen los costes de almacenaje al enviarse las mercancías justo antes de que el stock de la empresa destinataria baje a mínimos, evitándose de esta forma los grandes períodos de depósitos.

Hay problemas legales, por la utilización de este medio acarreado algunas dificultades derivadas de la necesidad de acomodar las especificidades técnicas de este medio de comunicación con las tradicionales exigencias del derecho en cuanto a prueba, firma, documentación, forma escrita, etc.

Dificultades que, tratan de ser superadas como la labor de las organizaciones internacionales.

Pero lo que si esta claro en el marco de la teoría general del contrato, es que en la contratación electrónica-EDI se da el mismo iter formativo del contrato escrito u oral, pudiendo diferenciarse 1) en el hecho de que el contenido de la oferta y aceptación contractual viene configurado por programas informáticos internos que al efectuar las ordenes que se les inserto cuando se diseñaron generan automáticamente el contenido de los mensajes contractuales así como, en ocasiones, su envío, 2) en el hecho de que el canal por el que circulan las declaraciones de voluntad no es la viva voz ni la oficina de correos y telégrafos, sino que son las líneas de telecomunicación.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir la oferta y la aceptación contractuales, se señala que la oferta y la aceptación electrónica cumple los mismos, de la misma manera o incluso con más rigor que las declaraciones en un soporte papel debido a las circunstancias propias a la tecnología. La intención de obligarse es inherente a la implementación del sistema EDI como sistema de contratación. La receptividad de las declaraciones de voluntad se manifiesta en el hecho de que el contrato esta suscrito a un servicio de valor añadido juntamente con el resto de socios comerciales, con la finalidad de intercambiarse mensajes contractuales. La suscripción de acuerdos de intercambios en los que se determine de manera precisa y detallada que mensajes concretos constituirán las ofertas contractuales, las aceptaciones, las versiones de los mensajes, los estándares, los códigos, contribuyen a la consecución de los requisitos prescritos. La coincidencia entre ambas declaraciones de voluntad, requisito denominado regla de la imagen en espejo, dicha

exigencia genera la llamada batalla de formularios, en la cual cada parte contractual insiste en que su formulario o declaración de voluntad es la vinculante en el contrato. Por fin el acuerdo de voluntades perfecciona el contrato cuando se realiza la manifestación de una oferta y una aceptación a través de terminales informáticos implementados en los establecimientos de los contratantes²¹.

²¹ ALVAREZ-CIENFUEGOS, J. M.: “Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos”, *Tercer Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Resumen de Comunicaciones en Informática y Derecho, num.3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 4. Mérida 1992, pp. 1022-1023, quien dice el contrato electrónico se entiende perfeccionado cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente de conformidad con el art. 1262.2 CC, no siendo un obstáculo la regla del art. 54 CCo, que acoge la teoría de la emisión porque ambos momentos, conocimiento y emisión, son actos simultáneos en el tiempo cuando se usan medios electrónicos. PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch Valencia, 1996. p.171-172, quien dice que en el ámbito de la teoría general del contrato, el problema es cómo proyectar a este moderno medio de comunicación la teoría general del negocio jurídico, fundamentalmente las reglas sobre la oferta y la aceptación como determinantes de la perfección contractual. El hecho de que las máquinas ejerciten las órdenes en virtud de un programa preestablecido parece colocar al EDI en una difícil situación cuando se trata de determinar el valor jurídico de una declaración de voluntad «informática» que sustituye a las manifestaciones de voluntad clásicas, y, por otro lado se ha de determinar si la expresión del consentimiento se ven afectadas por la irrupción de esta moderna forma de contratación, con la que se produce una disminución de la intervención humana en el proceso de perfección contractual. No obstante este hecho, la proyección de las reglas dedicadas a la oferta y a la aceptación sobre los contratos perfeccionados mediante EDI no resulta difícil sobre la base del principio de libertad contractual porque, aun cuando se contrata mediante la utilización de medios informáticos automáticos, existe una voluntad que ejecuta la orden a través de un programa preestablecido. El acuerdo de voluntades perfecciona el contrato cuando se realiza la manifestación de una oferta y una aceptación a través de terminales informáticos instalados en los establecimientos de los contratantes.

En el funcionamiento del sistema EDI existe dos partes contratantes: el expedidor (o iniciador), y el destinatario que previamente se han puesto de acuerdo²² para la transmisión de mensajes computarizados de ordenador a ordenador, lo que lógicamente exige algún tipo de conexión (generalmente mediante redes de telecomunicación vía telefónica), así como el acuerdo relativo al formato en el que se enviará el mensaje, el protocolo EDI apropiado, etc., además de las dos partes mencionadas, existe el transportista EDI o centro servidor, también llamado intermediario o, en la terminología anglosajona VAN (Value Added Network), cuya función principal es la de canalizar los mensajes EDI, pudiendo también dedicarse a otras relacionadas con el mensaje informático, tales como su almacenamiento, descodificación, grabación, etc. El sistema transportista puede estar al servicio de una sola de las partes o de ambas e, incluso, puede suceder que el expedidor y el destinatario contraten con su particular transportista debiendo estos ponerse de acuerdo para el intercambio de información.

Con el sistema EDI el acuerdo significa dejar fuera todo el elenco de relaciones contractuales que se generan entre el expedidor y el transportista y entre éste y el destinatario es decir entre un comprador y un vendedor para la transmisión de ofertas y aceptaciones mediante EDI, lo que muy probablemente se llevará a cabo en el marco de contratos de suministro de larga duración más que en uno de compraventa. No obstante, y con independencia del modelo contractual, el proceso de comunicación de mensajes EDI es el mismo. En resumen, el proceso se reduce a lo siguiente :

²²No todas las transacciones EDI se efectúan mediante la realización de un acuerdo marco de intercambio electrónico, si bien puede decirse que son los menos, especialmente desde que las implicaciones legales del EDI se han ido conociendo, a la vez que las organizaciones internacionales se han preocupado por establecer modelos a los que puedan ajustarse los distintos tipos de transacciones. Lo usual será que las partes realicen un contrato por escrito, independiente del contrato base, en el que se establezca un acuerdo de intercambio electrónico de datos. El establecimiento de un acuerdo de este tipo, generalmente referido a una regulación ya establecida, como las UNCID Rules, puede encontrarse inserto en las condiciones generales de una de las partes o en la oferta misma.

a) Comunicación directa: si los ordenadores de la empresa del oferente y del destinatario del mensaje están comunicados directamente, el mensaje podrá decirse que se recibe por el destinatario cuando entra en su sistema informático. Concretamente el proceso mediante el cual se transmite el mensaje es el siguiente: el «Outgoing Transaction Software (OTS)» del sistema del emisor se conecta con el sistema del destinatario mediante una «EDI Transaction Editing Interface (EDI-TEI)»; una vez realizada la conexión, EDI-TEI comprueba algunos datos y acepta la transmisión, tras lo cual se procede a la comprobación total con OTS y al cierre de la transmisión; posteriormente el sistema EDI-TEI del destinatario envía una confirmación del recibo de la orden indicando cuando ésta fue recibida por su empresa; es ahora cuando el mensaje debe hacerse perceptible para lo cual se utiliza el «EDI Transaction Interpreting Interface (EDI-TII)» para descodificar el mensaje EDI, pudiendo el destinatario darle el tratamiento adecuado: imprimirlo, grabarlo o recuperarlo en pantalla. En todo este proceso final de la orden, el contrato celebrado mediante el intercambio de mensajes por medio de ordenadores deberá entenderse perfeccionado cuando el sistema del receptor da entrada al mensaje, esto es, cuando EDI-TEI comprueba y acepta la transmisión, siendo el mismo susceptible de recuperarse por el destinatario; por esta razón el mensaje se considerará enviado cuando sale del sistema informático del oferente, esto es, cuando sale de OTS. No obstante, la distinción carecerá muy probablemente de toda trascendencia práctica por la rapidez en la transmisión de los mensajes EDI.

b) Comunicación a través de un transportista EDI; en este caso, el oferente no se comunica directamente con el destinatario, sino con el intermediario o centro servidor que una vez verificada la conexión y tras las comprobaciones pertinentes depositará el mensaje en el buzón de destino en espera de que el documento sea recogido por el destinatario en la próxima conexión. El buzón donde se depositan los mensajes EDI cumple los condicionantes del artículo 24 CNUC-CIM en orden a la llegada del mensaje (dirección postal, a la que puede sin dificultad asimilarse el buzón informático). No obstante, puede suceder que se haya optado por el envío automático, lo que significa que los documentos que se depositan en un buzón deter-

minado se retransmiten al destinatario mediante llamada saliente generada por el centro servidor, debiendo disponer en este caso el destinatario de una estructura adecuada con capacidad para aceptar llamadas entrantes. El contrato se entenderá perfeccionado, al igual que sucedía en la hipótesis anterior, cuando el sistema EDI-TEI del destinatario comprueba y acepta la transmisión, estando ya el mensaje en situación de poder ser recuperado²³.

También se entiende perfeccionado el contrato cuando el mensaje llega al buzón del destinatario o al propio sistema informático del receptor²⁴.

²³PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 174-175.

²⁴El artículo 9.2 del Acuerdo europeo TEDIS: “Salvo acuerdo en contrario, el contrato realizado por EDI se considerará perfeccionado en el momento y el lugar en que el mensaje EDI que constituye la aceptación de la oferta es disponible para el sistema de información del destinatario”. MADRID PARRA, “EDI Electronic Data Interchange”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 44, p. 147, cree que se acoge el criterio de la emisión (dispatch rule).

El artículo 13 del Proyecto de Ley Modelo EDI se encarga de establecer en qué momento un mensaje se entiende enviado y recibido: “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, el envío se producirá al entrar los datos en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador. 2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) de designar el destinatario un sistema de información para la recepción de esos datos, la recepción se efectuará en el momento de entrar esos datos en el sistema de información designado, pero de ser enviados a algún otro sistema de información del destinatario, la recepción se producirá al recuperar el destinatario los datos; b) de no designar el destinatario un sistema de información, la recepción ocurrirá al entrar los datos en algún sistema de información del destinatario. 3) El párrafo 2 será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se reciban los datos conforme al párrafo 4. 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario de la transmisión informática de datos, la recepción de los datos se efectuará en el lugar donde esté ubicado el establecimiento del destinatario, mientras que el lugar del envío será aquel en que esté ubi-

c) Utilización del EDI automatizado; a diferencia de las dos hipótesis anteriores, existen procedimientos automatizados en los que no existe intervención humana alguna en el proceso de creación de las órdenes. Esta se da cuando existe una conexión entre los ordenadores del comprador y del vendedor o suministrador, de forma que se expide automáticamente una cierta cantidad de mercancías en cuanto se constata que el stock del comprador baja a un mínimo de unidades²⁵. En las situaciones, donde la contratación se efectúa por medio del tercero independiente de las partes, el contrato se perfecciona una vez que las mercancías son enviadas, tratándose de un supuesto de aceptación mediante la ejecución de un acto que se disciplina en el artículo 18.3 CNUCCIM. Conviene precisar que lo normal será que todos los documentos comerciales se envíen también mediante EDI, por lo que si la factura se envía antes —llegando también antes— que las mercancías, éstos serán los documentos que valdrán como aviso de expedición y los que a su vez determinarán la perfección del contrato.

cado el establecimiento del iniciador. Para los fines del presente párrafo: a) si el destinatario tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) si el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual. 5) A los efectos de las normas administrativas, penales o protectoras de la información, el lugar de recepción de los datos se determinará por el párrafo 4)”.

²⁵Se establece como otro tipo de emisión automatizada del consentimiento las relaciones comerciales en que la contratación se lleva a cabo sobre la base de guías de usuarios EDI o “páginas amarillas EDI”. Así, MADRID PARRA, “EDI. Electronic Data Interchange”, *Revista de Derecho Mercantil*, p. 121.

Capítulo 3

Diversas Teorías sobre el Momento de Perfección del Contrato entre Partes no Presentes

En vista de que no es posible encontrar un punto común que aglutine los principios generales de los diversos sistemas legales en orden al momento en que el contrato se perfecciona, lo que finalmente se consiguió en la Convención de Viena sobre la base de establecer como criterio determinante la teoría de la recepción para las declaraciones escritas y la teoría del conocimiento para las declaraciones orales, así como la aceptación mediante actos de ejecución para los supuestos en que la oferta se acepta mediante algún tipo de acto concluyente, a lo que se suma el reconocimiento del papel que el silencio puede desempeñar como declaración de asentimiento.

En los sistemas jurídicos del entorno del common law como los del civil law, si bien en estos últimos el fenómeno se muestra más complicado porque no han desarrollado una práctica jurisprudencial tan intensa como los primeros. La diferencia básica entre ambos sistemas radica en que, al escogerse momentos diferentes que con-

trolan la perfección del contrato, existe también una diversa atribución de las contingencias por las que atraviesa una declaración de voluntad, tratándose, en definitiva, de una mera cuestión de poder o control o, si se prefiere, de riesgo sobre las declaraciones de voluntad.

En cuanto a las teorías de la recepción o del conocimiento, adoptadas por muchos sistemas del civil law, aunque también, por los sistemas del common law, desde la emisión de la aceptación hasta que ésta se recibe o llega al conocimiento del oferente, las irregularidades que pueda sufrir la misma son de cuenta del aceptante. Por otro lado, conforme a la regla del buzón anglosajona «Dispatch, mail box o post Rule» o teoría de la expedición, que también se adopta en varios Códigos romanistas, el aceptante es quien descarga su responsabilidad respecto de la declaración de aceptación en el momento de la expedición de la misma, por lo que la pérdida o los retrasos que pueda sufrir a partir de ese momento deberán ser soportados por el oferente.

Por ello se acepta que existe un espacio de tiempo en el que una de las partes desconoce la perfección del contrato, tratando los diferentes sistemas jurídicos de proteger a uno u otro contratante, en función de la adopción de un momento que determine la perfección del negocio, lo que viene a traer a escena cuestiones de pruebas como, si se adopta la teoría de la emisión deberá probarse ese hecho o de acuerdo con las teorías contrarias —recepción y conocimiento— que la aceptación no fue nunca recibida o conocida; a consecuencia de ello existe un lapso de tiempo de incertidumbre en la que la declaración de voluntad estará sujeta a algún tipo de anomalía que tendrá que sufrir alguno de los contratantes, esto es, una de las partes se encontrará en una situación en la que desconocerá la perfección del contrato.

Si se escoge la teoría de la declaración o expedición, será el oferente quien deberá soportar los riesgos asociados a la transmisión de la declaración. Se trata, pues, de una teoría que tiende a favorecer al aceptante, lo que se justifica en los Códigos que adoptan esta teoría, la mayor parte de las veces de naturaleza comercial, sobre la base de las demandas de agilidad del tráfico comercial, o, en los sistemas jurídicos de influencia anglosajona, sobre la base de la

plena libertad que el oferente tiene para exigir en su oferta que la aceptación no sea efectiva hasta la recepción. Y, al contrario, si se elige la teoría de la recepción o del conocimiento, será el aceptante quien se verá sujeto al evento de cualquier contingencia que afecte a su declaración de voluntad ya emitida. De las cuatro teorías, que pueden concentrarse en dos — las teorías extremas (declaración y cognición) y las teorías intermedias (expedición y recepción), las más aconsejables parecen ser, en opinión de la doctrina mayoritaria, estas últimas¹ porque, tal y como están diseñadas, descargan una

¹En este sentido se pronuncian: PÜIG BRUTAU.: *Fundamentos del Derecho Civil*, t. II, vol. 1, 2ª.ed., 1982 p. 193, al entender que las otras se fundan en circunstancias excesivamente frágiles o subjetivas; y DE ROVIRA y PALOMAR.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958. pp. 166. En cambio, LALAGUNA.: “Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil”, *Centenario del Código Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1989 p. 1141, entiende que las teorías menos aceptables son la de la emisión y la expedición. Luego, a contrario, para este autor las teorías más aceptables parecen ser la de la recepción y cognición. Por su parte el profesor VICENT CHULIÁ F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch 8ava. ed. Valencia, 1995, refiriéndose a los artículos 54 CCo y 1262 CC, dice que: “Aunque ambos momentos” son criticables, por referirse a hechos psicológicos de difícil prueba, sin duda alguna la solución del Código civil está más acorde con la realidad actual del tráfico, en que la ley procura dar el mayor tiempo posible para la reflexión; además señala que: Para la solución razonable del problema en nuestro derecho bastaría interpretar el art. 1262 Ce. (de acuerdo con los arts. 3 y 1253 Ce.) en el sentido de que se presume la cognición de la aceptación cuando ésta es recibida en el establecimiento o residencia del oferente (en todo caso, es aconsejable el acuse de recibo por el destinatario o por quien ostente poder del mismo). VICENT CHULIÁ, F.: “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. t. II. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, n.75, p.4113. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R.: *Contratación Electrónica La prestación del consentimiento en internet*, J.M. Bosch editor Barcelona 2001, p.45, 46 cree que la teoría de la emisión es la que mejor encaja con la contratación electrónica. Desde el momento en que el destinatario-aceptante emite su declaración de voluntad por medios electrónico el contrato es perfecto y obliga a ambas

gran parte de las acusaciones de corte subjetivo que se les achacan a las restantes.

En todas las teorías dominantes es, pues, común la necesidad de proteger las expectativas de las partes a la perfección del contrato.

Al crear la oferta cierta confianza en el destinatario, y también en el oferente, en relación al nacimiento del contrato, las diversas legislaciones tratan de proteger esa esperanza de muy diferentes maneras. El derecho del common law utiliza la mail box rule, adelantando así el momento de perfección contractual cuando la contratación se realiza por correo o telégrafo; en los sistemas de corte germánico la oferta desde su creación es irrevocable; por último, en los sistemas del civil law se protege al destinatario a través de la doctrina de la culpa in contrayendo o del abuso del derecho, a lo que se suma la necesidad de que las declaraciones de voluntad sean conocidas o, al menos, recibidas por sus destinatarios.

La Convención busca dar la necesaria protección que se le ha de otorgar al destinatario, por lo que, de un lado elige la dispatch o mail box rule como barrera temporal a la posibilidad de revocar del oferente, tratándose de un elemento que reduce un factor de inseguridad en la formación del contrato, y, de otro, le otorga una cierta protección mediante la consideración de la irrevocabilidad de la oferta en aquellos casos en que el destinatario razonablemente confía en su carácter irrevocable y actúa basándose en esa confianza. Al desvincular el texto vienes al momento de la revocación de la oferta en la perfección del contrato, cuando la declaración de aceptación se envía por correo o telégrafo, se facilita que el destinatario conozca la revocación porque generalmente sabrá si la ha recibido antes o después del envío de la aceptación, lo que no sucedería si en la Convención se hubiese escogido la teoría de la recepción, pura y simplemente, sin esa limitación temporal. Claro que tampoco

partes para su cumplimiento. Desde ese instante a su criterio en que se exterioriza la declaración de voluntad, pulsando el aceptante en el icono o botón correspondiente en la pantalla de su ordenador, el contrato es perfecto y produce efectos. De este modo la protección es máxima para el aceptante que, una vez aceptado, queda exonerado de cualquier otro requisito o formalidad, incluso la de verificar la llegada del mensaje de datos al oferente.

es insensible ante la protección que merece el oferente; por eso le concede el derecho de retirada y el de revocación de su declaración de voluntad, derecho este último que no posee el aceptante.

3.1 La teoría de la declaración o exteriorización ²

Llamada también de la manifestación y de la emisión, seguida, entre otros, por Bolaffio, Dahn, Demogue, Litten, Pigozzi y Supino,

²47. GOMEZ LAPLAZA Ma.del C.: “Comentarios al Código Civil, Compilaciones Forales” *Revista de Derecho Privado*, (dir. M. Albaladejo y S. Diaz), Editorial de Derecho Reunidas Volumen 1, p.126, expone que esta teoría tendría la ventaja de la celeridad, ya que el aceptante podría comenzar la ejecución del contrato sin esperar a que su declaración fuera conocida por el oferente, aunque habría de comunicarle ese comienzo de ejecución. Llamada «Theory of declarations» en el sistema del common law; y «Erkiärungstheorie, o «Äusserungstheorie» en el sistema alemán. Teoría que a veces se denomina también, de la emisión, por ejemplo, ROGEL VIDE.: ” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258; y ARRILLAGA, J.: “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, RDM, 1952, p. 58. Otros autores, emplean el término emisión como sinónimo de declaración; así, URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 19a ed., Madrid, 1992 p. 564. Se usa también la expresión emisión para designar esta teoría, así como al objeto de describir el iter que atraviesan las declaraciones de voluntad, de forma que la oferta, la retirada, la revocación y la aceptación se emiten, esto es, salen de la esfera íntima de su autor con el propósito de dirigirse al destinatario. En este sentido, emisión y expedición son sinónimos, al contrario de lo que sucede al utilizar estas expresiones en este contexto, donde emitir significa para los autores mencionados en el párrafo anterior hacer perceptible hacia el exterior, pero sin que exista la posibilidad de que llegue a ser conocida por el destinatario una voluntad que permanecía hasta entonces interna. Por su parte, expedir tiene un alcance mayor al realizar el declarante un tipo de actuación que imprime a la declaración manifestada de una cierta significación externa al despojarse de ella: cuando deliberadamente es susceptible de ser conocida. También es sensible a la terminología utilizada LALAGUNA.: “Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil”, *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid. 1989, p. 1140.

sitúa el momento de perfección en el primer estado de la aceptación, es decir, cuando el destinatario de la oferta emite, manifiesta o declara su aceptación al exterior, de forma que una vez que se exterioriza o manifiesta existe consentimiento y, por tanto, perfección del contrato. En esta teoría se prescinde del conocimiento por parte del oferente de la aceptación recaída a su propuesta, y, si bien pensada para aquellos contratos perfeccionados entre partes no presentes, olvida uno de los requisitos esenciales de toda aceptación contractual: su carácter recepticio.

Se trata de la hipótesis en la que el aceptante escribe una carta aceptando la oferta; momento a partir del cual el contrato se entiende perfeccionado, aun cuando la carta se quede encima del escritorio.

Según esto, en los contratos Inter. Absentes, desde el momento en que la voluntad del aceptante se halla en presencia de la voluntad expresa y duradera del oferente y se adhiere a ella también expresamente, surge el consentimiento recíproco de las dos partes y nace el contrato, sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos.

Se dice que esta teoría es impecable desde el punto de vista dogmático³, pero es injusta, es una teoría de corte subjetivo que no puede sostenerse y que además intenta dar una apariencia de objetividad (se exterioriza una voluntad que ya no permanece en el interior del sujeto), pero sin que se haga nada por darla a conocer, por dotarla, en definitiva, del carácter recepticio característico de la mayor parte de las declaraciones de voluntad. Es, una teoría engañosa, ya que sin la posibilidad de darse a conocer tan interna es una voluntad que se esconde en la mente del sujeto como aquélla

³DÍEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, vol. I, Madrid, 1993 p. 295, quien no obstante realiza algunas objeciones a la misma.

que permanece en la esfera íntima del mismo⁴. Por estas razones no encuentra cabida en la Convención de Viena.

Por otro lado existen casos de actos extremos capaces de hacer constar la existencia de la declaración de voluntad, como si el aceptante, sin dar aviso al proponente, participara a un tercero la decisión de aceptar, o si, cuando el que acepta es comerciante y transcribe la carta de aceptación, escrita pero no expedida, en el libro copiador, o en el diario, supuesto que, independientemente de toda comunicación a la otra parte, permiten probar el hecho y la fecha de la aceptación. Pero es evidente que al escribir una carta de aceptación, o al leerla a un tercero, aunque no se realiza un acto de disposición de la voluntad propia, sino que se prepara solo un instrumento mediante el cual se quiere declarar dicha voluntad a la otra parte.

⁴ROGEL VIDE.: "Momento y lugar de perfección del contrato", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258; ORÚS MORATA, A.: "El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia", *Boletín Informativo del Colegio de Abogados*, 1931, (Julio-Septiembre), n. 8, pp. 12 y ss; DE ROVIRA y PALOMAR.: "Problemas de la contratación entre personas distantes", en *A.D.C.*, 1958. p. 157; y LALAGUNA.: "Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil" *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, p.1141, que sigue al primer autor incluso parece que se intentó doctrinalmente otra teoría de corte todavía más subjetivo que la que ahora examinamos; se trata de la teoría de la voluntad que considera el contrato perfeccionado desde el momento en que el destinatario de la oferta la acepta por un acto interno de su libre albedrío. Así lo indica ARRILLAGA.: "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", *RDM*, 1952, pp. 57-58, quien además rechaza de plano esta teoría. Al tercer autor igualmente le parece que si el consentimiento, desde el punto de vista abstracto y filosófico, puede considerarse existente en el acuerdo simultaneo y puramente psicológico de las voluntades de las partes, desde el punto de vista jurídico solo adquiere existencia cierta en el momento en que se afirma en un acto exterior e irrevocable, pues, por ejemplo, la aceptación contenida en una carta, cuyo interior puede no enviarla y aun destruirla, queda desconocida para el oferente, de modo que una aceptación en tales condiciones difiere bien poco de una voluntad aun no manifestada exteriormente.

3.2 La teoría de la expedición⁵

Según esta teoría, para la perfección del contrato es necesario que la declaración de la voluntad de aceptar sea expedida o comunicada al proponente, es decir, desde el momento en que el destinatario de la oferta pone en camino –expide– su aceptación al oferente, se produce el nacimiento del contrato; pues, al dejar de situar tal declaración en su esfera de acción e ir en dirección a la esfera propia del oferente. La teoría de la expedición estima que el segundo periodo de la aceptación es el decisivo para el perfeccionamiento contractual.

Los partidarios de la doctrina de la expedición son Darquer, Girault, Gutouard, Hepp, Serafín, Scheuri, consideran, en oposición a la teoría precedente, que no basta la mera declaración de la voluntad de aceptar, sino que es preciso que el aceptante haga por su

⁵DE ROVIRA Y PALOMAR.: "Problemas de la contratación entre personas distantes", en *A.D.C.*, 1958, pp.156-170. También, DIEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, vol. I, Madrid, 1993, pp.200-202. Quienes dicen sobre la teoría de la exteriorización, emisión o declaración, entienden que es la acogida por el Código de Comercio, ya ponían de relieve PEREZ GONZALEZ Y ALGUER notas al Tratado de Derecho civil, de ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, vol. 2, la parte. Traducida y anotada por Pérez, B y Alguer, J. Bosch, 3^a.ed., al cuidado de A. Hernández y M. C. Gete-Alonso, Barcelona, 1981 p. 241, que la contestación de una carta no significa aun la verdadera decisión de aceptar y, además, es un hecho mas difícil de fiscalizar que el de la expedición o el de la llegada de la carta. Añaden que la carta tiene la fecha que en ella pone el que la suscribe, pero que ello solo puede tener un valor de presunción iuris tantum, pues, de otro modo, se prestaría al abuso.

En el Derecho anglosajón recibe el nombre de «Theory of expedition» y en el alemán los nombres de «Übermittlungstheorie» o «Absendetheorie». Llamada, también, en el derecho, teoría de la remisión por algunos autores: ROGEL VIDE.: "Momento y lugar de perfección del contrato", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258; LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, Tomo 3º. Contratos, n. 2.3. Trivium, Madrid, 1994, p. 64; y PÜIG BRUTAU.: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, 2^a.ed. 1982, p. 192.

parte todo lo necesario para que la aceptación llegue al proponente, o realice la ejecución de algún tipo de acto en relación con la oferta (envío de las mercancías o pago del precio).

Algunos consideran a la teoría de expedición como una subespecie de la teoría de la declaración, ya que considera como momento determinante de la perfección del contrato, el representado por el instante en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad ya manifestada. Siguiendo el ejemplo utilizado en el apartado anterior, el aceptante realiza una actuación positiva consistente en desvincularse de su declaración al dejar la carta en el buzón de correos.

El mayor inconveniente que presenta esta teoría es el derivado de la posible ingerencia del aceptante en el curso normal de transmisión de la declaración de voluntad. Actuación que será posible, siempre y cuando la normativa postal del país desde donde sale la carta o, en su caso, los países de tránsito y destino permitan al remitente de una carta su rescate antes de la entrega al destinatario, lo que únicamente es posible porque se considera que quien despacha la carta es su propietario hasta la entrega de la misma, señal para mí parecer evidente de que el contrato no está aun perfeccionado, ya que con la declaración de voluntad y con el primer acto de su transmisión, la aceptación no es aun completa, sino que necesita llegar efectivamente al destinatario.

3.3 La teoría de la recepción⁶

Quienes comparten con esta teoría, como Enneccerus, Maas, Regelsberger, etc., dicen que la aceptación no es definitiva hasta el momento en que el aceptante se haya despojado completamente de su declaración de voluntad, y esta llegue a la otra parte contratante con posibilidad de conocerla, importando poco si la conoce realmente o no.

En el momento de la aceptación se consigue la perfección del contrato, es decir va un poco más allá, en comparación con la teoría anterior, en esta teoría se exige para la perfección del contrato que la aceptación llegue al destinatario. El contrato se perfecciona cuando se le entrega al destinatario la declaración de aceptación en, lo que puede denominarse en sentido amplio, su ámbito, círculo o sede de intereses, esto es, tal y como especifica la Convención en el art. 24 CNUCCIM, cuando la entrega de la carta se hace al oferente personalmente o en su establecimiento o dirección postal.

En esta tesis se traslada el criterio de la diligencia del aceptante (como sucedía en la teoría de la expedición) al oferente y destinatario de la aceptación, por lo que, si este último pudo y además actuó diligentemente debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque

⁶DE ROVIRA Y PALOMAR.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958, p.159 dice que es un absurdo declarar formado el contrato por el mero hecho de que el oferente haya recibido noticia del destinatario, ya que esta, desconocida de él en su tenor, puede expresar tanto la aceptación cuanto la denegación de la propuesta. Dice también que la conclusión de los contratos Inter. Absentes encontraría grandes obstáculos si debiera depender de un hecho puramente material cuyo cumplimiento puede ignorar el proponente, sin que ni él ni el aceptante tenga culpa alguna. También la prueba, si bien menos incierta que en la teoría del conocimiento, sería difícil de prestar cuando el remitente no hubiere recurrido al certificado postal, y en realidad, si arduo es probar el momento en que se ha leído, no es menos difícil conocer el momento y la verdad de su entrega al destinatario. Denominada en el common law «Theory of reception» y «Zugangstheorie» o «Empfangstheorie» en el ordenamiento jurídico germánico.

no haya existido un conocimiento real efectivo, y el contrato debe considerarse formado.

La Convención adopta esta teoría cuando se trata de determinar el momento de la efectividad de las declaraciones de voluntad escritas oferta, retirada, revocación, aceptación o cualquier otra manifestación de intención.

En base a esta teoría se entiende que la aceptación es efectiva dependiendo de la concurrencia de una doble circunstancia: una de corte subjetivo, que atiende a una cierta cooperación del aceptante que debe remitir su declaración de voluntad, y otra de corte objetivo, ya que la declaración debe llegar a su destinatario y, consecuentemente, los retrasos que pueda sufrir la declaración desde su emisión hasta su llegada son soportados por el aceptante.

La importancia de esta teoría radica en la elección de un momento objetivo que evita que el oferente pueda retrasar la toma de conocimiento de la declaración impidiendo la perfección.

3.4 La teoría del conocimiento, cognición o información⁷

Las teorías anteriores consideran perfeccionado el contrato en los tres primeros estados de la aceptación a diferencia de la teoría del conocimiento donde el contrato se perfecciona en el momento en que el proponente llegue a conocerla. Entre sus seguidores encontramos a: Asser, Bekker, Gabra, Mittermaier, Regnoli, Vidari, Wachter, Wurth.

El fundamento de la teoría de la cognición llamada también del conocimiento y de la información, reside en la aplicación literal del principio conforme al cual para la perfección del contrato es necesaria una concurrencia actual de voluntades, lo que hace que el contrato no pueda entenderse perfeccionado hasta el momento en la que la declaración de voluntad sea completa y eficaz, y esta se da cuando haya llegado a poder del otro contratante.

⁷ROGEL VIDE.: " Momento y lugar de perfección del contrato", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258 y 1259

Es decir esta teoría exige para la perfección del contrato que la aceptación se declare, emita, llegue y se conozca, momento en el que el contrato finalmente se perfecciona. De esta manera el equilibrio entre los contratantes es impecable, debido a que ambos conocen las respectivas declaraciones de voluntad.

Esta teoría es adoptada por regla general por el CC y Cco. español, así como por el CC. ecuatoriano, y la Convención de Viena que la utiliza para indicar la efectividad de las declaraciones de voluntad realizadas de forma oral.

Capítulo 4

La Perfección del Contrato en el Derecho español no Uniforme, y en el Derecho ecuatoriano

Tanto en los de Código de Comercio como en el Civil se disponen de dos normas que declaran el momento en que el contrato se perfecciona.

4.1 La perfección del contrato en el Código de Comercio

Dos preceptos se ocupan del momento de perfección del contrato en este cuerpo legal: los artículos 54 y 55 del Código de Comercio español y los artículos 142 y 145 del Código de Comercio ecuatoriano. El art.55 español, se dedican únicamente a regular la perfección del contrato por medio de un mediador, mientras que los arts. 54 CCo español, y 145 CCo. ecuatoriano, son los que destaca por su importancia, ya que, si bien todos estos artículos se aplicarán a todo contrato mercantil entre presentes o entre personas distantes,

la mayor parte de las situaciones donde esté en juego el momento de perfección del contrato exigirán la aplicación del artículo 54 Cco. español¹ y 145 Cco ecuatoriano.

4.1.1 El artículo 54 y artículo 145 del Código de Comercio ESPAÑOL Y ECUATORIANO

El artículo 54 y el art. 145 Cco español y ecuatoriano respectivamente incluidos en el Título IV (Disposiciones generales sobre los contratos de comercio), Libro I (De los comerciantes y del comercio en general) y en el caso ecuatoriano en el Libro II De los contratos y obligaciones mercantiles en general, Título I Disposiciones generales de los contratos y obligaciones mercantiles en general.

EN ESPAÑA

El anterior artículo 54 Cco. español es mucho más corto en redacción y más complicado a la solución que propone que su precedente en el Cco de 1829 señalan que²:

¹En contra se opina que el artículo 1262.2 CC se aplica a la contratación tanto mercantil como civil a excepción en el primer caso de la efectuada entre ausentes de formación sucesiva a los que se aplicaría el artículo 54 CCo. Así lo entiende DURANY PICH, S.: “Comentario a la sentencia de 22 diciembre 1992, Cuaderno Civitas de perfección de los contratos en el Código Civil”, *Revista Jurídica Española*, Jurisprudencia Civil, Enero-Marzo 1993, n. 31, (R 819), pp. 133 y ss.

²El artículo 243 del Cco. español de 1829 (muy parecido a los art.142, 143,145 y 146 Cco. ecuatoriano) establecía en una redacción muy completa, en comparación con el anterior art. 54 del Cco. que: “En las negociaciones que se traten por correspondencia, se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta expida la carta de contestación, aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva y hasta ese punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada su proposición o hasta que hubiese transcurrido un tiempo determinado. Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente da aviso de haberse con-

"Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada"

La nueva redacción de las disposiciones de los códigos civil y mercantil, ha sido la siguiente:

Artículo 1262 CC.español

"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de construir el contrato.

"Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la acepto, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda

formado con la condición".

El cambio de redacción perjudico, porque, no quedaba del todo claro cuál es el momento —el de la declaración o el de la expedición— que el legislador mercantil español, ha querido acoger como punto determinante de la perfección contractual. Además, este artículo dispone expresamente la posibilidad de revocar la oferta hasta la perfección, indicando al efecto algunas excepciones. Por último, aclara que las aceptaciones condicionales son contrapropuestas, habida cuenta que se exige que el proponente se conforme con la condición. En definitiva se regulan determinados aspectos del proceso de formación de un contrato sobre los cuales los actuales Códigos —civil y mercantil— guardan un absoluto mutismo, pero el este problema en cierto grado se soluciono con la reforma del Art.54 del Cco., que acoge como momento determinante de la perfeccion el de la declaración. Así reconocen que el precepto anterior originaba confusión acerca del momento en que los contratos mercantiles se entienden perfeccionados, DE ROVIRA y PALOMAR.: "Problemas de la contratación entre personas distantes", en *A.D.C.*, 1958, p. 173; y ROGEL VIDE.: "Momento y lugar de perfección del contrato", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258 p. 1260. Por contra, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Vol. 2, la parte. Traducida y anotada por Pérez, B y Alguer, J. Bosch.^{3ª}ed., al cuidado de A. Hernández y M.C. Gete- Alonso, Barcelona, 1981 p. 241, creen que la disposición del Código de Comercio es terminante en cuanto a su significado.

ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”

Artículo 54 Cco:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la acepto, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

EN ECUADOR

En el Art. 145 Cco. ecuatoriano:

“Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente, salvo lo dispuesto antes sobre la indemnización de gastos, daños y perjuicios”.

En el Art. 142 Cco. ecuatoriano.

La propuesta hecha por escrito deber ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residen en la misma plaza y, si en distintas, a la vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.

Vencidos estos plazos, la proposición se tendrá por no hecha, y si la aceptación llegare extemporáneamente a noticia del proponente, este deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposición”.

4.1.1.1 Momento de perfección del contrato

El anterior artículo 54 Cco. español mencionaba que el contrato se perfecciona “desde que se conteste aceptando la propuesta”;

expresión que resultaba un tanto ambigua, pudiendo referirse tanto a la mera redacción de una carta de respuesta a la oferta o a la preparación de un medio de trasladar la aceptación al oferente, como al acto de enviar esta al mismo, lo que daba pie a que parte de la doctrina, especialmente la mercantilista, entienda que se sigue la teoría de la declaración o exteriorización³, mientras que otro sector indica que el criterio adoptado es el de la teoría de la expedición⁴. Se considera que el anterior artículo 54 Cco. acogía

³GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 7ª.ed., revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero, Madrid. p. 17; y *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, Vol. 1, Madrid. p.57; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 20ª. Ed., Madrid, 1997 p. 137; VICENT CHULIÁ.: *Compendio critico de Derecho mercantil*, 3ª.ed., Barcelona, 1990, p. 32; BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos 10ª ed., Madrid, 1994, p. 445; ARRILLAGA.: “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, RDM, 1952, p. 58; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, Vol. 2, la parte. Traducida y anotada por Pérez, B y Alguer, J. Bosch.3ª.ed., al cuidado de A. Hernández y M.C. Gete-Alonso, Barcelona, 1981 p. 240; LUNA SERRANO, A. En LACRUZ, J. L., LUNA, A., DELGADO, J., y RIVERO, F.: *Elementos de Derecho Civil, II, en Derecho de Obligaciones. Teoría General del Contrato*. Vol.2º. Bosch, Barcelona, 1987, p. 92; FERRÁNDIZ, G.: “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, p. 122, que parece, no obstante, inclinarse por una lectura del precepto conforme a la teoría de la expedición; ORÚS MORATA, A.: “El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia”, *Boletín Informativo del Colegio de Abogados*, 1931, (octubre-diciembre), n. 9, p. 11.; ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil español, Obligaciones y Contratos*, Edersa, 6ª. ed., Vol-III, Madrid. p. 378; Por último, URÍA.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 19a ed., Madrid, 1992 p. 564; parece utilizar el término emisión como sinónimo de declaración. También, STS 3 mayo 1978 (RA 1638), si bien incidentalmente.

⁴GALLART CASES .: “El momento de perfección del contrato entre ausentes”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, p. 292; DE ROVIRA y PALOMAR.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958, p. 173; PUIG BRUTAU.: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1,2ª.ed., 1982 p. 193; LASARTE, C.: *Principios de*

la teoría de la expedición, dentro de la doctrina mercantilista, ya que parece hablar que, supuesta la aceptación y vertida esta en una carta o en cualquier otro medio análogo, se ponga aquella o este a disposición del oferente, haciéndole salir de la esfera de poder del aceptante, mediante su remisión o expedición; se indica por Gómez Calero interpreta el artículo 54 CCo. en el sentido de adscribirse a la teoría de la expedición; porque el verbo contestar, tratándose de correspondencia postal, designa comúnmente una acción compleja, que consiste en escribir la carta de respuesta y ponerla en correo, por lo que es lógico que se conteste precisamente a aquel que la formuló o a otra persona en su nombre, y de ahí que la respuesta de aceptación no tendría sentido a no ser considerada en relación con su destinatario.

El anterior artículo 54 CCo. español, era sin duda además de la importancia que presentaba respecto de la perfección del contrato, era trascendental porque se refería a las modificaciones que pueden afectar a la aceptación. A estos efectos declaraba que el contrato se perfeccionaba cuando se contestaba aceptando las condiciones que modifican a la propuesta, lo que significa⁵, que el oferente debía aceptar las modificaciones introducidas en la respuesta a la oferta,

Derecho Civil, tomo 3°. Contratos, n. 2.3. Trivium, Madrid 1994, p. 65; SCALS, J.: "Voz Oferta", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XVIII. Seix, Barcelona 1986, p. 375; COCA PAVERAS, M.: *Artículo 1262 C.C. Comentarios del Código Civil*. Tomo II. Madrid, 1991, p. 452 y GARCÍA VALDECASAS, al indicar que si bien el CCo acoge la teoría de la declaración, el precepto necesita de una interpretación que lo aproxime a la teoría de la expedición. GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte General de Derecho Civil español*, Civitas, Madrid 1983, p. 336. Así, SILVA-RUIZ, P.: "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías". *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Vol. 50, n.º 1-2, n. 16, 1989, pp. 95-96. Por su parte, el artículo 10.1 COS adopta también la teoría de la expedición cuando el contrato se perfecciona entre ausentes.

⁵ORÚS MORATA, A.: "El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia". Boletín Informativo del Colegio de Abogados, 1931, (Octubre- Diciembre), n. 9, p. 11, cree que el artículo 54 CCo indica que cuando una oferta se modifica por el aceptante el contrato sigue siendo el mismo.

que no será ya una aceptación sino una contraoferta⁶. Debe aclararse que el artículo mencionado ha sido reformado, y será motivo de análisis en el acápite siguiente.

En cambio el artículo 145 Cco. ecuatoriano menciona que el contrato se perfecciona “dada la contestación, aprobando pura y simplemente la propuesta”, lo que da pie para que entienda que se sigue la teoría de la expedición, al igual que lo hacía el anterior Art.54 del Cco. español.

4.1.1.2 *Fundamentación de la regla*

Las razones que empujaron al legislador mercantil español a acoger la teoría de la expedición, en un primer momento y ahora la teoría del conocimiento y por excepción la teoría de la recepción, como momento de perfección del contrato parecen fundarse en cuanto a la teoría de la expedición por la rapidez del tráfico comercial que exigía una cierta celeridad en el intercambio de comunicaciones, es decir en las relaciones comerciales, los mayores negocios por número e importancia se concluían por medio de la correspondencia epistolar o telegráfica, entre casas y sociedades que tratan entre sí principalmente por la reputación que gozan de solvencia y de honestidad comercial. Y en cuanto a la adopción de la teoría del conocimiento por la celeridad y seguridad. De hecho se dice que en el derecho comparado las teorías de la declaración y de la expedición son las que suelen incorporar los Códigos de Comercio sobre la base de las necesidades de agilidad que reclama el tráfico mercantil, a diferencia de las necesidades de seguridad jurídica que reclaman los Códigos civiles que, en consecuencia, suelen adoptar la teoría de la recepción o de la cognición⁷.

⁶Parece así reconocerlo, también, MORENO QUESADA, B.: “La oferta de contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, 1956, p. 148; RDN, n. 12, p. 201. además, STS 15 febrero 1974 (RA 576).

⁷Así, DE ROVIRA y PALOMAR.: “Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958, pp. 166-167. Esta orientación aparece acogida, por su parte, por la jurisprudencia francesa que, al carecer de una norma relativa al momento de perfección del contrato, aplica la teoría de la expedición a efectos de determinar ese momento cuando

Por otra parte, la disparidad de criterios que existía entre el artículo 1262.2 CC y el 54 Cco. español, era criticado por unos y rechazado por otros⁸.

Naturalmente, las razones que se suponen dieron paso al acogimiento de la teoría de la expedición en el artículo 54 Cco. español ha desaparecido. No sólo la necesidad de una mayor celeridad en las transacciones debe reconocerse igualmente para los contratos civiles, sino también por la necesidad de una mayor seguridad jurídica en las transacciones.

Con la ley 34-2002 del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE 12 de julio 2002, Nor. 166 (Ley sobre comercio electrónico), modifica los artículos 1262 CC y 54 Cco., ambos dedicados a la determinación del momento y lugar de perfección del contrato civil y mercantil.

La disposición Adicional Cuarta, que modifica el régimen civil y mercantil en materia de perfección del contrato, nos lleva a una unificación contractual en materia de obligaciones y contratos.

El segundo párrafo del art.1262 CC. y el primer párrafo del art.54 Cco. expresamente indica que, "el contrato se perfecciona desde que habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe" lo que significa que la aceptación ha debido emitirse, pero unido al hecho de que el oferente no la haya ignorado, lo que conlleva a la recepción de la aceptación. En definitiva, si bien la primera regla acoge la teoría del conocimiento ("desde que el oferente conoce la aceptación"), la segunda (es una excepción) al acoger la teoría de la recepción⁹.

el contrato es comercial, y la teoría de la recepción cuando el contrato es civil.

⁸Comparte con la disparidad de criterios, ROGEL VIDE, "Momento y lugar de perfección del contrato", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1260 cuando indica que: "no sería del todo desafortunada la disparidad existente en nuestros cuerpos legales, en punto al momento de formación del contrato"; autor que sigue a DE ROVIRA y PALOMAR.: "Problemas de la contratación entre personas distantes", en *A.D.C.*, 1958, p.174

⁹PERALES VISCASILLAS, Ma.P.: "Sobre la perfección del contrato El Popurrí de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código

del Comercio”, *Revista de la Contratación Electrónica*, Nor. 33, 2002, Diciembre pp.68-83, esta autora dice La Ley 34/2002. de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE, 12 julio 2002, n166 (Ley sobre comercio electrónico), aporta la modificación de los artículos 1262 Código Civil(CC) y 54 del Código de Comercio (CCo), ambos dedicados a la determinación del momento y lugar de perfección de) contrato civil y mercantil. Si bien unifica el régimen civil y mercantil en materia de perfección del contrato, se habla de la unificación contractual en materia de obligaciones y contratos. La nueva redacción de las disposiciones de los decimonónicos códigos, civil y mercantil, ha quedado como sigue: Artículo 1262 CC: El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Artículo 54 CCo: Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. La autora expone que en cuanto al momento de perfección se adopta la teoría del conocimiento y por excepción la teoría de la recepción para el régimen civil y mercantil.

FLORES DOÑA Ma.: *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*, Edersa, Madrid.2002, pp.129-131 quien dice que la polémica sobre los artículos 1262 CC y 54 CCo. Se resuelven parcialmente en la Disposición final del PLCE, por la que se establece una misma redacción para los actuales artículos 1262 CC. Y 54 del CCo., ya que en los últimos párrafos de sus números uno y dos dice que en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. De este modo y en palabras del propio legislador se aprovecha la ocasión para fijar el momento... de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio, el problema de la determinación del momento en que se entiende celebrado el contrato electrónico, se resuelve de manera uniforme para todos

Los párrafos 2do y 3ro del art. 1262 CC., así como 1ro y 2do del art. 54 Cco., se han unido en un mismo precepto a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales mayoritarios en relación con el criterio de perfección de los contratos civiles y mercantiles, de forma tal que para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos la regla general determinante del momento de perfección del contrato vendrá establecida por la aplicación de la teoría del conocimiento que se flexibilizará en los casos de negligencia, culpa o mala fe, en los contratos de opción de compra, en el que el oferente retrasa de forma culposa o negligente el conocimiento de la declaración de aceptación, lo que ha supuesto acoger la teoría de la recepción. Para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, las reglas se fijan ahora en el criterio dominante en materia de contratos mercantiles (teoría de la emisión) y así lo refleja en la nueva redacción del precepto.

En el caso ecuatoriano el artículo 145 CCo., su redacción es clara, menciona que el contrato se perfecciona desde que se acepta la propuesta consagrando el sistema de la expedición, puesto que la contestación-aceptación podría llegar a conocimiento del proponente, por haberla colocado su autor fuera de la esfera de acción de su voluntad.

En el artículo Art.143 Cco. relata que el proponente puede arrepentirse “en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume”; con ello se fija la posibilidad de revocar la oferta hasta la perfección, indicando al efecto algunas excepciones (como la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente). Por último, aclara que las aceptaciones condicionales o las modificaciones a la propuesta, se tendrá como propuesta Art. 146 Cco.

En gran medida en España se ha solucionado el conflicto al que hemos hecho alusión, pero en el Ecuador, como medida de futuro,

los contratos regidos por el Derecho español, evitando tener que recurrir a la aplicación analógica de la construcción de los contratos celebrados por correspondencia.

sería conveniente revisar el artículo Art.145 Cco. ecuatoriano que resulta poco adecuado —si bien su papel, tras la entrada en vigor de la Convención de Viena, ha quedado reducido, al menos por lo que respecta a los preceptos del Código de Comercio, al de la contratación nacional por correspondencia— al acoger, como momento determinante de la perfección de los contratos civiles y mercantiles, las teorías del conocimiento y expedición respectivamente, que como hemos visto presenta graves inconvenientes. Y si a esto sumamos la circunstancia que desde un punto de vista estrictamente práctico es ineficiente contar con tres reglas diferentes acerca del momento de perfección del contrato, incluso más si se entiende que el Art.145 CCo. ecuatoriano, se aplican únicamente a los contratos perfeccionados entre personas distantes. Debe tenerse, además, en cuenta que para las empresas resultará costoso redactar sus contratos teniendo siempre presente la diferente naturaleza del objeto del contrato (civil y mercantil), así como en relación a la concurrencia o no de factores de internacionalidad, especialmente desde el momento en que la doctrina acerca de la naturaleza mercantil o civil de un contrato no es ni mucho menos pacífica. Creemos en consecuencia que sería conveniente que se uniformasen los criterios que determinan el momento de perfección del contrato en el marco del derecho general de obligaciones y, por ello, deberían ambos Códigos seguir como modelo las reglas de la Convención de Viena.

4.1.1.3 Interrupción de los mensajes en curso

Si bien la teoría del conocimiento por regla general, es la adoptada por España para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos, la posibilidad de la interrupción de los mensajes en curso no existe, pero podría llevarnos a los problemas de prueba para determinar cuando ha tenido lugar el conocimiento efectivo de la aceptación, cuya solución pasaría, por la necesaria notificación a su vez del oferente al aceptante para informarle de que ha tomado conocimiento de su aceptación.

En cambio la teoría de la expedición que es la que sigue el Código de Comercio ecuatoriano, cuyo mayor inconveniente se deriva de la posibilidad que tiene el autor del mensaje de impedir la llegada

y el conocimiento de la aceptación ya enviada, lo que únicamente sucederá cuando se utiliza el correo y el telégrafo y no cuando se utilizan medios de comunicación instantáneos en los que no existe ninguna posibilidad de retirar la declaración de aceptación¹⁰. Por cuanto se permite la recuperación de la correspondencia ya enviada, en tanto no llegue a poder del destinatario, es propiedad del remitente, quien podrá, mediante el pago de los derechos correspondientes, recuperarla o modificar su dirección, siempre que las operaciones necesarias para encontrarla no perturben la marcha regular del servicio. Lo mismo sucede en el caso de que se utilice al denominado courier internacional de documentos, esto es, aquel servicio rápido internacional de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas¹¹.

El hecho que acontece cuando se utiliza el correo y el telégrafo en el Ecuador, es curiosa porque si de una parte el contrato mercantil se perfecciona con el envío de la declaración de aceptación, de otra el aceptante puede impedir la llegada de la aceptación, lo que le permite tanto especular a costa del oferente como burlar una disposición del Código, circunstancia que acontecía en España hasta antes de la Reforma de los Códigos Civil y de Comercio¹². Esta posibilidad, por otra parte, queda excluida cuando se utilizan medios de comunicación instantáneos. Es, pues, la especialidad del medio de comunicación empleado, el correo y el telégrafo, lo que posibilita esa actuación del aceptante contraria en principio a la lealtad que se entiende inherente al proceso de negociación. No obstante, y sin perjuicio de la existencia efectiva de esta posibilidad, el hecho es

¹⁰No parece acorde con el carácter recepticio de la aceptación, que precisa como tal que llegue a conocimiento de su destinatario, al menos a su círculo de intereses, de modo que pueda con un comportamiento diligente tomar conocimiento de esta.

¹¹GARRIDO PÉREZ, A.: *La regulación jurídica de los servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas*, LL, 1995, pp. 1 y ss.

¹²Así parece deducir PUIG BRUTAU.: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1, 1982, 2ª.ed., p. 196, que esta falta de armonía entre uno y otro hace que la teoría de la expedición no deba tener necesariamente valor decisivo para la perfección del contrato.

que el contrato se perfecciona desde el momento en que el aceptante deposita su carta en el buzón del correo. Pero podría ocurrir que el destinatario de la declaración tenga conocimiento de ese hecho y consecuentemente exija la válida perfección contractual, lo que planteará el consiguiente problema de prueba¹³. Fuera de este supuesto no podrá impedirse, cuando la legislación lo permita, que el autor de una carta retire la misma e imposibilite la llegada a su destino. Análoga situación se produce en el ámbito de la Convención si se envían las mercancías sin comunicación al oferente —tal y como admite el artículo 18.3 CNUCCIM—, en cuyo caso el contrato será perfecto, aunque el aceptante pueda pedir mediante una contraorden la vuelta al lugar de origen de las mercaderías. Al igual que en el supuesto de la contratación por carta, el oferente muy probablemente —al menos cuando es la propia oferta la que dispensa de la comunicación— no llegue a enterarse de la perfección del contrato, lo que no impide que se trate en sede teórica de un incumplimiento contractual.

Se plantea, también, la hipótesis en que la declaración de aceptación se envía por correo —lo que implicaría siguiendo al artículo 145 Cco ecuatoriano, la perfección del contrato—, pero el oferente aún así envía una declaración intentando retirar su declaración por un medio de comunicación más rápido, lo que en la hipótesis comentada supone que el oferente conoce la declaración de retirada antes que la declaración de aceptación. Parece que en estos supuestos una

¹³PARRA ABAD, A.: “Un comentario al art.18 de la ordenanza postal, La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia”, *ADC*, 1961 p. 913, la solución ofrecida por este autor sería válida para el caso ecuatoriano, quien dice que no existe una contradicción entre la ordenanza postal y el CCo —lo que llevaría a la nulidad de la primera—, sino que se trata de una laguna legal, debiéndose encontrar un medio para evitar que la declaración de voluntad quede a disposición del expedidor. Este remedio no es otro que la extensión del artículo 51 CCo a la correspondencia postal. De esta forma, sigue el autor, podría figurar en ella un membrete o estampilla con las palabras prohibida la devolución al expedidor, manteniéndose así el principio consagrado en el derecho Postal y, al mismo tiempo, se evitaría que la correspondencia comercial, y con ella las declaraciones de voluntad creadoras del contrato, quedarán a disposición del remitente.

aplicación estricta de la regla del artículo 145 CCo., llevaría a que la declaración de retirada sea ineficaz porque jurídicamente ha de considerarse perfecta la declaración que es efectiva con anterioridad en el tiempo¹⁴.

Igualmente es necesario dilucidar el artículo 55 Cco. español, que es la segunda y última norma se dedica a la perfección del contrato en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio estableciendo al efecto que:

"Los contratos en que intervenga Agente o Corredor quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubiesen aceptado su propuesta..."

Del tenor literal del precepto, se desprende que solo da cabida a los Agentes, Corredores y en general a cualquier tercero que reúnan la condición de intervenir en la perfección del contrato actuando como mediadores —esto es, como aquellas personas que sin prestar su consentimiento y sin ser representantes de ninguno de los futuros contratantes se dedican a promover negocios acercando al efecto a las partes interesadas— y no como fedatarios según entiende la doctrina mayoritaria¹⁵.

¹⁴Se manifiesta contrario el PUIG BRUTAU.: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1, 1982, 2ª.ed., pp. 195 y ss., al atender de forma preponderante al método sociológico que al conceptual, esto es, se ha de prestar mayor atención, en su opinión, a las circunstancias de cada caso concreto más que a las reglas que señalan un momento clave para la perfección del contrato. De esta forma, el citado profesor entiende —si bien comparando las teorías de la expedición y de la recepción y sin que parezca que se involucre como momento de perfección del contrato el momento de la expedición de la aceptación— que en el hipotético caso planteado el aceptante debe poder revocar su aceptación, siempre que la declaración en tal sentido llegue a conocimiento del autor de la oferta antes que la declaración revocada. Se adopta una solución casi idéntica a la de los sistemas del common.

¹⁵Entre la doctrina, SÁNCHEZ CALERO.: *Instituciones de Derecho Mercantil II. Títulos y Valores, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Marítimo*. 17ª, ed. Edersa, Madrid 1994, pp. 138-139; VICENT CHULLIÁ.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª.ed., Barcelona, 1990, pp.33-34.

El título VI del Libro I del Código de Comercio se titula «De los Agentes

Es precisamente por ello que la doctrina mercantilista la que suele indicar que el artículo 55 Cco. hace referencia a los mediadores que se limitan a poner en contacto a las partes contratantes sin ser representantes de ninguna de ellas¹⁶.

Efectivamente, la nota de una actuación del tercero sin que presente a ninguno de los futuros contratantes y sin que se convierta en parte del contrato que aquéllos celebren debe ser lo importante a la hora de enjuiciar la aplicabilidad del artículo 55 Cco., porque éste en su tenor literal claramente da a entender que el contrato se perfecciona cuando los contratantes hubiesen aceptado la propuesta del tercero, que actuará normalmente bajo un contrato de mediación o corretaje, el cual le vinculará con alguna de las partes inmersas en el contrato cuya perfección se promueve.

En cambio en el Art. 142 del Cco. ecuatoriano se habla de propuesta hecha por escrito y debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residen en la misma plaza y, si en distintas, a la vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta, esto en relación con

mediadores del comercio,...», distinguiéndose al efecto entre los agentes y corredores libres y los colegiados. Los agentes o corredores colegiados son aquellos que ostentan el carácter de notarios en cuanto se refieran a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio, debiendo llevar al efecto un libro-registro; además, sus libros y pólizas hacen fe en juicio (art. 93 CCo). Por su parte, los Agentes y Corredores libres carecen de fe pública y los modos de probar la existencia y circunstancias de los actos o contratos en que intervengan serán los establecidos de forma general (art.89 CCo). Con toda claridad, ya se encargó el profesor GARRIGUES de establecer que los llamados Agentes mediadores por el Código de Comercio no son en realidad agentes. GARRIGUES, Tratado III, tomo 1º, p. 582 y Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I, Vol. 3º. Extinción y Transformación de sociedades. Fusiones y Uniones de Empresas. Obligaciones Profesionales del Comerciante. Agentes Mediadores y Auxiliares. Registro Mercantil. Madrid, 1947, pp. 1444 y ss

¹⁶SÁNCHEZ CALERO.: *Instituciones de Derecho Mercantil II. Títulos y Valores, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Marítimo*, 17ª.ed. Edersa, Madrid 1994, pp. 138.

el Art.145 del mismo cuerpo de leyes que dice que aprobada la propuesta queda en el acto perfeccionado.

Es importante resaltar los siguientes aspectos:

a) El término «propuesta» de los artículos 142 y 145 Cco. ecuatoriano, es sinónimo de «oferta», por lo que no cabe que se incluyan en la disposición aquellas situaciones en que, de una parte, un tercero que actúa carece de poder de representación, limitándose únicamente a transmitir una invitatio ad offerendum de parte de su principal con el objeto de que los futuros clientes realicen ofertas (pedidos) que él transmitirá a su principal, quien por último perfeccionará o no el negocio. Se trata de los típicos supuestos en los que se contrata bajo la cláusula «salvo confirmación o aprobación de la casa» por medio de los representantes y viajantes de comercio dependientes o en general por cualquiera que se halle vinculado con el empresario por una relación laboral. Y tampoco es posible dar cabida a los agentes o corredores que a tenor del artículo 74 del Código de Comercio ecuatoriano¹⁷ se obligan exclusivamente «a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena...», ya que, como sucede en el caso anterior, los agentes se limitan a transmitir las propuestas de uno de los futuros clientes al empresario al que representan.

b) La oferta o propuesta a que se refiere el artículo 145 Cco. ecuatoriano ha de ser además aceptada por los dos futuros contratantes. Por esta razón debe entenderse que el agente o corredor es un tercero independiente que no representa a ninguno de los futuros contratantes y que circunscribe su actuación a proponer la perfección del negocio a quienes intervendrán en él y quienes consecuentemente serán las personas que deberán prestar su consentimiento; por ello se encarga de llevar a cabo las gestiones necesarias para conseguir el acuerdo de voluntades necesario para la perfección del contrato. No existe, pues, una oferta y una aceptación en el sentido clásico, sino una iniciativa — que adopta un tercero independiente—, de donde derivan ofertas y aceptaciones subsiguientes protagonizadas, según el caso, por los futuros contratantes del ne-

¹⁷Los corredores son agentes reconocidos por la Ley para dispensarles su mediación a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos.

gocio. Por ello, no puede darse cabida en el precepto del artículo 142, a aquellas situaciones en las que el tercero actúa por cuenta de uno de ellos, como comisionista Art. 374 del Cco. ecuatoriano¹⁸, comisionista que le representa, ostentando además la facultad de dejar obligada a la empresa a la que representa sin necesidad de que su principal deba volver a prestar su consentimiento. El contrato se perfecciona en esas hipótesis cuando el destinatario de la oferta — realizada por el comisionista — acepta la propuesta (comisión de venta) y al contrario cuando el comisionista acepta la propuesta del vendedor (comisión de compra). Se trata de un supuesto más excepcional en el ámbito de la actuación del agente, que normalmente solo se dedica a la promoción y no a la conclusión de contratos, y se exige que el agente tenga atribuida esa facultad.

En cualquier caso, el comisionista o agente puede actuar en nombre de su comitente o empresario, por lo que el oferente o el aceptante, según los casos, sabrá que el comisionista o el agente es un apoderado de la persona con la que realmente se obliga. Puede, además, suceder que el comisionista —y no el agente — actúe en nombre propio (representación indirecta), planteándose el problema de quién es el sujeto que efectivamente contrata.

4.2 La perfección del contrato en el Código Civil

Para el estudio de las normas dedicadas al perfeccionamiento del contrato en el Derecho español y en Derecho ecuatoriano, examinaremos las normas de los Códigos Civil; normas que son insuficientes e imprecisas¹⁹ y que corresponde a la realidad econó-

¹⁸Comisionista es el que ejerce actos de comercio, en su propio nombre, por cuenta de un comitente

¹⁹Como acertadamente han señalado: LALAGUNA.: “Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil”, Centenario del Código Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, p.1136; ROGEL VI-DE.:” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1254; DE ROVIRA y PALOMAR.:”Problemas de la contratación entre personas distantes” , en *A.D.C.*, 1958, p. 150; y CERDA GIMENO, J.: “En torno a la formación del contrato (Comentarios a la obra de A. Ravazzoni: La Formación del contrato: I La

mica de la época de promulgación de los Códigos; calificativos que son extensibles a la normativa, más escasa si cabe, del Código de Comercio.

En lo que atañe a la normativa de este último cuerpo legal debe complementarse con las disposiciones del Código Civil relativas al modo en que se logra el consentimiento, conservando plena identidad las disposiciones del primer texto en lo atinente al momento de perfección del contrato.

4.2.1 La consecución del consentimiento contractual

El artículo 1258 CC español, situado en el capítulo primero (Disposiciones Generales), título II (De los contratos) del Código Civil, y el artículo 1.453, y 1459 código civil ecuatoriano, situado en el Libro IV De las obligaciones en general y de los contratos, título I De las definiciones, indican cómo se perfeccionan los contratos expresando al efecto que basta el mero consentimiento en el caso español, y el concurso real de las voluntades en el caso ecuatoriano. Por su parte, el artículo 1261 CC español y el artículo 1.461 código civil ecuatoriano señalan los elementos necesarios que se exigen para el nacimiento del contrato: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. La concurrencia de estos elementos es imprescindible, por lo que su falta implicará la nulidad absoluta del contrato, no pudiendo llegar a nacer el mismo a la vida jurídica. El artículo 1262.2 CC español, y el artículo 1.462 y siguientes del código civil ecuatoriano, por su parte, complementa a esta disposición al llenar de contenido a ese consentimiento reiterando que ha de recaer sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato; además, le imprime de una forma de manifestación: mediante el concurso de la oferta y la aceptación.

Una vez que el consentimiento de ambos contratantes coincide el negocio se perfecciona, y el contrato existe (art. 1254 CC. español y artículo 1.453 código civil ecuatoriano). De esta forma, el

fase del procedimiento". Milán: Giuffré, 1966). *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1973, p. 907; y n. 16, p. 934, quien critica duramente la "orfandad" normativa del Código.

consentimiento contractual de dos partes, que intervienen libre y conscientemente, asume la función de ser un medio para la perfección del contrato, a la vez que un requisito esencial de su validez (art. 1261 CC. español y artículo 1.461, numeral segundo código civil ecuatoriano). Por eso, el contrato obliga, de conformidad con el artículo 1278 CC. español y el artículo 1.454 código civil ecuatoriano cuando concurren las condiciones esenciales para su validez, que son el consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato y la causa de la obligación (art. 1261 CC. español y artículo 1.461 del código civil ecuatoriano). La perfección no es, pues, fundamento, sino presupuesto de validez y de eficacia del contrato, de forma que solo a partir de un contrato perfeccionado podrá, de una parte, examinarse su validez; y de otra cuando puede decirse que el contrato obliga y que es eficaz. Esto es, desde el momento de la perfección y siempre que el contrato sea válido comenzará el mismo a desplegar sus efectos jurídicos propios, a menos que la eficacia quede supeditada a algún tipo de condición, en cuyo caso queda suspendida hasta el momento en que pueda iniciarse la producción de sus efectos. Así la perfección debe diferenciarse de la eficacia, la cual se refiere a ciertas exigencias necesarias para la existencia del contrato pero que quedan fuera del iter contractual que lleva a la perfección. Esta delimitación en el marco de la Convención no ha conseguido todavía perfilarse mediante presupuestos claros.

Estos preceptos básicos del derecho de contratos en general se asocian en lo que ahora interesa a otro relativo a la compraventa en particular: el artículo 1450 CC. español, y artículos 1740 código civil ecuatoriano que exigen la concurrencia en el momento de la perfección del elemento monetario de la transacción: el precio. De estos preceptos se deduce que nuestros Códigos Civil adopta un punto de vista clásico sobre la perfección del contrato: hace falta el consentimiento válido de los contratantes, manifestado en la forma de una oferta y una consecutiva aceptación, y concretado sobre la cosa, la causa y el precio constitutivos del contrato de compraventa.

4.2.2 El momento de perfección del contrato por carta

El lugar de formación del contrato mercantil español, no estaba regulado de forma expresa en el Código de comercio, en consecuencia y en virtud de la remisión del artículo 50 Cco. al Código Civil, se debía aplicar las reglas que regían al Código Civil para los contratos concluidos por correspondencia esto es, artículo 1262.2 CC., hoy reformado. El contrato, en tal caso, se presumía celebrado en el lugar que se había hecho la oferta. Por lo tanto el lugar de perfección era el de formulación de la oferta.

Por otro lado continuaba el mencionado artículo diciendo que “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta. Sino desde que llegó a su conocimiento”, y como se deduce se adoptaba, como momento en el cual el contrato se perfeccionaba por carta la teoría del conocimiento, llamada también teoría de la cognición, porque se exigía el efectivo conocimiento por el oferente del contenido de la declaración de aceptación, lo que se fundamenta por la naturaleza misma del contrato que se entiende como el producto de la conjunción de dos voluntades mutuamente conocidas.

No obstante, la aplicación de esta teoría daba lugar a que si el oferente tenía mala fe podía retrasar la fecha del conocimiento de la aceptación, y, en consecuencia retrasar la perfección del contrato. Quedando al arbitrio de una de las partes la formación del contrato, que podría demorar indefinidamente. El Tribunal Supremo ante ello, a través de numerosas sentencias, STS del 7 de noviembre de 1976, del 28 de mayo de 1976, del 16 de abril de 1979, del 23 de diciembre de 1992, ha interpretado el anterior artículo 1262.2 del CC, estableciendo, en su lugar, como momento de perfección aquel en el cual el aceptante pone al oferente en condiciones de conocer el contenido de la declaración, cuando la carta entra dentro de su círculo de intereses, es decir cuando la aceptación ha llegado al ámbito de posible conocimiento del oferente y que este haya podido conocerla actuando diligentemente, al margen de que el efectivo conocimiento se haya producido o no.

Resultan a estos efectos plenamente correctas las afirmaciones contenidas en la STS 24 abril 1995 (RA 3546)88, donde se discu-

te el momento de perfección de un contrato de opción de compra sin que concurren ninguna de las circunstancias obstativas. En el supuesto planteado, el optante tres días antes de la fecha límite para el ejercicio del derecho de opción acude al Notario para que realice la oportuna notificación mediante carta certificada que no se deposita en correos hasta pasados dos días de la fecha límite del ejercicio. El optante demanda ante el Juzgado de primera instancia que se condene al concedente de la opción al otorgamiento de la escritura de venta. El tribunal, considerando que la aceptación no obliga hasta que el oferente tiene conocimiento de la misma, desestimó la demanda por haberse ejercitado la opción fuera de plazo. En grado de Apelación, la Audiencia la revocó, estimando la demanda, porque la compraventa se perfeccionó por la exclusiva voluntad del optante, manifestada dentro del plazo. En Casación, se estima el recurso interpuesto por el concedente de la opción y así se señala que: “La compraventa no queda perfecta por la sola manifestación de voluntad del optante dentro del plazo de ejercicio de la opción, sino que es necesario, dada la naturaleza recepticia que posee, que llegue a conocimiento del concedente de la opción o vendedor dentro del susodicho plazo [...].”

Aplicando necesariamente el párrafo 2º del anterior artículo 1262 CC., la venta no se entiende perfeccionada hasta que el oferente (concedente o vendedor) no conoce la aceptación (del optante)”

La doctrina justifica las diferentes opciones tomadas, en cuanto a como se distribuyen el momento de perfección del contrato en función de los diferentes medios de comunicación²⁰.

²⁰DÍEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas. Madrid, 1993, p.298, aunque sin mencionar el juego de los artículos 1254 y 1258 CC, claramente indica que el artículo 1262.2 CC se refiere únicamente a la aceptación hecha por carta, de donde se infieren dos consecuencias; en primer lugar, que queda fuera del ámbito del precepto aquellos supuestos en que se contrata entre personas presentes o entre personas distantes cuando ha existido entre ellas un proceso de comunicación interrumpido; y, en segundo lugar, que entra dentro de la disposición los contratos entre personas distantes cuyo proceso de comunicación se realiza ex intervalo temporis, cualquiera que sea el medio de comunicación empleado. no obstante, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN,

A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I. Tecnos, Madrid 1995, p. 434, donde claramente restringen la aplicabilidad del artículo 1262.2 CC a los contratos celebrados por carta; LALAGUNA.: “Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil” Centenario del Código Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, p. 1143, entiende que la regla general es la establecida en el art. 1262.1 CC, aplicándose la regla del párrafo 2º a los contratos entre personas distantes de formación sucesiva se conozca o no la aceptación. Incliniéndose por la misma solución, se muestran en LACRUZ, J. L., LUNA, A., DELGADO, J., y RIVERO, F.: *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Teoría General del Contrato*, Vol.2º. Bosch, Barcelona 1987, p. 92; y COCA PAYERAS.: *Comentario al artículo 1262 Código Civil*, (dir. por C.Paz-Ares, L. Diez Picazo, R.Bercovitz y P. Salvador Coderch.) Tomo 2, Ministerio de Justicia 1991, Madrid, p. 453. ROGEL VIDE.: ” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1269, es de todos los autores el que, en nuestra opinión, más claramente lo indica: Yes que, en definitiva, si el contrato se forma con la conjugación de los consentimientos, la perfección del contrato tiene lugar, se produce, cuando y [...] donde la aceptación sea emitida». Además, a diferencia de los anteriores, sí señala cómo se distribuiría el momento de perfección del contrato en función de los diferentes medios de comunicación, de forma que aplica la solución del art. 1262.2 CC a los contratos concluidos por carta y telégrafo, pero no a los concluidos por teléfono y télex, que al ser contratos de formación instantánea entre ausentes deben considerarse como contratos entre presentes ROGEL VIDE.:” Momento y lugar de perfección del contrato”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1982, p. 1258. En el mismo sentido, DE ROVIRA y PALOMAR.:”Problemas de la contratación entre personas distantes”, en *A.D.C.*, 1958, pp. 170-171, que también aplican el juego de esos artículos aunque sin mencionar al 1254 CC, extendiendo asimismo el ámbito de aplicación del precepto a la contratación realizada por telegrama, telefonema y mediante nuncio. Por su parte, COCA PAYERAS COCA PAYERAS.: *Comentario al artículo 1262 Código Civil*, (dir. por C.Paz-Ares, L. Diez Picazo, R.Bercovitz y P. Salvador Coderch.) Tomo 2, Ministerio de Justicia. Madrid 1991 p.453, entiende que al telefax y al correo electrónico entre ordenadores les es aplicable la regla relativa a los contratos entre presentes. Por último, la jurisprudencia ya ha sostenido desde la conocida STS 3 de enero de 1948 (RA 11) que los contratos celebrados por teléfono son contratos entre presentes, lo que en el supuesto de hecho debatido, la perfección de un contrato de seguro de transporte, se produjo al aceptar verbalmente

Pero toda esta discusión doctrinaria y jurisprudencial ha terminado con la expedición de la ley 34-2002 del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE 12 de julio 2002, Nor. 166 (Ley sobre comercio electrónico), modifica los artículos 1262 CC y 54 CCo, ambos dedicados a la determinación del momento y lugar de perfección del contrato civil y mercantil, consiguiéndose una unificación contractual en materia de obligaciones y contratos, en la que se establece que para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos la regla general determinante del momento de perfección del contrato vendrá establecida por la aplicación de la teoría del conocimiento que se flexibilizará en los casos de negligencia, culpa o mala fe, en los contratos de opción de compra, en el que el oferente retrasa de forma culposa o negligente el conocimiento de la declaración de aceptación, lo que ha supuesto acoger la teoría de la recepción.

4.2.3 El momento de perfección de la contratación telefónica

La sentencia de 3 de enero de 1948 establece que los contratos concluidos por teléfono serán considerados como contratos entre presentes²¹. Respecto a la doctrina, esta es partidaria del tratamiento analógico de la contratación telefónica como contratación entre presentes, respecto del momento de perfección del contrato.

el representante de la Compañía la propuesta del Agente de la Compañía Aseguradora (art. 55 CCo), declarando además que no se dan los presupuestos para la aplicación del artículo 1262.2 CC.

²¹La sentencia dice lo siguiente “dicho contrato alcanzo el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía acepto 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, como lo ha venido a reconocer nuestra legislación en el artículo 225 del Código de Obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos, al disponer que las ofertas y aceptaciones realizadas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente, se entenderán hechas entre presentes”.

No obstante, en cuanto al lugar, el contrato se estima perfeccionado de la misma forma como si de una contratación epistolar se tratase.

4.2.4 El momento de perfección del contrato celebrado por medio de mensajero

En cuanto al momento y lugar de perfección del contrato celebrado por medio de mensajero tenemos. Según la teoría de la declaración, cuando el aceptante de su respuesta al nuncio es como si la comunicación al que le envía, el cual, habla y escucha por boca de su mensajero, luego a el mismo por consiguiente, es a quien el aceptante responde cuando comunica al mensajero su aceptación, y entonces también las dos partes se vinculan y el contrato se forma.

Por el contrario según el sistema de cognición, el mensajero ejerce la función pasiva de una carta que habla, por lo que el contrato ha de entenderse concluido en el lugar y en el tiempo en que la respuesta llegue a noticia del proponente. Si, efectivamente, el mensajero cumple, con respecto al remitente, la misma función que el telégrafo o la carta, el contrato se reputara concluido y perfeccionado directamente entre quien lo expide y a quien se envía.

4.2.5 El momento de perfección del contrato por télex

Es equiparable al supuesto del teléfono respecto del momento de perfección, mas no con relación al lugar, que será el domicilio del oferente, por aplicación analógica del Art. 1.262.2 CC. español, y por ser este domicilio el lugar donde se exterioriza la aceptación.

4.2.6 El momento de perfección del contrato por fax o telefax

Es una contratación entre presentes, de la misma forma que el teléfono respecto del momento de perfección. En cuanto al lugar, el contrato se considera perfeccionado como los contratos por correspondencia. Es claro que estos contratos deberían ser clasificados como contratos entre personas distantes, como contratación

epistolar del Código Civil y como simple contratación por correspondencia según el Código de Comercio, pues se da una razón de semejanza clara entre ambos lapso temporal aunque pequeño entre la emisión de la declaración y su efectiva recepción y distancia temporal entre los contratantes.

El proceso de formación se asemeja al del contrato por télex, por lo que seguirá en todo sus reglas, de hecho, en la práctica lo ha venido a sustituir.

4.2.7 El momento de perfección del contrato por telégrafo

La contratación realizada por medio de telégrafo se dan las mismas características que en la contratación epistolar las personas están geográficamente separadas y también media un lapso temporal entre la emisión de las declaraciones de voluntad y su recepción por la otra parte sea la oferta, sea la aceptación. En consecuencia, una interpretación autoriza a aplicar la regla que rige la contratación por correspondencia a la contratación por telegrama.

Si bien el CCo. español ha regulado la contratación por medio del telégrafo, pero no a fines de fijar el momento de perfección del mismo sino a fines de fijar la obligación de preverlo por contrato escrito.

4.3 La perfección del contrato en la convención de Viena

La Convención de Viena de 1980 unifica la normativa sustancial en materia de contratos de compraventa internacional de mercaderías, evitando de esta suerte, las diferencias existentes por la coexistencia de distintas soluciones nacionales.

El Convenio, sin embargo, no regula todas las compraventas internacionales²², ni, tampoco, todos los aspectos de ellas. Además,

²²MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi Editorial, Navarra 2000, pp 362-365. quien manifiesta que se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías (toda clase

su aplicación depende de la voluntad de las partes y de determinados usos presentes en el comercio internacional.

Una de las tareas más arduas con la que tuvieron que enfrentarse los redactores de los distintos textos es hallar un momento aceptable en virtud del cual el contrato pudiese entenderse perfeccionado para todos los sistemas jurídicos implicados en la elaboración de los sucesivos Proyectos, incluido el de 1978, que llevaron a la aprobación de la Convención de Viena.

La razón principal, para atender a un doble proceso legislativo del derecho sobre compraventa radicaba en la imposibilidad de llegar a un acuerdo acerca del momento en que el contrato debía entenderse perfeccionado, particularmente desde que no existe unanimidad, acerca de ese momento en los diversos ordenamientos jurídicos. El momento de perfección se determinó ya en el Proyecto de Roma sobre formación de 1958 al expresar en el artículo 12 de que si la aceptación consistía en una declaración, el contrato se entendería perfeccionado en el momento en que la declaración fuese comunicada al oferente, mientras que si consistía en la ejecución de un acto, ese sería el momento que determinase la perfección. Sin embargo, aun siendo natural que la declaración de aceptación debía comunicarse, fallaba el Proyecto a la hora de determinar el momento exacto en que esa comunicación debería entenderse efectiva, excepto en el supuesto de que la aceptación se hubiese realizado por correo, telégrafo o mensajero, en cuyo caso la aceptación se

de bienes muebles corporales, quedando excluidos los bienes inmuebles y los incorporales, no importa que se trate de una compraventa civil o mercantil) entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes que les sea conocido al momento de la celebración del contrato, sin importar ni la nacionalidad de los contratantes, ni el lugar de celebración del contrato ni la situación de la mercancía, siendo además necesario que esos Estados sean contratantes, y si no lo son al menos si las normas de Derecho Internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante, no siendo aplicable a aquellos Estados que hayan declarado su no aplicación en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Se excluyen a) cuando se trata de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico del comprador, b) en subastas, c) las ventas judiciales, d) las relativas a valores

tomaba efectiva si se entregaba en la dirección del oferente (art. 10).

Iguales esfuerzos han hecho los redactores de la parte dedicada a la perfección del contrato de compraventa en la Ley Uniforme sobre formación del contrato de 1964, donde se discutió a acerca de la conveniencia de incluir una disposición que indicase el momento de perfección del contrato, lo que finalmente se logró sobre la base de repetir las disposiciones del Proyecto anterior (artículos 8 y 12 LUF). La situación actual —en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional no hace diferenciación respecto a la contratación instantánea o no instantánea, es decir, entre presentes o entre distantes, en lugar, se limita a establecer el momento en que la aceptación surge efecto. Esto hace que se considere que la misma regla se aplique en ambos supuesto, en cuanto a la perfección del contrato, el artículo 23 CNUCCIM, que se dedica única y exclusivamente a concretar o resumir lo que se ha especificado en otras disposiciones de la parte II del texto uniforme vienes.

4.3.1 La oferta

4.3.1.1 *Existencia de una oferta*

El artículo 14.1. especifica que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercancías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio, o prevé un medio para determinarlos.

La oferta puede provenir tanto del comprador como del vendedor y que, para que sea considerada como tal, debe ser concreta —hasta el punto de permitir que la relación se desarrolle sin modificación respecto de los bienes objeto del contrato y las personas del mismo— y, manifestar claramente la voluntad de vincularse mediante el mismo.

Ello plantea directamente la cuestión de la precisión de las mercaderías y del precio a pagar por las mismas. El elemento decisivo

en este caso para medir su precisión, es que no sea necesario un nuevo acuerdo posterior para su fijación²³.

La exigencia de fijación del precio a pagar por las mercaderías objeto de la transacción se ve contradicha por las soluciones previstas en el artículo 55 del Convenio donde se habla de un contrato válidamente celebrado pero en el que ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo. Las relaciones entre ambos artículos son objeto de muchas dudas²⁴.

Una oferta que no tenga un destinatario concreto será considerada según el apartado 2 del artículo 14, como una simple invitación

²³El laudo no. 309 -1993, del 3 de marzo de 1995, del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa (CNUDMI, Caso no. 139). El supuesto de hecho refiere a la solicitud de daños y perjuicios presentada por una empresa austriaca –demandante- contra otro ucraniano- demandado como consecuencia de su negativa a entregar determinada cantidad de mercaderías. El demandado alego en su descargo la inexistencia de acuerdo, dado que el pedido remitido en su momento por el mismo para la entrega de las mercaderías en un plazo determinado, concretaba la naturaleza de las mismas y su cantidad, pero no el precio ni la forma de determinarlo, limitándose a señalar que el precio se convendría diez días antes de comenzar el nuevo año. La falta de especificación posterior justifico que el Tribunal considerase que las partes no habían perfeccionado ningún contrato

²⁴ESPULGUES MOTA C, BARONA VILAR, S. HERNÁNDEZ MARTI J.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, Valencia, 1999. p.294.

S. del Tribunal Supremo Húngaro de 25 de Septiembre de 1992 (Dritto del commercio internazionale, 1993, p.651). El supuesto de hecho versaba sobre las negociaciones llevadas a cabo por un fabricante estadounidense de motores de avión –demandante- que, tras largas negociaciones con una empresa húngara fabricante de aviones Tupolev, realizo dos ofertas alternativas de venta de diferentes tipos de motores de aviación sin especificar un precio exacto. El fabricante húngaro eligió uno de los tipos de motores propuestos y realizo un pedido. Presentada la demanda se cuestiono acerca de la celebración de un contrato valido. El Tribunal Supremo entendió que tanto la oferta, como la aceptación, eran vagas y no precisaban directa, o indirectamente, el precio a pagar y, por lo tanto, no existía un contrato válido.

a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. La expresión dirigida a una o varias personas determinadas debe interpretarse en el sentido de comunicaciones restringidas a las personas que reciben la masiva. En este sentido, un vendedor que envía un catálogo esta, normalmente, interesado en darle la máxima distribución estando gustoso de que la persona que lo recibió lo entregue a otras.

4.3.1.2 Eficacia de la oferta

De acuerdo con el artículo 15.1., la oferta se reputa eficaz a partir del momento en que llega a su destinatario. En este sentido, el artículo 24, considera que la oferta llega a su destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega, por cualquier otro medio, al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o, si carece de estos, en su residencia habitual y ello con independencia de que el destinatario llegue o no realmente a conocer tal oferta.

A efectos de la aplicación del artículo 24 ha de tenerse en cuenta el artículo 27 de la Convención que, a salvo de una disposición en contrario del texto convencional, faculta a una persona que ha realizado una comunicación por medios adecuados, a invocar tal comunicación, con independencia de cualquier demora o error que pueda producirse en la transmisión de esa comunicación o del hecho de que no llegue a su destino. Estos preceptos serán abordados mas adelante con mayor profundidad.

3.3.1.3. Retirada y revocación de la oferta

El artículo 15.2. precisa que la oferta, aunque sea irrevocable, podrá ser retirada por el oferente siempre que esta notificación de su retirada llegue al destinatario de la oferta antes o al mismo tiempo

que la oferta²⁵. La concreción de esta llegada previa o simultánea, estará acompañada de previsibles dificultades.

La retirada se reputa de aquellas ofertas que, habiendo sido remitidas a un destinatario, no han sido todavía valoradas por este; no habiéndose generado, por lo tanto, expectativa jurídica alguna que deba ser salvaguardada. En cambio la revocación, es aquel en que la oferta ha alcanzado al destinatario pero este no ha procedido todavía a aceptarla o rechazarla. El Convenio, en este supuesto, admite también la posibilidad de revocación de la oferta si esta llega al destinatario antes de la emisión de la aceptación. De suerte que el artículo 16.1 se alinea con las posiciones mantenidas en los países anglosajones.

Sin embargo, este punto de partida se ve combinado en el apartado 2 del Art. 16, en donde se especifica:

1. Que la oferta no podrá revocarse si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación, o de otro modo, que es irrevocable, o
2. Si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta. Esta segunda es mucho más conflictiva que la anterior, dado el carácter subjetivo de la misma: se exige un entendimiento razonable por parte del destinatario y una actuación consecuente por su parte. Para su concreta verificación habrá que estar a las circunstancias del caso y al tipo de mercaderías de que se trate²⁶.

²⁵DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. Y otros.: *La compraventa internacional de mercaderías*, Editorial Civitas, Madrid, 1998 quien dice que el destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada, puesto que, toda vez que la oferta no le había llegado, ningún tipo de expectativa, ningún interés atendible se había creado en él.

²⁶HONNOLD, J.O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, Editoriales de Derecho Reunidas Madrid, 1987, pone un siguiente caso el 1 de mayo el constructor pidió al suministrador que le enviase una oferta de la venta al constructor de una cantidad específica de ladrillos. El constructor explico que necesitaba la oferta para calcular una propuesta para construir un edificio. El constructor añadió que debía en-

3.3.1.4 Extinción de la oferta

De acuerdo con el mandato del artículo 17, la oferta se considerará extinguida, aun siendo irrevocable, cuando su rechazo llegue al oferente. El artículo 24, antes mencionado, determina cuando se considera que el rechazo ha llegado al oferente; esto es, cuando se le comunica verbalmente, o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual. De nuevo, habrá que tener en cuenta la regla incluida en el artículo 27 respecto de las posibles peripecias que pueda sufrir tal comunicación.

3.3.2. Efectividad de la aceptación

El momento en que el contrato de compraventa internacional de mercaderías se perfecciona en el marco de la Convención de Viena está establecida en la penúltima de las disposiciones dedicadas a la perfección del contrato en la Convención —artículo 23— y que dice:

regresar la propuesta el 1 de junio y que las ofertas quedarán abiertas y se otorgarían el contrato el día 14 de junio. El 7 de mayo el suministrador envió una oferta al constructor por los ladrillos, y el constructor utilizó la oferta para preparar su propuesta del día 1 de junio para el contrato de construcción. El 10 de junio el suministrador notificó al constructor que había revocado su oferta. El 15 de junio las propuestas fueron abiertas y se otorgó el contrato al constructor. Según esto el constructor informó al suministrador que aceptaba la oferta del suministrador. En el ejemplo citado, sigue expresando HONNOLD, es razonable para el destinatario (constructor) considerar que la oferta era irrevocable, ya que el suministrador sabía que el constructor haría uso de la oferta para realizar su propuesta. En suma, el constructor actuó basándose en la oferta al entregar la propuesta que le llevase a un contrato que le obligaba a la construcción de un edificio por un precio convenido. Los dos requisitos del párrafo 2b) del artículo 16 se cumplen y el intento del suministrador de revocar su oferta no resulta efectivo

“El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convenio”²⁷.

Los redactores del texto uniforme consideraron necesario establecer esta disposición ya que numerosos artículos de la parte III²⁸ (compraventa de mercaderías) se refieren directamente al momento de la perfección del contrato, lo que ha de entenderse por referencia a la parte II de la Convención. Por eso, se decidió indicar en una única disposición que el momento de perfección del contrato coincide con el momento en que la aceptación surte efecto. De esta forma, si bien el artículo 23 CNUCCIM es central, en cuanto que especifica de forma clara y contundente que el contrato se perfecciona al surtir efecto la aceptación de la oferta, debe relacionarse con el resto de las disposiciones de la parte II que se dedican a declarar el momento exacto en que la aceptación surte efecto, dependiendo del modo en que el aceptante decida llevar a cabo su indicación de asentimiento a la oferta.

El Art. 18.2 establece cual es ese momento La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en la que la indicación de asentimiento llegue al oferente dentro de un plazo de tiempo preestablecido²⁹ o razonable³⁰, desde el instante en que el destinatario

²⁷Disposición que se debe al texto alternativo al artículo 6 LUF propuesto por la Secretaría: «Informe del Grupo de Trabajo, en Anuario de la CNUDMI, vol. IX, pfo. 206, p.84.

²⁸81. Dispones Legales, también de la parte I (Disposiciones generales). En particular los artículos 1.2, 10.a, 16.1, 31.b y c, 33. c, 35.2.b, 35.3,42.1a, 42.2a, 55,57.2,68,71.1,73.3,74,79.1,

²⁹MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi Editorial, Navarra 2000, pp 374-375 dice que el oferente al emitir su oferta haya fijado un plazo para la aceptación, y en tal supuesto para que sea eficaz no solo ha de emitirse dentro de dicho plazo sino llegar a su destinatario u oferente. A criterio del autor se puede plantear el problema de un retraso en la llegada de la aceptación a su destinatario, y ello es una cuestión que no se le escapa a la Convención que lo regula en el Art. 21.

³⁰MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi Editorial, Navarra 2000, pp 374-375, dice: para determinar si es o no razonable el plazo que ha utilizado el aceptante, que

de la oferta realiza un acto relativo a la misma dentro de un plazo de tiempo prefijado o razonable como lo establece el Art. 18.3, en los supuestos en que no se requiere comunicación, o desde que el oferente admita la aceptación tardía como lo dice el Art. 21. Y por fin el artículo 24 expresa que toda comunicación llega al destinatario cuando se le comunica, ya sea verbal³¹ o se entrega por cualquier otro medio al destinatario ya sea personalmente o en su establecimiento o dirección postal, o en carencia de ambos, en su residencia habitual. Obviamente, en los casos de entrega personal en el establecimiento, dirección postal o residencia habitual se exige que tal comunicación se deposite en un lugar apropiado –por ejemplo, el buzón- o se deje en manos de una persona autorizada. De lo que se desprende que se acoge la teoría del conocimiento para las declaraciones realizadas de forma oral y la teoría de la recepción para las declaraciones escritas³².

siempre será una cuestión de hecho, señala el autor que hay que atender a las circunstancias de la transacción, y especialmente a una comparación entre los medios de comunicación empleados por una y otra parte. No significa que el aceptante ha de utilizar necesariamente los mismos medios de comunicación que el oferente, aunque tal conducta es deseable, y no deberá considerarse apropiada una aceptación comunicada por unos medios mucho mas lentos que los que utilizo el oferente. MARTINEZ G, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*, Marcial Pons, Barcelona 2000, p.109

³¹MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi Editorial, Navarra 2000, pp 374-375 quien dice: que en las ofertas verbales en las cuales la aceptación ha de ser inmediata, es decir, sin plazo alguno, salvo que de las circunstancias concurrentes resulte la concesión de un plazo.

³²S. del Oberlandesgericht de 31 de marzo de 1995 (CNUDMI, Caso no. 135) pone de manifiesto la necesidad de que exista una oferta y una aceptación válidas para que pueda perfeccionarse el contrato. En este caso, un fabricante alemán de vidrio convino en fabricar 220.000 tubos de ensayo para una empresa italiana. Durante las negociaciones se mencionaron distintos tipos de vidrio, entregándose finalmente tubos de ensayo de calidad Fiolax. El demandado rehusó pagar, alegando que había solicitado tubos de la calidad Duran superior. El Tribunal, en su Sentencia, manifestó que solo cabía reclamar el precio si se había perfeccionado el

Dando lugar a la distinción entre aceptación expresa y tácita, cuya diferencia es que la primera esta representada por palabras y segunda por hechos o actos.

1) Aceptaciones llevadas a cabo mediante declaraciones escritas u orales (art.18.1 CNUCCIM). Son aquellas en las que el destinatario de la oferta muestra su conformidad con la misma. Dentro de ellas se incluirán las realizadas mediante carta, telégrafo, télex, fax, EDI, E-mail, etc.

Por declaraciones orales habrá de entenderse aquellas que empleen la palabra oral, ya cuando las partes negocian cara a cara, ya cuando utilizan medios de comunicación que la transmiten (teléfono, radio, videoconferencia, etc.)³³.

2) Aceptaciones que se realizan mediante actos (art. 18.1 CNUCCIM)³⁴ que pueden ser ya sea las aceptaciones por medio de actos que se caracterizan como comportamientos o conductas, así como aquellos otros que se caracterizan como actos de ejecución (envío de las mercancías y pago del precio, fundamentalmente) que, a diferencia de los supuestos establecidos por el artículo 18.3 CNUCCIM, deben comunicarse al oferente. Existen dos requisitos para considerar como aceptación a la ejecución: 1. La ejecución y, 2. soportar la carga de comunicar al oferente.

3) Aceptaciones tardías, causadas por alguna irregularidad durante su proceso de transmisión, que se consideran, sin embargo, efectivas en el momento de su llegada al oferente (artículo 21.2 CNUCCIM)³⁵.

contrato: esto es, si había habido una oferta y una aceptación válidas. El Tribunal considero la inexistencia de una oferta valida y, por lo tanto, de un contrato valido, dado que en ningún momento vendedor y comprador llegaron a un acuerdo sobre una concreta calidad de vidrio.

³³MARTINEZ G, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*, Marcial Pons, Barcelona 2000, p.76

³⁴MARTINEZ G, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*, Marcial Pons, Barcelona 2000, p.91

³⁵ESPULGUES MOTA C, BARONA VILAR, S. HERNÁNDEZ MARTI J.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, Valencia, 1999. p.299, dice “que en este caso, si la carta o cualquier otra comunicación indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si

Además de la regla general establecida en el artículo 23 CNUCCIM, en relación con el artículo 18.2 CNUCCIM, existen otras disposiciones en la parte II que a modo de excepción respecto de la regla general de efectividad con la llegada también indican cuando la aceptación de la oferta surte efectos:

1) Del reconocimiento del valor del silencio o la inacción como aceptación. La jurisprudencia ha diferenciado entre un silencio cualificado y un silencio simple. El primero, es aquel que bien por disposición legal o convenios particulares, una determinada manifestación de la voluntad en virtud de elementos objetivos y subjetivos que concurren con la ausencia de la declaración positiva, permiten al juzgador valorarla como portadora de voluntad, en cambio el segundo es un comportamiento negativo, irrelevante desde el punto de vista jurídico. En el caso del Art. 18.1 del C.V. estamos frente a una excepción legal, en el que el propio ordenamiento le atribuye al silencio un determinado valor a efectos negociales, estableciendo la presunción *iuris tantum*, debiendo estar acompañado de determinados requisitos³⁶. Exponente de esta posibilidad es el voto particular

su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación, a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario que considera su oferta caducada o, le envíe una comunicación en tal sentido. De esta forma, se protege al oferente respecto de las aceptaciones debidamente enviadas que, sin embargo, llegan a él con un importante retraso, pudiendo resultar atendiendo a sus actuales circunstancias especialmente oneroso para el oferente". MARTINEZ G, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*, Marcial Pons, Barcelona 2000, p.108, quien considera que el contrato es perfecto, salvo que el oferente manifieste su disconformidad sin demora, pero no en todos los casos, sino en aquellos en que el oferente pueda conocer, a través del medio de comunicación empleado para su transmisión, que se envió en plazo y que en circunstancias normales hubiera llegado estando todavía vigente la oferta.

³⁶Art.18.1 CNUCCIM. ESPULGUES MOTA C, BARONA VILAR, S. HERNÁNDEZ MARTI J.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, Valencia, 1999. p.297. quien cree que se deja la puerta abierta cuando se le permite a las partes que convengan algo distinto al respecto

del Magistrado D. A. Fernández Rodríguez, en la Sentencia de 19 de diciembre de 1990 (RA 10287) que señala que: "tampoco es lícito considerar el silencio como indiferente para el Derecho, al no haber duda que en algunos casos el silencio puede ser interpretado como consentimiento, como manifestación de una determinada voluntad..., de manera que el problema, en materia de silencio, no está en decidir si puede ser expresión del consentimiento, sino en determinar bajo que condiciones puede aquel ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento".

2) La segunda de las excepciones está también establecida en el artículo 18 CNUCCIM. Se trata de su párrafo 3º donde se indica que si la oferta, las prácticas o los usos permiten que el destinatario pueda indicar su asentimiento ejecutando un acto sin comunicación al oferente, la aceptación será efectiva en el momento en que se ejecute el acto: normalmente el envío de las mercancías o el pago del precio (es el llamado hecho positivo concluyente)³⁷.

de que el silencio o la inacción no constituyen, por sí solos aceptación, ya que si por ejemplo una oferta incluye una frase como la siguiente, caso de no tener noticias tuyas en el plazo de una semana, entenderé que acepta mi oferta. De acuerdo con el tenor del artículo 18 del Convenio, tal mención no vincularía al receptor de la oferta que podría rechazar los bienes en el caso de que, pasada la semana, el oferente le enviase las mercaderías, manifiesta sí mismo que el Convenio remite, en últimas instancia, a la voluntad de las partes.

³⁷Art. 18 párrafo 3.. ESPULGUES MOTA C, BARONA VILAR,S. HERNÁNDEZ MARTI J.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, Valencia, 1999. p.298 señala que en aquellas ocasiones en que es factible la aceptación a través de la ejecución de un acto, aquella surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo fijado o dentro de un plazo razonable, pero considera que la no exigencia de una comunicación al oferente plantea problemas a la doctrina, en cuanto a establecerse un régimen más favorable que el previsto en el Art. 18.2, con relación a la eficacia del asentimiento, termina manifestando que la doctrina matiza entendiendo que la validez de esta modalidad dependerá de que el oferente llegue a tener conocimiento de la realización del acto, sin ser necesario que sea el propio aceptante quien le informe de ello. DIEZ-PICAZO.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, introducción a la teoría del

3) La última de las excepciones al principio de llegada como regla general a la efectividad de la aceptación en el texto uniforme es la contenida en el párrafo 1º del artículo 21 CNUCCIM que entiende que el contrato se perfecciona en el momento en que el oferente envía una comunicación escrita informando al aceptante, que remitió su declaración extemporáneamente, de la efectividad de su declaración. Se acoge, pues, la teoría de la expedición para declarar la efectividad del contrato en esas específicas circunstancias³⁸.

Salvo las concretas excepciones recién enumeradas, la regla general acerca del momento de perfección del contrato es la establecida por el artículo 23 CNUCCIM, en relación con los artículos 18.2 y 24 CNUCCIM, que establece, la teoría del conocimiento para las declaraciones realizadas de forma oral y la teoría de la recepción para las declaraciones escritas.

En el artículo 20 se especifican normas para el computo de los plazos de la aceptación para cuando no se ha fijado un plazo por referencia a un día concreto, sino por días, es decir, no hay problema cuando la oferta establece que el plazo máximo finalizara el día tal del mes tal del año tal, pero si que puede existir cuando se dice que para la aceptación de la oferta dispone de X días y no se indica cuando empieza a correr. En este caso se dispone que si la oferta se ha realizado mediante un telegrama, empieza a contarse desde que el telegrama es entregado para su expedición; si se ha

contrato, Civitas, t.1 Madrid, 1993. pp.306. ss, como los supuestos recogidos en el apartado tercero del art. 18 del CV constituyen aceptaciones tácitas, aunque no llegue a ser realizados de forma completa; es decir, existe aceptación tácita si se expide una parte de las mercaderías o se paga una parte del precio. Incluso afirma, son actos de aceptación tácita los relativos a la preparación de la expedición de las mercaderías o del pago del precio, por ejemplo, la apertura de un crédito documentario.

³⁸Momento que es controvertido en la doctrina uniforme, ya que de-
roga el principio general del art. 18 CV, permite al oferente dotar a la aceptación tardía de efectividad, a pesar de recibir la eventual aceptación una vez caducada su oferta. Lo que obsta a su consideración como contraoferta. El contrato se entiende perfecto, por tanto, cuando se recibe la declaración de conformidad del aceptante, y no cuando el oferente informa de la eficacia de esta, por ello la aceptación tardía tendría un cierto efecto retroactivo.

efectuado a través de carta desde la fecha que lleva esta, y si no figura ninguna desde que aparezca en el sobre. Si la oferta se ha efectuado por un medio que llega a su destinatario inmediatamente, tales como el teléfono, télex, etc., empieza a correr desde que llegue a su destinatario, es decir en el propio acto³⁹.

4.3.1.3 Definición del término llega

El artículo 24 CNUCCIM, establece el momento en que todas las declaraciones de voluntad, incluida la aceptación, llegan al destinatario. Momento que marca la efectividad de la declaración con las consecuencias inherentes a cada una de ellas. De esta forma se indica que:

A los efectos de esta parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención llega al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual⁴⁰.

³⁹MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi, Editorial, Navarra 2000, pp 375-376.

⁴⁰Las comunicaciones, noticias y declaraciones que se gobiernan por la fase formativa del contrato deben ser comunicadas, como entrega en la dirección del destinatario. Esta expresión fue completándose a medida de la evolución de los Proyectos (el artículo 12.1 LUF acoge la misma definición que su precedente si bien añadiendo que las comunicaciones se harán por los medios que sean usuales en las circunstancias). Ha sido sustituida por el actual término «llega» al redactarse por la Secretaría de UNCITRAL la variante propuesta al texto de la LUF que es casi sin variación la redacción actual que ofrece la Convención de Viena. Durante la Conferencia celebrada en Viena no se hicieron enmiendas a este artículo que fue aprobado en la sesión (Informe de la Primera Comisión, A/CONF.97/11, en A/CONF.97/19, p. 106; y A/CONF.97/C.1/SR.11, en A/CONF.97/19, pfo. 46, p. 314).

Los Principios de UNIDROIT —art. 1.9 (Comunicación) siguen fielmente las orientaciones del artículo 24 CNUCCIM. Se acoge, pues, como principio dominante el de la recepción de las comunicaciones, lo que se aplica no solo a la fase formativa del contrato, sino también a la fase ejecutiva

Las declaraciones de voluntad y en general cualquier manifestación de intención se tornan perfectas en el momento de su llegada, esto es, cuando son recibidas (entregadas) o conocidas (comunicada verbalmente), y no cuando son declaradas o emitidas⁴¹.

Existen, algunas excepciones a esta regla general de la Convención, y que han acogido la teoría de la expedición. Se trata de:

- a) el envío de la declaración de aceptación por correo o telégrafo como límite a la regla general de revocación hasta la perfección;
- b) la aceptación por silencio o inacción
- c) la aceptación por actos de ejecución
- d) la noticia del oferente por escrito en la que comunica al pretendido aceptante, que ha introducido variaciones poco importantes en los términos de la propuesta, la no perfección del contrato.
- e) el inicio del cómputo del plazo de aceptación fijado en una carta o en un telegrama
- f) la aceptación tardía, cuando la comunicación convalidatoria se hace por escrito;
- g) la noticia por escrito en la que el oferente comunique al aceptante que considera su aceptación tardía caducada

Se impone, una comunicación personal al destinatario o, en el caso de que la declaración de aceptación se realice por cualquier medio que no sea la comunicación oral, la entrega bien personal (en cualquier sitio) bien en su establecimiento o dirección postal o, en su defecto, en su residencia habitual.

del mismo; a diferencia de la Convención que utiliza criterios distintos como regla general: el artículo 24 CNUCCIM para la fase formativa y el artículo 27 CNUCCIM para la fase ejecutiva (teoría de la expedición).

⁴¹La definición amplia del término «llega» puede considerarse en general como uno de los mejores aciertos de la Convención.

Lo normal es que el oferente indique en su oferta una dirección donde se puedan remitir las declaraciones de voluntad y demás comunicaciones.

Puede darse el caso de que los contratantes no han pactado otro lugar distinto, así como cuando los usos o las prácticas no señalen otro lugar diferente, o cuando la dirección que el oferente haya dado en su oferta no se corresponda con ninguno de los lugares mencionados en el artículo 24 CNUCCIM, se dice que, el cumplimiento de la necesidad de llegada de cualquier indicación de asentimiento puede producirse mediante la entrega y recepción de la comunicación por terceras personas distintas del oferente y del aceptante. Pudiendo ser un tercero —agente, representante, o en general cualquier tercero que se halle vinculado con una de las partes contratantes— puede ser, en primer lugar, una persona autorizada para transmitir y entregar la declaración de aceptación al oferente. Puede tratarse, en segundo término, de un tercero autorizado para la recepción de las comunicaciones. Es posible que el tercero esté apoderado para el otorgamiento del consentimiento o que, por el contrario, su actuación se limite a la de simple mediador, por lo que su misión será única y exclusivamente la de acercar a posibles compradores y vendedores para que los mismos perfeccionen el contrato. El tratamiento que deberá dársele a los supuestos mencionados dependerá, pues, del poder de representación del tercero⁴².

⁴²La UNIDROIT ha hecho esfuerzos por redactar una Convención sobre contratos de agencia comercial en materia de venta internacional de mercancías que se dedica a la regulación interna de ese contrato (relación empresario-agente).

Ha de tratarse en todo caso de un representante autorizado⁴³. Además, parece existir unanimidad total en la doctrina uniforme en solucionar los problemas relativos a la suficiencia del poder de representación conforme al Derecho nacional no uniforme que resulte aplicable al tratarse de una cuestión de validez que el artículo 4 CNUCCIM reenvía para su enjuiciamiento al mismo⁴⁴.

Por último, a los efectos de aplicación del artículo 24 CNUCCIM, valen los mismos criterios respecto al orden de los lugares apropiados para recibirse la comunicación⁹⁸.

Los contratantes han de buscar un correcto entendimiento de la declaración, lo que lleva al problema de cuál de los contratantes deberá soportar el riesgo — siempre mayor en la contratación internacional cuando se utiliza el lenguaje oral— de una defectuosa comprensión o bien de los fallos de comunicación.

⁴³La Secretaría, al actual artículo 24 CNUCCIM ha comentado, que las cuestiones acerca cuáles son las personas que pueden estar habilitadas para representar al destinatario deben resolverse de conformidad con la ley nacional aplicable (A/CONF.97/5, en A/CONF.97/19, pfo. 6, p. 28). Algunos doctrinarios hablan que en los casos de entrega a terceros no autorizados para recibir los mensajes, se les habrá de considerar como mensajeros del declarante y no del destinatario, por lo que será aquél quien soportará el riesgo de transmisión hasta el momento de su llegada al destinatario.

⁴⁴El profesor DIEZ-PICAZO.: “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1995, tomo XLVIII, fase I, p. 11, explica que se aplican las reglas generales de los contratos cuando la persona que haya emitido la oferta sea un representante legal o voluntario, un apoderado, un agente o el órgano de una persona jurídica. Y que compete al aceptante reclamar un examen de los poderes, aunque, según los casos, podrá funcionar un apoderamiento derivado de hechos concluyentes.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 27⁴⁵ y salvo disposición expresa de la Convención, los errores, demoras y pérdidas de las comunicaciones, que deban realizarse, no privan a su autor del derecho a invocar tal comunicación. De esta forma, si bien el artículo 27 no declara expresamente pero de su contexto se desprende que el riesgo de transmisión de las declaraciones recae sobre el destinatario. Con todo, se exige expresamente en ciertas situaciones, y en aras fundamentalmente de asegurar un justo equilibrio entre los contratantes, que las comunicaciones sean recibidas por su destinatario en orden a su efectividad: así los artículos 47.2, 48.4, 63.2, 65.1 y 79.4 CNUCCIM. En todos ellos se exige el recibo de la comunicación por el destinatario; término que, a falta de otra indicación, deberá interpretarse conforme a la definición que proporciona el artículo 24 CNUCCIM. Las excepciones que la teoría de la recepción presenta en la parte II de la Convención tienen la misma razón de ser que las excepciones a la teoría de la expedición en la parte III de la misma: se trata, en la mayor parte de los casos, de no cargar con más obligaciones — el riesgo de transmisión de las declaraciones de voluntad — a la parte cumplidora.

4.3.1.4 *Declaraciones realizadas verbalmente*

Son las declaraciones orales son las que se realizan de palabra, lo que puede hacerse estando las partes presentes las conversaciones, cara a cara, o a distancia por teléfono, en cuyo caso cualquier medio de comunicación que sirva para transportar la palabra de forma oral entrará dentro del ámbito de la disposición (teléfono, radio, videoconferencia, etc.)⁴⁶. Igualmente deben considerarse orales aquellas declaraciones que son transmitidas por un intermediario también

⁴⁵El artículo 27 dispone literalmente que: “Salvo disposición expresa en contrario de esta parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación”.

⁴⁶Algunos comentaristas —la mayor parte no se pronuncian acerca de esta cuestión— pertenecientes al entorno jurídico germánico también

verbalmente. Ha de tratarse de una persona autorizada por el aceptante, ya sea un empresario independiente como en el caso de las mensajerías, ya un empleado suyo, para transmitir de forma oral al oferente la declaración afirmativa de asentimiento.

El artículo 18.2 CNUCCIM establece que “la aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa”. Este artículo tolera de que el oferente permite que la aceptación se realice oralmente pero no de forma inmediata, lo que a efectos de perfección no impide que el conocimiento de la aceptación por el oferente se realice simultáneamente. Por su parte, el uso del adjetivo verbales en el art. 18.2 CNUCCIM, así como el tenor del artículo 13 CNUCCIM (la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex) descarta del ámbito del precepto la comunicación escrita por medios de transmisión instantáneos, aun cuando los contratantes establezcan una comunicación directa y prácticamente sin interrupción en el intercambio de las declaraciones como puede suceder en el caso del télex, fax, EDI o E-mail.

En los casos en que el aceptante decida emitir su aceptación por teléfono dejando el mensaje grabado en el contestador del destinatario. Declaración que, si bien es oral, se excluye de la regla que exige el conocimiento simultáneo tras la emisión de la respuesta y consecuentemente ha de entenderse que el contrato se perfecciona en el momento en que el mensaje se graba en la cinta del aparato receptor del oferente, lo que significa que esa declaración es perfecta cuando llega (una vez que se graba) y no cuando se escucha⁴⁷.

entienden que la teoría que adopta la Convención para declarar la perfección del contrato verbal es la del conocimiento.

Por su parte el profesor DIEZ-PICAZO.: “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1995, tomo XLVIII, fase I, p. 13, de un modo amplio indica que se adopta la teoría de la recepción.

⁴⁷SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-236, entiende que en estas hipótesis estamos en presencia de una declaración oral, siendo para él dudoso el momento en que el contrato en esos casos se entiende perfeccionado, bien en el momento de la llegada del mensaje, bien en el

Naturalmente podría suceder que ambos fenómenos (grabación y escucha) sean simultáneos, por ejemplo el oferente está presente en el momento justo en que se produce la grabación del mensaje, por lo que en ese momento el de la escucha se entenderá el contrato perfeccionado.

Una declaración verbal pasa por los mismos estadios que atraviesa una declaración escrita, si bien la distancia entre las fases se acorta de tal forma que se suceden sin solución de continuidad. De esta forma, la emisión, la recepción y el conocimiento de la declaración de voluntad son hechos inmediatos. No obstante, las

momento de la escucha. Al final, declara al efecto que el mensaje dejado en el contestador se reputa como una declaración de voluntad efectiva cuando el destinatario la escucha. Comprenden asimismo que el momento de su efectividad viene marcado por la grabación del mensaje. Para AUDIT, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-236, cree que para estos casos debería aplicarse el criterio de la buena fe del artículo 7.1., por su parte otro sector doctrinal, cree que la grabación de mensajes en el contestador es equiparable al telefax; así observando la práctica mercantil internacional indica que el contestador sirve precisamente para recepcionar mensajes y su utilización en el tráfico hace surgir la presunción de su autorización para la recepción de las comunicaciones producidas en los horarios regulares, siempre y cuando, de una parte, pueda así deducirse por la aplicación de los artículos 7 y 9 CNUCCIM y, de otra, que se produzca el intercambio de las declaraciones entre comerciantes que pertenezcan al mismo o cercano círculo mercantil. Fuera de estos horarios usuales, así como en el caso de grabación de declaraciones en contestadores de personas que no tienen horario regular, la llegada habrá de producirse con la escucha, lo que usualmente sucederá en el primer caso al día siguiente, mientras que en el segundo será incierto. A su criterio, además, se sustraerían de la regla aquellos casos en que del texto grabado por el oferente no pueda deducirse que una declaración de aceptación dejada en el contestador es eficaz.

El profesor DIEZ-PICAZO.: “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, enero -marzo 1995, tomo XLVIII, fase I, p. 22, quien proporciona una definición de las ofertas verbales: “La oferta es verbal si se produce entre personas que utilizan un sistema de comunicación interrumpido y sin intervalos de tiempo entre sus diferentes tramos”.

consecuencias que se derivan de la adopción de uno u otro momento como determinante para señalar la perfección del contrato de compraventa son diferentes, especialmente en el terreno internacional donde los riesgos derivados de incomprensiones y equívocos son mayores que cuando los dos contratantes emplean el mismo idioma. Aún los riesgos son mayores cuando las partes no están dialogando cara a cara, sino utilizando medios que permiten el transporte oral de las declaraciones. Se deduce fácilmente que las consecuencias sobre estos factores son diversas dependiendo de la teoría clave que se adopte.

La exigencia del conocimiento por parte del destinatario de la declaración, en orden a la efectividad de las declaraciones de voluntad en general y en particular para determinar el momento de la perfección del contrato realizado de forma oral, significa, que el destinatario ha de conocer el contenido de la declaración que se le dirige, y si no entiende lo que se le está diciendo, debe pedir algún tipo de aclaración o bien que se le repita lo dicho, debe haberla escuchado y aprehendido aunque no sea necesario un conocimiento cabal y perfecto, en el sentido que entienda o comprenda jurídicamente, palabra por palabra, el contenido de la declaración. El juego entre esta disposición y el criterio interpretativo del artículo 8 de la Convención, concretado en el estándar de la razonabilidad, así como un correcto entendimiento de los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe del artículo 7.1 CNUCCIM.

Si al transmitirse el mensaje la línea telefónica se ve interrumpida, la aceptación deberá repetirse⁴⁸.; al contrario de lo que se propugna en algún ordenamiento jurídico, donde la declaración habrá de entenderse efectiva en las hipótesis en que el oferente conoce

⁴⁸Así SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, en este sentido, es más que clarificador el ejemplo 1) que ilustra: A hace una oferta a B por teléfono. La conexión telefónica en ese momento se corta, pero éste emite su aceptación ignorando la interrupción de la comunicación. El hecho de que A no conteste a B es suficiente para que B tenga razones para suponer que la línea se cortó. Conclusión: no hay contrato.

el mal funcionamiento del aparato y sabiendo que la línea se ha cortado no se comunica con el aceptante⁴⁹.

4.3.1.5 *Declaraciones realizadas por medio de actos*

El destinatario puede hacer llegar su declaración de aceptación al oferente a través de la realización de un determinado comportamiento o conducta o mediante una actuación⁵⁰. La manifestación de asentimiento mediante una actuación se refiere a la aceptación mediante actos que se relacionan directamente con la ejecución del contrato, actos que se encasillan con lo dispuesto en el artículo 18.1 CNUCCIM.

4.3.1.6 *Declaraciones realizadas por otros medios de comunicación*

Dentro de ellas estarían las que no pueden considerarse como comunicaciones orales o como actuaciones calificadas como comportamientos o conductas, es decir las declaraciones por escrito, incluidas las que se transmiten por medios electrónicos, así como las afirmaciones de voluntad que se realizan por medio de una actuación, aquellas situaciones en que el aceptante decide grabar su

⁴⁹ Así, SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, el ejemplo 2 si bien referido a las comunicaciones por télex: A realiza a B una oferta por télex. B transmite la aceptación, y A sabe que la respuesta ha sido transmitida, pero conoce que existe un fallo mecánico desconocido por B. Conclusión: hay contrato. Pero se podría hablar de la ineffectividad de la aceptación al entender que sobre la base del principio de buena fe y de los demás principios extraíbles del artículo 7 CNUCCIM una aceptación oral no llega al oferente a menos que sea recibida y comprendida por él.

⁵⁰ Autores como LUDWIG, opina que la correcta transmisión y decisión sobre el entendimiento idiomático debe recaer sobre el declarante ya que este puede comprobar el funcionamiento de los medios y la comprensión del destinatario. Esta regla solo se exceptuaría cuando el declarante no tuviese duda alguna acerca de la correcta comprensión de la declaración, pero el destinatario hubiese tenido dificultades de comprensión.

declaración de voluntad y enviar la cinta al oferente o cuando se deja el mensaje grabado en el contestador.

Las declaraciones escritas llegan cuando la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención se entrega al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual, a lo que añadiríamos cuando las mercancías llegan al establecimiento del destinatario para los casos del artículo 18.1 CNUCCIM⁵¹.

La entrega se produzca en la residencia habitual del destinatario; lugar que únicamente podrá considerarse apropiado cuando los primeramente mencionados no existan o no haya podido realizarse en ellos la entrega.

La definición del artículo 24 CNUCCIM debe además completarse con lo dispuesto en el artículo 10.1 CNUCCIM respecto de la pluralidad de establecimientos. Disposición que podría extenderse analógicamente para los supuestos en que el destinatario tenga una pluralidad de direcciones postales⁵². De forma que si el oferente tiene más de un establecimiento (o direcciones postales), aquél que guarde una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento será el idóneo para remitir la declaración de aceptación.

4.3.2 La teoría de la recepción

Mediante una amplia descripción el artículo 24 CNUCCIM se pretende además proteger al oferente frente a la llegada de la declaración a lugares para él inaccesibles, inadecuados o poco habituales. Por eso la llegada se produce con la entrega en su establecimiento o en su dirección postal, lo que denota que la entrega se realiza en el ámbito de sus intereses. La doctrina uniforme está de acuerdo en que los condicionantes del artículo 24 CNUCCIM se satisfacen con

⁵¹Artículo 18.1 CNUCCIM.

⁵²Lo que también admite SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, por su parte, parece dudar acerca de la aplicación analógica del artículo 10 a esos casos.

la entrega de la declaración de voluntad por mensajero en su oficina, por la impresión del fax, al dejar la carta en el buzón⁵³, con la entrega de la notificación informando de la llegada de la carta o del telegrama⁵⁴ y añadiríamos al entrar el mensaje EDI en el sistema de información de la computadora del destinatario⁵⁵ o bien cuando se deposita en su buzón electrónico o informático.

De otra parte, y por lo que se refiere a la protección que se otorga al emisor de la declaración, la elección del criterio objetivo de recepción es para él claramente favorable, porque, fuera del caso en que se exige la entrega personalizada, la llegada de la declaración se desvincula de la necesidad de recepción por una persona física—donde podrían plantearse problemas en orden a si esa persona tiene autoridad para recibir la declaración—, siendo únicamente necesario que la declaración se le entregue en su dirección postal, sin que la perfección del contrato se alargue hasta el momento en que el destinatario de la declaración conozca el contenido de la carta.

Respecto al requisito de entrega cabe hacer todavía algunas precisiones:

a) En los casos en que la comunicación se entrega en un lugar inapropiado, esto es, en algún lugar que no sea el apartado de correos, buzón o la entrega personal en mano. La carta, que contiene la aceptación o cualquier otra comunicación, se echa por debajo de la puerta del establecimiento del oferente o se deja en el peldaño de la escalera, planteándose el problema de si pueden considerarse satisfechas las exigencias de llegada del artículo 24 CNUCCIM⁵⁶.

⁵³SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996

⁵⁴Nótese que si el aviso fuese telefónico, el contrato se perfeccionaría de conformidad con la teoría del conocimiento.

⁵⁵SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

⁵⁶HONNOLD, J.O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1987 entiende que esos supuestos no constituyen «entrega» en el establecimiento del destina-

En principio, nos inclinamos por considerar que no se cumplen los condicionantes de llegada, si bien no debe excluirse la posibilidad de que la existencia de la comunicación pueda llegar a ser percibida por el oferente porque la recoja él o alguno de sus empleados; en caso contrario, el contrato no podrá entenderse perfeccionado. Si el encargado de entregar la declaración ha sido una empresa independiente o el servicio público de correos, el aceptante podrá exigir algún tipo de indemnización por el funcionamiento anormal de su servicio.

Podría suceder que la aceptación se envíe por correo certificado, siendo lo normal que se presente una persona autorizada con la misión de realizar la entrega personal, momento en el cual la declaración cumplirá las exigencias del artículo 24 CNUCCIM en relación con el artículo 23 CNUCCIM, observándose los requisitos de efectividad de la declaración. Para los casos en que nadie responda, se dejará algún tipo de aviso que indique la llegada de la carta certificada, lo que, en nuestra opinión, ha de poder considerarse como «llegada», especialmente si el destinatario de la declaración, que conoce la existencia de la notificación, se demora en recoger la carta correspondiente⁵⁷.

b) Se plantean, en segundo lugar, problemas respecto de aquellas hipótesis en que la llegada del mensaje se produce fuera del

rio, a menos que posteriormente la comunicación llegase a la atención del destinatario. Por su parte, SCHLECHTRIEM citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, señala que la interpretación de los Profesores Honnold y Farnsworth es contraria al mandato de la buena fe, por lo que esas hipótesis podrán considerarse, en su opinión, como aceptaciones válidas.

⁵⁷SCHLECHTRIEM citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, cree que la notificación de una carta certificada depositada en correos no puede considerarse que cumpla los requisitos del artículo 24 CNUCCIM porque en su opinión, en el tráfico internacional la llegada debe estar vinculada a presupuestos que son claros y uniformes. Esos criterios claros y uniformes se cumplirían si la llegada no se hace depender de hechos exteriores que en nada importan al derecho: que el oferente esté o no en su establecimiento.

horario regular del establecimiento, en cuyo caso se dice que la comunicación se presume que es efectiva a más tardar en el momento ordinario de la apertura del mismo⁵⁸. Estos supuestos la declaración debe entenderse entregada en el momento efectivo de su llegada, lo que únicamente podrá probarse en contadas ocasiones, particularmente si el medio de transmisión empleado es el EDI, E-mail o el fax —medios que darán cuenta del día y de la hora de llegada de la comunicación.

Si la declaración de aceptación ha de llegarle al oferente en un día determinado este se incluye en su totalidad las 24 horas, pudiendo la comunicación entender efectiva a más tardar al día siguiente con la apertura regular del establecimiento, esto teniendo en cuenta que el artículo 20.2 CNUCCIM regula la incidencia de los días feriados oficiales o no laborables extendiendo el plazo de vigencia de la oferta hasta el primer día laborable.

⁵⁸ Así, MOXICA ROMAN J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Aranzandi Editorial, Navarra 2000, p.376, quien dice que para el computo de los días son hábiles todos ellos, sin excluir los feriados o no laborables, pero si la comunicación de la aceptación no puede ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo por no ser este laborable en el lugar del establecimiento del oferente, se entenderá prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente. Así mismo SCHLECHTRIEM, citado por PERALES VISCASILLAS, Ma. Del P.: *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp.233-237, opina que la redacción se corresponde con las necesidades prácticas internacionales, y así establecer el momento de la llegada con el efectivo conocimiento sería injusto, a menos que así pudiese establecerse por la aplicación de las prácticas anteriores, usos o negociaciones previas. ESPULGUES MOTA C, BARONA VILAR, S. HERNÁNDEZ MARTI J.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª. Edición, Valencia, 1999. p.298, quien asevera que a la hora de computar el plazo de aceptación, el artículo 20.2 especifica que los días oficiales o no laborables no se excluirán del mismo. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento de oferente, el plazo se prorrogara hasta el primer día laborable siguiente.

En el artículo 19 se regula la contraoferta que, en general, se da cuando el destinatario de la oferta no la acepta pura y simplemente sino con algunas modificaciones, y dependiendo de la entidad de estas tiene distinto significado la contraoferta para la Convención.

El Art. 19, párrafo primero, proclama la aplicación de la regla del espejo al establecer que cuando la respuesta del ofertado lleve adiciones, limitaciones u otra modificaciones que alteren sustancialmente la oferta, deberá ser considerada como un rechazo de la misma y constituirá propiamente una contraoferta, como una nueva oferta en sentido contrario, del primer ofertado al oferente. Con este apartado se pone fin a la controversia sobre la calificación de la declaración que introduce nuevos elementos en la oferta, tratándose de una contraoferta que deja sin efecto la propuesta primitiva, por lo que no es posible su posterior aceptación. En el apartado segundo que, cuando los elementos modificados no supongan una alteración sustancial de la primitiva oferta, se considerará como una aceptación, salvo que el primitivo oferente de forma inmediata haga llegar a conocimiento de la otra parte que no acepta las modificaciones, ya que si no actúa diligentemente en la comunicación, los términos del contrato serán los de la primitiva oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. Este apartado constituye una excepción a la regla general, de modo que se considera como aceptación la respuesta a una oferta aunque entre ellas existan discrepancias, siempre y cuando esta no afecte a los elementos esenciales de la oferta. El problema radica en determinar cuando se considera que un elemento es adicional y cuando sustancial.

En el apartado 3º del Art. 19 se estima que altera sustancialmente los elementos de la oferta las modificaciones que se refieran al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias. Este apartado únicamente nos proporciona un listado, de que elementos podemos considerar que alteran sustancialmente los términos de la oferta e impiden que el contrato sea perfecto; pero, en ningún caso establece criterios generales para exacta delimitación. Lo que permite, que exista un elevado grado de subjetivismo, puesto que las partes podrían alegar, para evitar la formación del contrato que

ellos consideran un determinado elemento del mismo como esencial y, por tanto, sin acuerdo sobre el no hay consentimiento.

4.3.2.1 Impedimentos de la llegada

La Convención no regula todas las posibilidades de comportamientos que los contratantes pueden desplegar a los efectos de impedir la llegada regular del mensaje al círculo de intereses del destinatario. El texto uniforme se ha limitado simplemente a reglamentar de forma objetiva como debe entenderse cumplido el requisito de llegada a los efectos de determinar el momento de efectividad de las declaraciones y demás comunicaciones.

Capítulo 5

La Perfección del Contrato Electrónico

5.1 Antecedentes

La determinación del tiempo de perfección del contrato es importante porque además de determinar a partir de que momento el contrato existe, puede determinar la ley aplicable a la capacidad de los contratantes; especificar la norma aplicable en los supuestos de modificaciones legislativas: ya que, si durante los tratos preliminares hubiese habido un cambio legislativo, el momento de perfección determina si debe aplicarse la ley nueva o la anterior en el tiempo. También puede determinar los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad del contrato condicional, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del negocio y los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de acreedores¹.

¹DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4^a.ed. Madrid, 1993, p.268 y ss

Pero inclusive, para una parte de la doctrina, la regla de la perfección del contrato, se utiliza para resolver el tema de la revocación de la oferta y de la aceptación contractual, ya que la aceptación no obliga al oferente hasta que llegue a su conocimiento, es decir que hasta ese momento puede revocar la oferta.

En un contrato por medio electrónicos, las declaraciones de voluntad de las partes viajan tan rápidamente que no es posible imaginar que pueda haber habido una modificación legislativa y que el momento de perfección va a determinar la ley aplicable.

El lugar de formación del contrato puede fusionar como punto de conexión para determinar la competencia del juez para conocer de los asuntos que se deriven del litigio.

Las partes contratantes en base al principio de libertad contractual siempre que sus cláusulas no vayan contra la ley, la moral y el orden público, podrán establecer el tribunal competente. Por otro lado, en los contratos internacionales, con base en el artículo 3.1. del Convenio de Roma que dice que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes, es decir que las partes podrán acordar previamente criterios distintos a los de la ley.

En la contratación electrónica la perfección del contrato se produce entre ausentes, hay una oferta, y el contrato se perfecciona cuando se produzca la aceptación hecha en otro lugar mediante ordenador.

Así mismo en la contratación electrónica suele distinguirse². entre las operaciones «cerradas o no en línea». Con la operación cerrada en línea se hace referencia a un contrato que se perfecciona electrónicamente (y que ordinariamente se refiere a soportes informáticos, valores y otros objetos susceptibles de entrega electrónica), mientras que en los cerrados off line, la perfección del contrato puede dilatarse o condicionarse por la voluntad de las partes, bien hasta su celebración por medios tradicionales, bien por vía electrónica hasta que se produzca la entrega real del objeto o el mismo sea examinado por el adquirente.

Pero en ambos casos, para que haya aceptación la declaración de voluntad del emitente (con independencia de que se trate de

²GUISADO MORENO A.: *Formación y perfeccionamiento del Contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 120-122. En otro orden de cosas, convendrá hacer referencia a la distinción entre la contratación electrónica y la contratación informática, por medio del cual el cliente adquiere, normalmente, a título de compraventa o de *leasing*, del correspondiente proveedor bienes o material informático, ya se trate de equipos materiales (*hardware*) o de programas informáticos (*software*), si bien también pudiera incluirse la prestación de los servicios de mantenimiento de tales equipos y programas.

En el momento actual es prácticamente unánime la opinión de que la contratación informática tiene un ámbito material mas reducido, pues versa sobre bienes o servicios relacionados con la informática, en tanto que en contratación electrónica el objeto del contrato puede ser de distinta naturaleza. La contratación informática no exige, por otra parte, que la concertación de las prestaciones ni en general ninguno de los aspectos del inter comercial se realice utilizando medios electrónicos, lo que constituye, en cambio, una exigencia ineludible en el caso de la contratación electrónica.

Convendrá señalar, con todo, que tampoco los contratos informáticos podrán sin más subsumirse en los contratos electrónicos, pues no bastara a tal efecto con que el objeto de los mismos tenga un claro componente tecnológico o una indiscutible vinculación con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Cabe mantener, por el contrario, que su encuadramiento dentro de la contratación electrónica será posible cuando aquellos contratos tengan por objeto bienes inmateriales, de propiedad industrial o intelectual y siempre y cuando su contratación y o entrega se realice por medios electrónicos

aceptación o simple formulación de su pedido, según se advierte en la operación contractual electrónica), ha de reunir los requisitos generales de la aceptación contractual: a) coincidencia con la oferta en su integridad (haciendo un clic en la palabra aceptar contenida en las condiciones generales para la adquisición de un servicio o rellenando un formulario de pedido visualizado en pantalla o un documento electrónico creado al respecto), pues en su defecto, nos encontraríamos con una contraoferta; b) intención definitiva de contratar, esto es, aceptación pura y simple, pues si la declaración de voluntad se somete a una condición (por ejemplo, acepto la oferta del viaje siempre que pueda permanecer tres días en el hotel en vez de cuatro) o un plazo (acepto, solo durante tres días) es dudoso que pueda entenderse que haya voluntad de contratar en los términos ofertados, por lo que la cuestión habrá de resolverse casuísticamente en la practica empresarial. En cualquier caso, la manifestación de voluntad de aceptar es una declaración recepticia, esto es, dirigida al oferente en la forma establecida: en algunos casos bastara con hacer un clip en la palabra Aceptar visualizada en la pantalla, puesto que automáticamente se remitirá al oferente (es decir, al prestador de servicios en cuestión); en otros casos habrá que enviar expresamente la declaración de aceptación (por ejemplo, por correo electrónico a la dirección que se indique en el documento visualizado en la pantalla).

Así mismo se deben tener presente que la ley 34-2002 del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE 12 de julio 2002, Nor. 166 (Ley sobre comercio electrónico), ha modificado los artículos 1262 CC y 54 CCo., ambos dedicados a la determinación del momento y lugar de perfección del contrato civil y mercantil.

La disposición Adicional Cuarta, que modifica el régimen civil y mercantil en materia de perfección del contrato, llevándonos a una unificación contractual en materia de obligaciones y contratos, que hemos tratado anteriormente.

De las disposiciones que hago mención se colige que para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, las reglas se fijan ahora en el criterio dominante en materia de contratos mer-

cantiles (teoría de la emisión) y así lo refleja en la nueva redacción del precepto, en cuya redacción existen varios errores³.

³PERALES VISCASILLAS Ma. del Pilar.: “Sobre la perfección del contrato el POPURI de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio”, *Revista de Contratación Electrónica*, Nor.33, Diciembre 2002, a criterio de la autora piensa que la pretendida unificación solo se ha logrado sosegadamente, ya que continua existiendo duplicidad normativa cuando se trata de contratos de compraventa mercantiles internacionales, que se registrarán, cuando se den las condiciones de aplicación por la Convención de Viena, contratos de compraventa nacionales, que independientemente de su naturaleza civil o mercantil contaran con la misma solución arts 1262 CC y 54 CCo. Y además ahora el momento de perfección de los contratos contara con reglas diversas dependiendo de si el contrato se celebra o no mediante dispositivos automáticos. No obstante, asevera la autora que ha de señalarse que es positivo el que se hayan unificado las reglas de perfeccionamiento contractual al nivel de los contratos nacionales, civiles y mercantiles, puesto que esta es una de las tendencias que se observan en el moderno derecho de contratos.

De las cuatro teorías clásicas que gobiernan el momento exacto en que el contrato nace a la vida Jurídica (declaración, expedición, recepción y conocimiento) nos interesa destacar que en el ámbito de los contratos requieren un análisis más detallado las llamadas teorías intermedias: expedición y recepción. La teoría de la declaración y de la cognición deben, en su opinión, ser rechazadas. La primera porque, además de que no se reconoce en ningún ordenamiento jurídico, carece de virtualidad práctica al referirse al proceso interno volitivo del destinatario de la oferta. La segunda porque igualmente se enlaza con la necesaria cooperación del oferente, que es una persona física y no una máquina, aunque aquí debe señalarse que los nuevos artículos 1262 CC y 54 CCo acogen la teoría de la expedición para determinar el momento de perfección de los contratos celebrados por medio de dispositivos automáticos. En su criterio se trata un criterio subjetivo rechazable. GUIADO MORENO A.: *Formación y perfeccionamiento del Contrato en Internet*, Marcial Pons Madrid 2004, pp.203-205, quien dice que con la nueva disposición en cuanto a los dispositivos automáticos se aleja del criterio universalmente aceptado, cual es de la llegada o recepción de la aceptación Art. 18.2 de la CV. De 1980, asevera así mismo que es preocupante el grado de inseguridad jurídica que se genera con el establecimiento de los referidos criterios en los códigos de Derecho Privado. También con la introducción de la inusitada expresión “dispositivos automáticos”, pues no comprende muy

En el derecho de Ecuador no cabe la menor duda que un contrato perfeccionado por medios electrónicos es un contrato entre ausentes, ya que como hemos dicho las expresiones de la voluntad del oferente y del aceptante no tienen lugar, por regla general, en forma simultánea existiendo un lapso entre una y otra.

Por otro lado si se tiene en cuenta la clasificación de los contratos en consensuales, reales y solemnes, se ha llegado a la conclusión de que solo podrían celebrarse por medios electrónicos los contratos consensuales y solemnes, debido a que resulta difícil llenar las exigencias propias del perfeccionamiento de los contratos reales.

También podría pensarse que se trata de una nueva categoría de contratos, los contratos electrónicos, que se suma a las ya indicadas, porque se perfeccionan expresando la intención a través de medios de esta naturaleza, es decir, la voluntad negocial se exterioriza a través de un soporte diferente, lo que originaría una nueva gama de contratos.

5.2 Momento de perfección

El contrato electrónico como contrato a distancia, esta presente en la propia definición de contrato electrónico, así como de la configuración de la Red Internet y de su vocación universal. En este sentido, la dependencia e intercomunicación de los interesados en el contrato electrónico, a la existencia de soportes informáticos y correcto funcionamiento de las redes de comunicación explica la

bien el significado y alcance de dicha expresión, lo que ha conducido a interpretaciones muy diversas por parte de la doctrina, que se debate entre una equiparación con la propia contratación electrónica y con las llamadas máquinas vendedoras e, incluso, con los denominados agentes electrónicos. No se ofrece un concepto de dispositivo automático en su Anexo de Definiciones, como hubiera sido deseable, y cuando en dicho Anexo se define el contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica, no se alude a la expresión dispositivo automático, sino a la de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Si a ello se suma el significado que ordinariamente se atribuye al término automático, claramente vinculado a la mecánica y no a la electrónica, el mismo resultara de muy difícil encaje en la categoría de los equipos electrónicos.

asimilación del contrato electrónico a los celebrados entre ausentes o contratos a distancia, en base a la contemplación de supuestos similares o incluso, iguales al de la contratación en línea, regulados en la legislación sobre comercio electrónico. Y por ello, la aplicación a los contratos electrónicos en lo que resulte compatible, del régimen jurídico de las ventas a distancia. Así mismo son contratos de formación sucesiva como dice el profesor Madrid Parra, al no existir interactividad o interoperatividad.

En los párrafos 2º y 3º del art.1262 CC, así como 1º y 2º del art. 54 Cco, se han unido en un mismo precepto a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales mayoritarios en relación con el criterio de perfección de los contratos civiles y mercantiles, de forma tal que para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos la regla general determinante del momento de perfección del contrato vendrá establecida por la aplicación de la teoría del conocimiento que se flexibilizará en los casos de negligencia, culpa o mala fe, la teoría de la recepción. Para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, las reglas se fijan ahora en el criterio dominante en materia de contratos mercantiles (teoría de la emisión) y así lo refleja en la nueva redacción del precepto⁴.

⁴PERALES VISCASILLAS Ma. del Pilar.: “Sobre la perfección del contrato el POPURI de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio”, *Revista de Contratación Electrónica*, Nor.33, Diciembre 2002 dice que Disposición Final Primera está en realidad transponiendo en los nuevos preceptos la regla del antiguo art. 1262CC teoría del conocimiento, que fue flexibilizada por la jurisprudencia y la doctrina fundamentalmente en el ámbito de los contratos con opción de compra que paso así a acoger la teoría de la recepción cuando el oferente de forma culposa o negligente retrasaba el conocimiento de la declaración de voluntad.

ILLESCAS ORTIZ.: “Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica”, RCE, mayo 2002, Nor.27, p.18 dice que en relación con la última regla de los comentados preceptos del y del Cco, opina que cuando se utilizan dispositivos automáticos, el contrato se perfecciona cuando se manifiesta la aceptación, lo que significa acoger la teoría de la expedición o emisión. Discrepa de los autores que han comentado esta regla en el sentido de entender que se trata de una regla nueva.

PERALES VISCASILLAS Ma. del Pilar, entienden que dicha regla se aparta de la teoría de la emisión y del conocimiento, viniéndose a acoger el criterio de la manifestación, esto es, la teoría de la declaración.

DAVARA RODRÍGUEZ M.A.: *El comercio electrónico y la contratación electrónica, Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzandi S.A., cuarta edición, Septiembre, Madrid 2002, p. 210, quien respecto a cuándo queda concluido el contrato, dirá, que de acuerdo con la nueva redacción dada por la LCE a los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, en el caso de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, se entiende que existe el consentimiento desde el momento en que se manifiesta la aceptación, independientemente de que el oferente haya o no recibido dicha aceptación, y de esa forma queda delimitado el momento en que se perfecciona el contrato.

Con la particularidad además, en la contratación electrónica, de que la aceptación así enviada llegará prácticamente a su destino en el mismo tiempo en que se ha realizado, pues la velocidad de la transmisión entre ordenadores hace que sea despreciable el tiempo en que tarde en llegar al oferente.

No obstante, también hay que hacer notar que, basándonos en un principio de buena fe contractual, la aceptación llegará al momento prácticamente y, además, la comunicación entre ordenadores se realiza mediante un coloquio de control por el que el aceptante podrá recibir, casi al instante, la conformidad de la aceptación, que su mensaje ha llegado al destino y la comprobación del contenido enviado, quedando el contrato «purificado».en una aplicación extensiva de lo especificado en el Código Civil al regular la nulidad de los contratos, y, en particular, su artículo 1313, al disponer que: "La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración» Esta confirmación, en la transmisión electrónica, puede consistir, por ejemplo, en duplicar la transmisión del mensaje, con comprobación de contenido, en forma automática. Esto es, el mensaje, sin intervención de la persona, se envía, se comprueba, se acepta y se confirma, dos veces en forma automática.

MARTINEZ G, E.: *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*, Marcial Pons, Barcelona 2000, pp 137-138, quien al señalar el momento en que ha de considerarse perfecto el contrato o en que ha tenido lugar la aceptación de una oferta encuentra dificultades ante un medio tan complejo como el correo electrónico, donde intervienen, además del remitente y el destinatario, buzones de transito si los sujetos se encuentran conectados a una red. En estos casos, los mensajes pueden

De lo anterior se desprende, que el problema de la determinación del momento en que se entiende celebrado el contrato electrónico, se resuelve de manera uniforme para todos los contratos regidos por el Derecho español, evitando tener que recurrir a la aplicación analógica de la construcción de los contratos celebrados por correspondencia, por tratarse la contratación electrónica de operaciones realizadas entre personas distantes físicamente o sin presencia simultánea, aunque conectadas entre sí (por correspondencia, en vez de por soportes informáticos), en cambio en el Derecho ecuatoriano, debemos recurrir a esta aplicación analógica, ya que el legislador no ha aprovechado la oportunidad para fijar el momento de celebración de los contratos electrónicos en su Ley de Comercio Electrónico, firmas Electrónicas y mensajes de datos, sino que ha adoptado la solución establecida en el Código de Comercio al mencionar en su artículo 46 que para el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos por la ley, adoptando la teoría de la expedición.

distanciarse en el tiempo para llegar al buzón del destinatario, pues la velocidad de transmisión dependerá de la frecuencia con que se recojan los distintos buzones intermedios y de la rapidez con que el destinatario retire su correo. En estos supuesto afirma la autora, es fundamental la autenticación, las partes deberían asegurarse de que realmente la persona que ha enviado el mensaje es el remitente que allí figura, que existe propósito de dicho autor de quedar vinculado por el mensaje y que, en su caso, esta autorizada para contratar. Adquiriendo importancia debido a la existencia en Derecho continental de la regla de mandato aparente que tiene como efecto que uno puede resultar obligado por un contrato que nunca ha convenido. En este sentido habla de que estas tecnologías invitan a profundizar en un consentimiento contractual, no fundado ya en la voluntad del declarante, sino en la responsabilidad o la asunción de los riesgos propios de lo que se ha venido a denominar tráfico jurídico informático. Habría una fuente de responsabilidad u obligatoriedad un tanto objetiva, al modo de las modernas corrientes en el ámbito del Derecho de daños. Las modernas técnicas de autenticación (códigos secretos, criptografía y reconocimiento electrónico del carácter físico a larga distancia) tratan de resolver la problemática planteada. En definitiva, estamos una vez más ante el criterio de la recepción como momento de perfección del contrato.

Sin embargo, el CC. ecuatoriano, establece que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Ahora bien también estipula acerca de las manifestaciones contractuales que la “oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinar persona se consideran conocidas en el momento en que llega la dirección al destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin culpa en la imposibilidad de conocerla”.

En caso de la revocación cabe solo antes que sea aceptada la oferta. En las contrataciones electrónicas las declaraciones contractuales pueden considerarse conocidas, desde mi óptica, cuando salen del sistema de información empleado por el aceptante, que es el criterio adoptado el derecho español.

En el plano de los intereses en juego, la elección de la teoría de la emisión da poca protección al aceptante, ya que adelanta el momento reconocido al mismo para poder modificar su declaración de voluntad; teóricamente desde el instante en que emitió la aceptación y no desde el que llego a conocimiento de quien hizo la oferta. Asimismo la referencia general a la manifestación de la aceptación cuestiona el momento en que se entiende perfeccionado el contrato; instante que debe entenderse como coincidente con aquel en que la declaración del aceptante sale del sistema de información empleado por el eminente, de forma que el ya no puede modificarlo; de este modo, la salida del sistema de información empleado por el aceptante se eleva al instante en que se perfecciona el contrato.

La teoría de la recepción para determinar la perfección del contrato es mas consecuente con el carácter recepticio que tiene la declaración de voluntad del aceptante frente al oferente; con el principio de equilibrio de las prestaciones que esta implícito para toda la contratación, con la finalidad de tutela del interés de los consumidores presente en la normativa electrónica, y con la solución acogida en el artículo 15 de la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, relativa al Comercio Electrónico.

La perfección del contrato electrónico tras la emisión de la aceptación solo tendrá lugar en los contratos obligacionales (como los de compraventa, arrendamiento). En cambio, para la perfección de

los contratos reales es presupuesto condicionante de su nacimiento la entrega real del bien u objeto del contrato depósito, préstamo y prenda.

- EL EDI como contratos instantáneos en los que no existe lapso temporal entre la emisión de una declaración de voluntad y su recepción por el receptor, o bien como contratos no instantáneos dependen exclusivamente de la tecnología utilizada en la instalación del sistema EDI.

Para tener un sistema u otro dependerá del tipo de red, y la forma de conexión utilizada. Además de aspectos de gestión del mensaje que pueden repercutir en la mayor o menor instantaneidad de la recepción de las declaraciones de voluntad.

- Para lograr la instantaneidad total es requisito indispensable la utilización de conexiones por medio de redes punto a punto, que permite una comunicación instantánea, los contratos utilizando esta tecnología se regirán por las reglas que gobiernan la contratación entre presentes o contratación instantánea. En este caso se tratará de un supuesto similar a la contratación telefónica.

Contratación mercantil regida por el Código de Comercio español

Red punto a punto. Si se sigue la teoría de la declaración, el momento de formación será aquel en el que el aceptante, sea el personalmente, sea la aplicación informática, realiza la declaración de voluntad aceptando.

Contratación mercantil regida por el Código de Comercio ecuatoriano

Si se sigue la teoría de la expedición, el contrato se entenderá perfeccionado cuando la aplicación del aceptante envía el mensaje; lo cual viene determinado por el momento en que se aprieta la tecla

o llave que manda el mensaje. En una red punto a punto, será el momento en que el mensaje sale de la estación del usuario.

Contratación mercantil regida por el Convenio de Viena 1980

El artículo 18.2 y 23 del Convenio de Viena sientan la teoría de la recepción respecto al momento de perfección del contrato. Red punto a punto. El momento de perfección del contrato es el de llegada del mensaje al sistema informático. El acto cognoscitivo se realizara donde este la unidad central o el ordenador inteligente, independientemente de donde estén los terminales.

En cuanto al lugar de formación del contrato, este, siguiendo un criterio conceptualista, vendrá determinado por el momento de perfección, es decir, será el lugar de llegada de la aceptación al oferente lo cual significa en el supuesto de una red dedicada que ese lugar será aquel en que se halle el sistema informático del oferente. En el sistema EDI, normalmente, este lugar será la empresa del oferente.

- La utilización de conexiones por medio de redes de valor añadido, en las cuales los mensajes son recibidos por un centro de compensación, que los deposita en los respectivos buzones de cada usuario, y desde allí, son requeridos por el destinatario cuando este lo decide, da lugar a conexiones no instantáneas, los contratos concluidos utilizando esta tecnología se regirán por las reglas que rigen la contratación por correspondencia.

Contratación mercantil regida por el Código de Comercio español

Red gestionada: Según la teoría de la declaración vale lo dicho en relación a la red punto a punto.

Contratación mercantil regida por el Código de Comercio ecuatoriano

Según la teoría de la expedición, el momento de expedición es el momento en que se aprieta la tecla que manda el mensaje.

Contratación mercantil regida por el Convenio de Viena

Red gestionada. Los momentos que pueden considerarse como de recepción del mensaje son los siguientes:

1. Que el momento de recepción es el de la llegada del mensaje al ordenador del receptor⁵. Y que se producirá una vez que Y traslade el mensaje que esta depositado en su buzón del centro de compensación a su propio sistema informático, pudiendo el receptor aplazar la llegada del mensaje. Si se entiende que el momento de perfección es aquel en el cual el receptor esta en condiciones de trasladar el mensaje del centro de compensación a su sistema lo cual se producirá el mismo día de la recepción o bien si este día es festivo, el primer día siguiente al festivo, se soluciona el problema de dejar al arbitrio del oferente la perfección del contrato.
2. El momento de llegada del mensaje al centro de compensación o tercero servidor también es susceptible de considerarse de recepción. Esto debido, a que desde ese momento en que le receptor tiene posibilidad de acceder a los mensajes, si bien puede decidir retrasarlo. Con esta teoría se evita el perjuicio que tendría el emisor si el receptor lo retrasa maliciosamente. La utilización del centro de compensación para determinar el momento de recepción tiene el inconveniente que puede ocurrir que dicho centro se halle en país extranjero con respeto al receptor, con lo cual el lugar de recepción del mensaje se-

⁵JULIA BARCELO, R.: *Comercio electrónico entre empresarios la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, tirand lo blanch, Valencia 2000. p.353-354.

ria dicho país, cuando el contrato ni los contratantes tienen vínculo alguno con el mismo.

Si se sigue la teoría de la recepción, el contrato electrónico-EDI, el momento de perfección puede ser aquel en el que el mensaje de aceptación sea accesible al oferente, que es el momento en que el receptor esta en condiciones de trasladar el mensaje que esta depositado en el buzón del receptor (en su centro de compensación) a su sistema. Con la aplicación de la teoría de la recepción resulta más equitativo el reparto de los riesgos en cuanto al momento de perfección del contrato en la contratación por medios electrónicos, porque se supone que cada parte soporta el riesgo sobre su mensaje, cosa distinta si se aplica la teoría de la emisión. También, el oferente tiene la seguridad de que el contrato se ha formado, y por otro lado, no tiene la facultad de retrasar la formación del contrato.

A manera de conclusión se podría se podría decir que de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no este bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos. Así mismo de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario el momento de recepción de un mensaje de datos se determinara a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, las recepción tendrá lugar 1. En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o 2. De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos, y b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario. Hay que entender por este ultimo cualquier sistema que este dentro de la esfera de actuación del destinatario, ya que no ha designado ninguno en particular, es decir hemos tocado únicamente el concepto de emisión y recepción de mensajes de datos, sin entrar a considerar el momento de la perfección del contrato, el cual se da cuando la aceptación hay sido emitida por el aceptante por el procedimiento informático correspondiente y haya sido ya recibida por el destinatario oferente o, al menos haya entrado en el sistema

de datos del ámbito de influencia del oferente, para mi criterio sin que se exige el requisito adicional relativo al acuse recibo o notificación posterior a la recepción de la aceptación que debe realizar el oferente. El acuse recibo es una obligación posterior, sujeta al régimen sancionatorio en caso de incumplimiento, pero en ningún caso como un requisito de perfección o existencia del contrato⁶.

Por fin debe tenerse en cuenta que las reglas que rigen el momento de perfección del contrato son de derecho dispositivo, en consecuencia en la medida que la ley lo permita, se analizara la conveniencia de alterarlas por medio de acuerdo entre las partes.

5.3 Lugar de perfección del contrato

Con el artículo 1262 CC español no modifica la regla relativa al lugar de perfeccionamiento del contrato en sede de teoría general, por lo que el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta, lo cual es extensible para lo contratos mercantiles.

Esta aplicación de las reglas del Código Civil para la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato presentan problemas cuando la contraparte del empresario es un consumidor y ello porque, de configurarse la publicidad comercial como una oferta en sentido jurídico, tendremos que el consumidor que solo tiene la opción de aceptar o no ocupara siempre la posición de aceptante resultando que el lugar de perfeccionamiento será siempre el lugar donde radique el establecimiento del vendedor-oferente. La ley de comercio electrónico en el artículo 29 indica que cuando la transacción involucre a un consumidor el contrato se presume celebrado en el lugar en que este tenga su residencia habitual, mientras que en la

⁶MADRID PARRA A.: “Anteproyecto de ley modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos EDI y medios afines de comunicación de datos”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, tirant lo banch, Valencia 1995, p.2092, quien dice no se entra en cuestión del posible perfeccionamiento de un contrato ni en los efectos jurídicos de la oferta y la aceptación. El precepto artículo 11 acuse recibo se limita a regular, con carácter supletorio para caso de que las partes no lo hagan, las consecuencias jurídicas del establecimiento de un requisito, cual es el acuse recibo.

contratación electrónica entre empresarios se presumirán celebrados en el lugar en que este establecido el prestador de servicios⁷.

⁷119. PERALES VISCASILLAS, Ma.del Pilar.: “Sobre la perfección del contrato el POPURI de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio”, *Revista de Contratación Electrónica*, Nor.33, Diciembre,2002, p.82-83 DAVARA RODRÍGUEZ M.A.: *El comercio electrónico y la contratación electrónica, Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzandi S.A., cuarta edición, Septiembre Madrid. 2002, p. 211, para quien el lugar de celebración del contrato, en aquellos que se realicen por vía electrónica tenemos que distinguir los que inter venga como parte un consumidor y los realizados entre empresarios o profesionales.

Cuando en un contrato celebrado por vía electrónica intervenga un consumidor se presumirá siempre que el contrato ha sido celebrado en el lugar en que el usuario o consumidor tenga su residencia habitual. Si no interviene un consumidor y el contrato celebrado por vía electrónica ha sido entre empresarios o profesionales, se presumirá que el contrato se ha celebrado en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios si no ha existido pacto en contrario.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R.: *Contratación Electrónica: La prestación del consentimiento en Internet*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001.pp.73-74 quien dice frente a lo manifestado por Davara Rodríguez “que ese precepto plantea interrogantes: 1. Todo indica que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. Claro que la prueba sería aquí diabólica, si tenemos en cuenta que el contrato electrónico se celebra on line, es decir, no se celebra en ningún sitio o lugar, en el sentido real del termino. Mucho menos podemos hablar de jurisdicción o soberanía. 2.- La norma distingue claramente las relaciones comerciales entre empresas, frente a los contratos entre empresa y consumidor o consumidores entre sí. En estos dos últimos casos, siendo una de las partes del contrato consumidor- o las dos, en su caso- el contrato se presumirá celebrado en el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual.3. Tratándose de contratos entre empresas, el contrato se presume celebrado en el lugar en que este establecido el prestador de los servicios. Cuestión esta compleja y de difícil determinación en las empresas prestadoras de servicios de la sociedad de información. Puede ocurrir que el soporte técnico del prestador de los servicios se encuentre en un lugar distinto que el domicilio social. También puede ocurrir que el establecimiento principal del negocio o el centro de dirección se encuentre en España y en cambio la sociedad sea extranjera. Son estos casos frecuentes. En tal supuesto de-

beremos aplicar las normas de Derecho Internacional y Comunitario, que pueden servir como criterio interpretativo en materia de establecimiento. Es decir, el lugar en que la actividad empresarial se realiza. Si no aparece con claridad cual es el lugar del establecimiento del prestador de los servicios, debido a la multiplicidad de establecimientos o centros fabriles, entendemos que el lugar en que la actividad empresarial se realiza deberá ser el criterio a seguir a la hora de fijar el lugar del establecimiento del prestador de los servicios y por lo tanto, la ley aplicable que de lo mismo se desprende, así como la jurisdicción competente. Dando un paso mas en la labor de establecer el lugar de celebración, entiendo que el lugar en que la actividad empresarial se realiza es coincidente con el lugar de mayor demanda de productos o servicios del empresario”.

JIMÉNEZ-CASQUET F.: *os de Derecho de Internet*, tirantlo blanch, Valencia 2002, pp. 356-357 quien dice que tras la reforma de los artículos del Código Civil y del Comercio, los contratos entre ausentes se presumirá celebrados en el lugar en que se hizo la oferta. El problema esta en determinar, para el caso del comercio electrónico, cual es el lugar de realización del mensaje de datos que incorpora la oferta contractual. Su determinación es difícil y, además, no es especialmente relevante. En principio una oferta podrá hacerse desde cualquier ordenador, por lo que no sabremos si hay que determinar el lugar de la sede social del oferente, el lugar del sitio web en el que se le fórmula, el lugar de emplazamiento del servidor que emplea el oferente para enviar los mensajes que contienen la oferta. La inseguridad jurídica es patente, especialmente dado que el destinatario de la oferta no suele tener conocimiento de estos emplazamientos.

La solución del problema dada por la LSSICE es establecer un punto de conexión para los contratos electrónicos diferente al contemplado en el Código Civil, y en su artículo 29 considera celebrados los contratos electrónicos en el lugar en el que el consumidor tenga su residencia habitual, y los contratos mercantiles en el lugar en que se encuentre establecido el prestador de servicios. La finalidad perseguida por el precepto a criterio del autor es favorecer a la parte mas débil en el caso de contratos en los que intervenga como parte un consumidor y unificar los contratos electrónicos de carácter mercantil la localización de todos los contratos del prestador de servicios en su lugar de establecimiento.

La otra opción no seguida por el legislador, era la de definir el lugar de realización de la oferta en el caso de los contratos electrónicos, complementarios.

El lugar de perfección de los contratos electrónicos-EDI, la elección de la teoría de la recepción por la que el lugar de recepción es el de llegada al sistema del receptor, y por tanto a su empresa, supone que el contrato se forma en un lugar que tiene un vínculo más estrecho con el contratante y con las partes.

En cambio en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos del Ecuador, sobre el lugar de perfeccionamiento es voluntario (Art.46 LCEFEMD.), lo quiere decir que no es requisito del contrato electrónico la coincidencia entre perfeccionamiento del contrato y su lugar de celebración.

Con la aceptación ocurre que la Ley solo se refiere a que comportamiento no se entenderán como aceptación, lo cual deja en claro que los modos de aceptación dependen de lo que las partes acuerden en el contrato.

En cuanto a la Jurisdicción es voluntaria, excepto en aquellos contratos sometidos a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se fija la jurisdicción en el domicilio del usuario (Art.47 LCEFEMD).

En las contrataciones electrónicas siempre es conveniente que las partes aclaren o convengan en el cual ha de ser el lugar desde el que se entiende hecha la emisión de un determinado mensaje electrónico, ya que de lo contrario puede haber dificultad para su determinación.

Capítulo 6

Conclusión

Al analizar algunas peculiaridades de la contratación electrónica, como un aspecto importante de la incidencia de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en la formación de la voluntad y, consecuentemente, en el perfeccionamiento de los contratos, he encontrado algunos problemas que determinan algunas lagunas jurídicas como consecuencia de la indebida adecuación del Derecho español, ecuatoriano a la evolución tecnológica, cuando se utilizan la electrónica en aquel lugar de aquella forma en que resulta más adecuada y útil para su actividad personal, profesional, industrial o mercantil.

Como conclusión de la contratación electrónica, y en particular del perfeccionamiento de los contratos se destacaran los siguientes aspectos

- I. Cada día son más los negocios que se realizan utilizando estos medios electrónicos y cada vez son más aceptados de hecho -sino de derecho- en nuestra sociedad. Pero con este tipo de contratación en muchas ocasiones surgen dificultades, tanto

de orden jurídico como de orden técnico. Las dificultades jurídicas son consecuencia del dominio del papel escrito en el Derecho de todos los Estados de lo que podíamos llamar nuestro ámbito y de las obligaciones impuestas por el Derecho de esos Estados de expedir y de conservar los documentos sobre soporte papel, con una fuerza jurídica especial que reside en la característica manuscrita de la firma.

- II. Con relación a la contratación por vía electrónica, los contratos electrónicos producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico no siendo necesario para su validez nada más que los requisitos generales para su celebración por otro medio no electrónico, sin necesidad, siquiera, del previo acuerdo de las partes para la utilización de estos medios
- III. Un aspecto a tomarse en cuenta es lo referente a la validez de la voluntad basada en el contenido de un mensaje enviado por persona no autorizada para ello, la aceptación dada por el ordenador a una oferta enviada por el mismo método -el de la transmisión telemática- aceptado por las partes, constituirá la expresión «de voluntad» y la aceptación de la relación contractual sin hacer más planteamientos de quién ha sido -físicamente- la persona que ha dado la orden de envío de esa oferta o de esa aceptación, o quién ha sido la persona que ha «manipulado» o manejado simplemente, pero sin estar autorizado, el sistema informático. Cada parte deberá tomar las medidas que crean oportunas y necesarias para que no se puedan producir estas situaciones, pero si se producen, esto no deberá afectar de ninguna forma a la otra parte.
- IV. Respecto a los problemas referentes al tiempo, hay que tener en cuenta que la tecnología hace posible que la información «viaje» a gran velocidad con el consiguiente efecto de acortar el marco de tiempo con respecto al cual puede influir en una toma de decisión, o sobre el contenido de una nueva información a la que modifica.
- V. En cuanto a la voluntad mediante diálogo realizado por medios electrónicos, o telemáticos, que no sean el teléfono o la

videoconferencia, la debemos considerar como intercambio de información en un diálogo de diferente calidad que en otros casos y, por tanto, objetivar la aceptación de la misma forma que si se realizara sobre un papel escrito en el caso de la correspondencia. Consecuentemente, la contratación realizada mediante un diálogo telemático entre ordenadores, debe entenderse como una contratación entre ausentes y, por analogía siempre que previamente se haya pactado su aceptación como medio de expresión de la voluntad contractual, y debe aplicarse las normas que se emplean en el caso de la aceptación por medio de correspondencia.

- VI. Otro factor de trascendental importancia es la identificación de las partes intervinientes -emisor de la oferta, coincidente con emisor telemático del mensaje, y aceptante, coincidente con receptor telemático que, a su vez, se convierte en emisor para transmitir la aceptación- y la autenticación coincidencia de contenido en cuanto a datos e información de lo emitido con lo recibido y que forma la base de la aceptación.
- VII. En el caso del Derecho español hasta antes de la reforma del 2002, cuando el contrato era mercantil, entendíamos que se perfeccionaba desde el mismo momento que se emite la aceptación de acuerdo con lo que estaba especificado en el Código de Comercio (Art.54), y en caso de que el contrato no era mercantil, no se perfeccionaba hasta que la aceptación no llega a conocimiento del oferente, ya que es una declaración recepticia y, consecuentemente, no obligaba al oferente hasta que conoce esa declaración de voluntad, de acuerdo con lo especificado en el Código Civil (Art. 1262, segundo párrafo)

Pero con la nueva redacción de los dos artículos de los Códigos Civil y de Comercio español al unirse en un mismo precepto a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales mayoritarios en relación con el criterio de perfección de los contratos civiles y mercantiles, de forma tal que para los contratos que no se celebren mediante dispositivos automáticos la regla general determinante del momento de perfección del contrato vendrá establecida por la aplicación de la teoría del conocimiento que se flexibilizará en los

casos de negligencia, culpa o mala fe, en los contratos de opción de compra, en el que el oferente retrasa de forma culposa o negligente el conocimiento de la declaración de aceptación, lo que ha supuesto acoger la teoría de la recepción. Para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, las reglas se fijan ahora en el criterio dominante en materia de contratos mercantiles (teoría de la emisión).

En el caso ecuatoriano el contrato al ser mercantil se perfecciona desde el momento que conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada, acogiendo de esta forma la teoría de la expedición, teoría que serviría también, para los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, esto por cuanto en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos del Ecuador, el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se somete a los requisitos y solemnidades previstas en las leyes, con lo cual nos remite al Código de Comercio; y, en materia civil se ha acogido la teoría del conocimiento, para determinar el momento de perfección de los contratos.

Cuando se trate de contratos de compraventa mercantiles internacionales y tiene por objeto mercaderías no destinadas a un uso personal, familiar o doméstico, la perfección del contrato conforme a la Convención de Viena arts. 18.2 y 15.1 de la CNUCCIM, se regirán por la teoría de la recepción, para las declaraciones escritas, y, la teoría del conocimiento para las declaraciones orales. Pudiendo darse algunas variantes al momento en que se entiende perfeccionado el contrato:

1. En el momento en que el destinatario de la oferta inicia la ejecución del contrato, sin necesidad de declaración previa.
2. Cuando el oferente conoce la aceptación del destinatario directamente, al encontrarse ambos presentes y hacerlo de manera inmediata, y no diferida.
3. En el instante en que la aceptación llegue a la esfera de acción del oferente, cuando las partes no estén presentes

Por otra parte Artículo 18.2 y 23 del Convenio de Viena fija la regla de la recepción de la aceptación como momento de perfección,

por la cual el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al ámbito controlado por el oferente. En la Contratación electrónica-EDI, este momento puede ser aquel en el que el mensaje de aceptación sea accesible al oferente, que es el momento en que el receptor esta en condiciones de trasladar el mensaje que esta depositado en el buzón del receptor (en su centro de compensación) a su sistema. El lugar de perfección es aquel en el que se produce dicha llegada de la aceptación.

Se debe recalcar, que en lo relativo al lugar de celebración del contrato, en el caso español, en aquellos que se realicen por vía electrónica, hay que distinguir los que intervengan como parte un consumidor y los realizados entre empresarios o profesionales. Cuando en un contrato celebrado por vía electrónica intervenga un consumidor se presumirá siempre que el contrato ha sido celebrado en el lugar en que el usuario tenga su residencia habitual. Si no interviene un consumidor y el contrato celebrado por vía electrónica ha sido entre empresarios o profesionales, se presumirá que el contrato se ha celebrado en el lugar en que este establecido el prestador de servicios si no ha existido pacto en contrario.

En la Ley Ecuatoriana, el tema del lugar de perfeccionamiento es voluntario, lo que quiere decir que no es requisito del contrato electrónico la coincidencia entre perfeccionamiento del contrato y su lugar de celebración. Con la aceptación ocurre que la Ley solo se refiere a que comportamiento no se entenderán como aceptación, lo cual deja en claro que los modos de aceptación dependen de lo que las partes acuerden en el contrato.

La Jurisdicción es voluntaria, excepto en aquellos contratos sometidos a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se fija la jurisdicción en el domicilio del usuario (Art.47 LCE-FEMD.)

- VIII. Para evitar incertidumbre, es loable que en el ámbito de la contratación electrónica, se haga efectivo el principio de la autonomía de la voluntad, estableciendo en el contrato a que régimen jurídico queda el mismo sometido, en todos los aspectos inherentes a la perfección de los contratos.

Capítulo 7

Indice de Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS

- Tribunal Supremo Húngaro 25 Septiembre de 1992
- LG Aachen 28 de julio de 1993 (42 0 68-93)
- OLG Klön, 22 de febrero de 1994 (22 U 202-93)
- LG Frankfurt am Main 13 de julio 1994 (3-15 0 3-94) Alemania
- Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa 3 de Marzo de 1995
- S del Oberlandesgericht 31 de marzo de 1995
- OLG Frankfurt 23 Mayo 1995 (S U 209-94) Alemania

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- Sentencia 3 enero 1948 (RA 11)
- Sentencia 6 de Abril de 1962
- Sentencia 28 de Mayo de 1976
- Sentencia 7 de Noviembre de 1976
- Sentencia 3 de Mayo de 1978 (RA 1638)
- Sentencia 16 Abril de 1979
- Sentencia 7 de Julio de 1981
- Sentencia 29 de Abril de 1986
- Sentencia 23 de Diciembre 1992
- Sentencia 31 de Mayo de 1993 (RA 4061)
- Sentencia 4 de febrero 1995
- Sentencia 24 de Abril de 1995 (RA 3546)88

Referencias Bibliográficas

Referencias

- Albaladejo, M. (2002). *Manual de derecho civil ii derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, S.L.
- Alvares-Cienfuegos Suárez, J. M. (1992). *Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos* (n.º 3). Merida. (Tercer Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Resumen de Comunicaciones en Informática y Derecho)
- Alvares-Cienfuegos Suárez, J. M. (1994). Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos. *Revista informática y Derecho*.
- Arrillaga. (1952). *Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas*. RDM.
- Barriuso Ruiz, C. (1999). *La contratación electrónica*. Madrid: Dykinson.
- Broseta Point, M. (1994). *Manual de derecho mercantil* (10.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- CARRASCO BLANC, H. (1999). Aspectos de la formación del consentimiento electrónico. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, 12.
- CASES, G. (1960). El momento de perfección del contrato entre ausentes. *Revista Jurídica de Cataluña*, 290–292.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1983). *Derecho Civil Español Común y Foral* (Vol. 3). Madrid: Reus S.A.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1993). Derecho de Obligaciones, La Obligación y el Contrato en general. En *Derecho Civil Español Común y Foral* (Vol. 3). Madrid: Reus S.A.
- CERDA GIMENO, J. (1973). En torno a la formación del contrato (Comentarios a la obra de A. Ravazzoni: La

- Formación del contrato: I La fase del procedimiento (Milán: Giuffré, 1966). *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 907, 934.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (2002). *Manual de Derecho Informático, El comercio Electrónico y la contratación Electrónica* (4.ª ed.). Madrid: Aranzandi S.A.
- DAVARA RODRIGUEZ, M. (1993). *Derecho Informático* (1.ª ed.). Pamplona: Aranzandi S. A.
- DEL PESO NAVARRO, E. (1996). Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos. En *Ámbito Jurídico de las tecnologías de la información, Convención de Derecho Judicial, XI* (pp. 198-199). Consejo General del Poder Judicial.
- DE ROVIRA y PALOMAR, A. (s.f.). *Problemas de la contratación entre personas distantes*. 1958.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* (4.ª ed., Vol. 1). Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). La formación del contrato. En *Anuario de Derecho Civil* (Vol. XLVIII).
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil* (Vol. 1). Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., y PONCE DE LEON, L. (1998). *La compraventa internacional de mercaderías*. Madrid: Civitas.
- DURANY PICH, S. (1993). Comentario a la sentencia de 22 diciembre 1992, Cuaderno Civitas de perfección de los contratos en el Código Civil. *Revista Jurídica Española, Jurisprudencia Civil*(31), 133.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho Civil Español, Obligaciones y Contratos* (6.ª ed., Vol. 3). Madrid.
- ESPULGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S., y HERNÁNDEZ MARTI, J. (1999). *Contratación interna-*

- cional* (2.^a ed.). Valencia: tirant lo blanch.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001). *Contratación Electrónica La prestación del consentimiento en internet*. Barcelona: J.M. Bosch.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J. (1986). Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia. *Revista Jurídica de Cataluña*, 122.
- FLORES, D. M. (2002). *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*. Madrid: Edersa.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1983). *Parte General de Derecho Civil Español*. Madrid: Civitas.
- GARRIDO PÉREZ, A. (1995). La regulación jurídica de los servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas. *La Ley*.
- GARRIGUES, J. (1947). Extinción y Transformación de sociedades. Fusiones y Uniones de Empresas. Obligaciones Profesionales del Comerciante. Agentes Mediadores y Auxiliares. En *Tratado de Derecho Mercantil* (Vol. 3). Madrid.
- GARRIGUES, J. (1963). *Curso de Derecho Mercantil* (7.^a ed., Vol. 2). Madrid.
- GOMEZ CALLE, E. (1994). Los deberes precontractuales de información. *La Ley*.
- GOMEZ LAPLAZA, M. C. (s.f.). Comentarios al Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, 1, 126.
- GUERRA BALIC, J. (1995). La conclusión de contratos por medios informáticos. *Revista informática y Derecho*, 8.
- GUERRA BALIC, J. T. (s.f.). *El programa como expresión de la voluntad potencial en la contratación electrónica* (Inf. Téc.). Barcelona: Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.
- GUISADO MORENO, A. (2004). *Formación y perfeccionamiento del contrato en internet*. Madrid: Marcial Pons.

- HONNOLD, J. O. (1987). *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- JIMÉNEZ-CASQUET, F. (2002). *Principios de Derecho de Internet*. Valencia: tirant lo blanch.
- JULIA BARCELO, R. (2000). *Comercio electrónico entre empresarios la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*. Valencia: tirant lo blanch.
- LACRUZ BERDEJO, J. (2002). *Elementos del Derecho Civil II Derecho de Obligaciones* (Vol. 1). Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., LUNA, A., DELGADO, J., y RIVERO, F. (1987). *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Teoría General del Contrato*. (Vol. 2). Barcelona: Bosch.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1989). *Sobre la Perfección de los Contratos en el Código Civil* (Vol. 2). Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces.
- LASARTE ALVAREZ, C. (s.f.). Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 643.
- LASARTE ALVAREZ, C. (1994). *Principios de Derecho Civil* (Vol. 3). Madrid: Trivium.
- LUNA SERRANO, A., LACRUZ, J. L., DELGADO, J., y RIVERO, F. (1987). *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Teoría General del Contrato* (Vol. 2). Barcelona: Bosch.
- MADRID PARRA, A. (s.f.). EDI Electronic Data Interchange. *Revista de Derecho Mercantil*(44), 121.
- MADRID PARRA, A. (1995). Anteproyecto de ley modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos EDI y medios afines de comunicación de datos. En *Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel*

- Broseta Pont* (Vol. 2). Valencia: tirant lo banch.
- MADRID PARRA, A. (2002, junio). El negocio jurídico Electrónico. *Revista de la Contratación Electrónica*(28), 3–62.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, C. (1994, abril). Las nuevas coordenadas del Derecho de la Contratación. *Actualidad Civil*, 4(14).
- MARTINEZ GALLEGOS, E. (2000). *La formación del contrato a través de la oferta y aceptación*. Barcelona: Marcial Pons.
- MENÉNDEZ MATO, J. (1998). *La Oferta Contractual*. Pamplona: Aranzadi.
- MORENO QUESADA, B. (1956). La oferta de contrato. *Revista de Derecho Notarial*.
- MOXICA ROMAN, J. (2000). *La compraventa mercantil e instituciones a fines*. Navarra: Aranzandi.
- ORÚS MORATA, A. (1931). *El contrato por correspondencia. Su naturaleza y eficacia* (Boletín Informativo del Colegio de Abogados).
- ORTIZ, I. (2002, mayo). Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica. *RCE*, 27, 18.
- PARRA ABAD, A. (1961). Un comentario al art.18 de la ordenanza postal: La perfección del contrato entre ausentes y la propiedad de la correspondencia. *ADC*.
- PERALES VISCASILLAS, P. (1996). *Formación del contrato en la compraventa internacional de mercadería*. Valencia: tirant lo blanch.
- PERALES VISCASILLAS, P. (2000). Formación del contrato electrónico. En *Régimen jurídico de Internet*. Madrid.
- PERALES VISCASILLAS, P. (2002). Sobre la perfección del contrato el POPURI de los nuevos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. *Revista*

- de Contratación Electrónica*, 33, 68–83.
- PÜIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos del Derecho Civil* (2.^a ed., Vol. 2). Barcelona: Bosch.
- RAMS ALBESA, J. (s.f.). Comentarios al Código Civil. *Revista de Derecho Privado*(XVII), 20,24.
- ROGEL VIDE, C. (1982). Momento y lugar de perfección del contrato. *Revista Jurídica Española La Ley*, 1254, 1258, 1259, 1260, 1268, 1271.
- SALEILLES. (1901). *Declaration de Volonte*.
- SALTOR, C. E. (1994). *Informática y Contratos*. Bariloche.
- SCALS, J. (1986). Voz Oferta. En *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Vol. XVIII). Barcelona: Seix.
- SERRA MALLOL, A. (1989). Las firmas en contratos mercantiles entre ausentes. *Revista General de Derecho*.
- SILVA-RUIZ, P. (1989). La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. *Revista del Colegio de Abogados*, 50.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1994). *Instituciones de Derecho Mercantil II. Títulos y Valores, Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Marítimo* (17.^a ed.). Madrid: Edersa.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1997). *Instituciones de Derecho Mercantil* (20.^a ed., Vol. 2). Madrid.
- URÍA, R. (1992). *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (2001). *Teoría General del Contrato, en el Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y contratos*. Valencia: tirant lo banch.
- VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil* (3.^a ed.). Barcelona.
- VICENT CHULIÁ, F. (1995a). Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década. En *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta* (Vol. 2). Valen-

cia: tirant lo banch.

VICENT CHULIÁ, F. (1995b). *Introducción al Derecho Mercantil* (8.^a ed.). Valencia: tirant lo banch.

El autor

Fernando Moreno Morejón
Doctor en Jurisprudencia y Economista

ESTUDIOS DE POSTGRADO

Diplomado Superior en: Finanzas, Mercado de Valores y Títulos Fiduciarios, Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales; y, Investigación Derecho Civil. Especialista en: Derecho Procesal, Docencia Universitaria, Derecho Civil Comparado. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Certificado Diploma Estudios avanzados de tercer ciclo. Sevilla-España. Candidato a Doctor Universidad Pablo Olavide. Sevilla-España. Realiza estudios de doctorado en la Universidad de Buenos Aires-Argentina.

VIDA LABORAL

Juez de la Unidad Penal, Juez Provincial de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Provincia del Azuay. Profesor de Maestría en Derecho Constitucional, y en pregrado de Derecho Procesal Constitucional-Teoría del delito.

PUBLICACIONES Y TRABAJOS ACADÉMICOS

Perfeccionamiento de los contratos, El Tránsito y la Seguridad vial.

Otros títulos de la colección Ciencias Sociales y
Humanidades



Violencia Intrafamiliar. Beneficios de un Proyecto Social

Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y Olga Neira Cárdenas

Hitos de la Constitución ecuatoriana

Colectivo de autores

Terapia de Pareja. Del enamoramiento a la Psicoterapia

Juan Pablo Mazón, Claudia Fuentes, Lesly Morales, Erika Peña y Omar Peralta

Otros títulos de la colección Salud y Bienestar



Correlación entre la Medicina de Laboratorio y las Ciencias Básicas y Clínicas

Julio César Sempértegui Vega, Sandra Patricia Ochoa Zamora, Poletth Estefania Sempértegui Alvarado y Mateo Esteban Zea Cabrera

Patología Estructural Básica

Yolanda Vanegas Cobeña, Nancy Vanegas Cobeña y Leonardo Morales Vanegas

Esquizofrenia. El enigma continua

Douglas Calvo de la Paz

Medicina Ancestral

Julio César Morquecho Salto

Otros títulos de la colección Ciencias, Ingenierías y Medio Ambiente



Análisis de Funciones Especiales

Carlos Fernando Méndez Martínez

Topografía aplicada a las Ciencias Agrícolas

Carlos Eloy Balmaseda Espinosa

Bioestadística

Froilán Segundo Méndez Vélez, Milton Bolívar Romo Toledo y Gabriela Alejandra Ortega Castro

Desafiando a la Ciudad Letrada. Formas antagonistas de urbanismo en América Latina

Antonio di Campli

Este libro se terminó de imprimir en los
talleres de Imprenta de la Editorial
Universitaria Católica de Cuenca
(EDÚNICA), el 15 de agosto de
2019, con un tiraje de 300
ejemplares, previa revisión,
aceptación y aprobación
del Área de Publicaciones de la
Universidad
Católica
de
Cuenca.



Cuenca - Ecuador

