

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

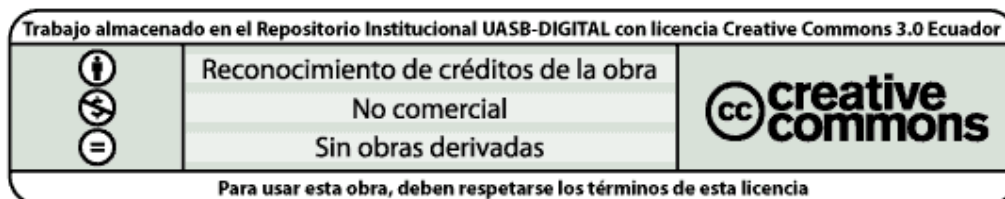
ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

**PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN
LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA
COMUNIDAD ANDINA Y LA POSIBILIDAD DE LLEGAR A UN
RÉGIMEN ARMONIZADO O UNIFICADO**

DAVID ALEJANDRO ARROBA LÓPEZ

Quito D.M., 2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, DAVID ALEJANDRO ARROBA LÓPEZ, autor de la tesis intitulada “PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA POSIBILIDAD DE LLEGAR A UN RÉGIMEN ARMONIZADO O UNIFICADO”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

.....

Alejandro Arroba López

Quito, 21 de Octubre del 2014.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN
LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA
COMUNIDAD ANDINA Y LA POSIBILIDAD DE LLEGAR A UN
RÉGIMEN ARMONIZADO O UNIFICADO**

AUTOR: Abg. DAVID ALEJANDRO ARROBA LÓPEZ

TUTOR: Dr. GASTÓN VELÁSQUEZ

Quito D.M., 2014

RESUMEN

Por medio del presente trabajo investigativo pretendemos analizar el momento en que el contrato celebrado por medios electrónicos se considera perfeccionado, sirviéndonos de un análisis comparado de las legislaciones de los países miembros de la Comunidad Andina; Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, aterrizaremos específicamente en las modalidades más comunes de contratación telemática; contratos celebrados por medios de portales web, contratos celebrados por medio de videoconferencias y contratos celebrados por medio de correos electrónicos.

El resultado del análisis normativo comparado nos permitirá identificar las similitudes y diferencias entre las legislaciones referidas, para de allí, identificar las posibilidades que la técnica legislativa nos ofrezca de caminar hacia procesos, según corresponda, de armonización o de unificación legislativa en el marco de la normativa comunitaria andina.

AGRADECIMIENTO

Mi más profundo agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, Institución de singular prestigio académico, cuna de una de las más gratas experiencias de mi vida, y a su Rector Dr. Enrique Ayala Mora, por haberme abierto las puertas de tan noble Institución.

Al personal docente y administrativo del área de Derecho, sin cuya decidida colaboración me hubiera resultado imposible alcanzar con éxito la presente meta académica.

Al Dr. Gastón Velásquez quien con su amplio conocimiento y acertadas observaciones supieron guiarme a lo largo del desarrollo del presente trabajo,

A los Doctores, María Elena Jara y Edison Toro, por sus sabios consejos y dedicación en la lectura de mi trabajo,

A mis estimados compañeros, de quienes me llevo una profunda admiración y sincera estima,

A mis padres, César Arroba y Nelly López y hermanos Gisella, César, Carlos y Vanesa pilares fundamentales en mi vida, porque sin su apoyo constante, sus enseñanzas, amor y guía, esta meta no hubiera podido alcanzarse.

A Cristina, por su amor, comprensión y aliento para superar los obstáculos que fueron presentándose a lo largo del camino y más que una novia ser una excelente amiga.

A todos mi más sincero e imperecedero agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
MARCO TEÓRICO: MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS TELEMÁTICOS	10
1.1.- Precisiones terminológicas y alcance del presente estudio.....	10
1.2.- Momento de perfeccionamiento del contrato en general, y en especial del contrato telemático.....	14
1.2.1.- El principio de la autonomía de la voluntad privada en las relaciones jurídico privadas.....	14
1.2.2.- La voluntad y su declaración o manifestación.....	19
1.2.3.- El consentimiento como momento de perfección del contrato telemático.....	22
1.2.3.1.- La formación del contrato, los tratos comerciales previos.....	23
1.2.3.2.- La oferta y la oferta telemática.....	24
1.2.3.3.- La aceptación.....	31
CAPÍTULO II	
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO TELEMÁTICO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS DE LOS PAÍSES DE LA CAN.....	35
2.1.- Características del mundo virtual.....	35
2.2.- El principio de equivalencia funcional en las legislaciones de los países miembros de la CAN.....	38
2.3.- Otros principios fundamentales en contratación electrónica.....	41
2.4.- Relación tiempo – espacio; contratos de formación instantánea y sucesiva.....	42
2.5.- Casos más comunes de contratación telemática.....	44
2.5.1.- Contratos celebrados desde una página web comercial.....	45
2.5.2.- Contratos perfeccionados por medio de videoconferencia.....	48
2.5.3.- Contratos concluidos mediante correo electrónico, que pueden ir acompañados o no de firma digital.....	50
2.6.- Sobre las teorías que rigen el perfeccionamiento del contrato entre ausentes.....	56
2.7.- Disposiciones internacionales respecto al momento de perfeccionamiento del contrato, y en particular del contrato celebrado por medios electrónico.....	61

CAPÍTULO III

LA CAN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO POSIBILIDADES DE ARMONIZACIÓN O DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA.....70

3.1.- Que se entiende por armonización, y por unificación legislativa.....70

3.2.- Similitudes y diferencias en las legislaciones analizadas.....80

3.2.1.- Contratos celebrados desde una página web comercial.....80

3.2.2.- Contratos perfeccionados por medio de videoconferencia.....82

3.2.3.- Contratos concluidos mediante correo electrónico, que pueden ir
acompañados o no de firma digital.....83

CONCLUSIONES.....87

BIBLIOGRAFÍA.....89

INTRODUCCIÓN

Al término de la segunda guerra mundial el comercio a escala global renace, aunado por la creación de varias instituciones internacionales –FMI, BM, OMC, ONU- encaminadas a buscar una paz sostenida entre los pueblos.

Gracias a esta relativa paz, a un desarrollo tecnológico acelerado –entre éste, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación-, y a un triunfo del modelo económico de libre mercado –proceso comúnmente denominado globalización¹-, el comercio mundial se ha incrementado exponencialmente dando paso a que los Estados ya no se midan tanto por su capacidad bélica como sí por su potencial comercial, entrando a una lógica donde los mayores mercados representan mayores oportunidades, la tendencia mundial pasa por la formación de bloques internacionales de integración económica², muchos de los cuales se convierten en verdaderos procesos supranacionales de integración, como el caso Unión Europea o CAN.

El precitado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación ha traído aparejado consigo nuevas formas de interacción comercial, el comercio electrónico ha permitido que muchos negocios se desarrollen empleando exclusiva o parcialmente vías electrónicas de comunicación, en donde los contratantes pueden incluso no conocerse, mantener una interacción en tiempo real o diferido, desconocer la ubicación de nuestro co-contratante, entre otras situaciones, a esta realidad el derecho no puede mantenerse ajeno, es necesario su participación activa en los temas que ameritan una regulación.

Pero, ¿porque decimos que es un tema que amerita regulación?, la normativa interna de los diferentes países alrededor del mundo reconoce desde antaño la necesidad de regular el momento y lugar en que un contrato se entiende perfeccionado, en la medida que de

¹ Javier Carrascosa González, en su paper sobre globalización y derecho, nos advierte, que el fenómeno de la globalización es complejo y se encuentra compuesto por varias estructuras interdependientes entre sí, (...) posteriormente expresa, que éste fenómeno está compuesto por dos grandes estructuras; *la primera estructura o elemento fundamental es la eliminación de barreras económico políticas a la libre circulación de factores productivos*, y la segunda estructura o elemento *es el proceso de desarrollo tecnológico sin precedentes de las comunicaciones físicas y de las telecomunicaciones*, lo que permite un desplazamiento fluido de personas, información, y de modelos culturales y sociales por todo el mundo. Javier Carrascosa González, “Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI”, en *Anales de derecho, Universidad de Murcia*, 22 (2004), 19, en: <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/11373/1/AD22%202004%20p%201758.pdf>> Consulta: 10 de febrero del 2014

² Al 31 de Enero del 2014, se han notificado al GATT/OMC cerca de 583 Acuerdos Comerciales Regionales de los cuales al menos 377 estaban en vigor, Disponible en el portal web oficial de la OMC “Acuerdos comerciales regionales”, en: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm> Consulta: 10 de febrero del 2014

tales circunstancias depende una serie de consecuencias jurídicas, como es, el foro aplicable y la legislación competente en el caso del lugar de perfeccionamiento del contrato, y, el momento desde el cual un acuerdo de voluntades genera obligaciones en el caso del momento de perfeccionamiento de un contrato.

La incidencia del desarrollo de las telecomunicaciones en el comercio, ha obligado a los países a proceder a una revisión urgente de sus normativas internas, a fin de adaptarse a esta nueva realidad social, sin embargo tal análisis no debe limitarse únicamente a un plano nacional la actuación en bloques y la geopolítica refuerzan la convicción de que la CAN como organismo de integración de los países andinos necesita nutrirse día a día de aportes legislativos que fortalezcan su proceso de integración, entre ellos es necesario incorporar en la agenda temas relacionados con la contratación electrónica, y específicamente un capítulo que trate sobre el momento y lugar en que se reputa perfecto un contrato que se celebre por medios electrónicos, visto el vertiginoso avance de este medio de contratación, el tráfico intracomunitario existente y la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los operadores andinos en sus diarias transacciones.

Este trabajo por consiguiente se enmarca en el estudio del derecho comparado de las legislaciones de los cuatro países miembros de la CAN –Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia-, a fin de establecer el tratamiento que se otorga a la contratación electrónica al interno de estos países, descubrir las semejanzas y diferencias para de allí, según la necesidad del caso, proponer normas de derecho internacional privado uniformes o armónicas, según resulte más conveniente para la técnica jurídica, en pro de otorgar a los operadores económicos de estos países la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de sus actividades comerciales.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO: MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS TELEMÁTICOS

1.1.- PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y ALCANCE DEL PRESENTE ESTUDIO

CONTRATO ELECTRÓNICO, TELEMÁTICO E INFORMÁTICO.- Sobre las formas en que el mundo contractual y el informático se relacionan Caffera propone dos sentidos; el primero de ellos vincula al mundo informático como objeto del contrato, y el segundo de ellos en el que la telemática sirve como un medio o instrumento por medio del cual se perfecciona y/o se cumple un contrato.³

Podemos distinguir en la descripción de Caffera dos conceptos aceptados por la mayor parte de doctrinarios, en primer lugar Caffera identifica lo que se conoce como *contrato informático*, definido como aquel en donde el objeto del contrato conlleva un elemento informático (hardware o software) independientemente de la figura legal que adopte la negociación (compraventa, arrendamiento, etc.), nótese que lo que importa en esta relación es la informática como objeto de un contrato.

En segundo lugar Caffera identifica lo que se ha dado en llamar *contrato electrónico*, entendido en sentido amplio como aquel contrato en el que sea total o parcialmente el medio electrónico actúa como un canal que permite las transmisiones de las declaraciones de voluntad del oferente y/o del aceptante, en palabras de Scotti Luciana, el contrato electrónico es aquel que “con total independencia de su objeto (que puede ser un bien o servicio informático, pero no necesariamente) se caracteriza por su forma de perfeccionamiento: a través o con ayuda de medios electrónicos,”⁴ nótese que con este sentido amplio el contrato electrónico alcanza a cualquier medio que permita las transmisiones de voluntad electrónicamente como puede ser el télex, el fax, el teléfono, las computadoras, etc.

No obstante de esto, otro sector doctrinario, considera que el término contrato electrónico no debe entenderse en sentido tan amplio, y desmiembran de éste un

³Gerardo Caffera, “Formación del contrato electrónico”. En Siegbert Rippe comp, *Comercio electrónico análisis jurídico multidisciplinario*, (Uruguay: Editorial B de F2003), 133.

⁴LucianaScotti, “Contratos electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino”, (Argentina: Eudeba, 2012), 72

concepto independiente, el de *contrato telemático* entendido como aquel que se celebra mediante la transmisión electrónica de datos y documentos a través de ordenadores conectados por redes telemáticas, de esta forma se reducirían también los dispositivos que permitan las transmisiones de la voluntad por este medio. Según este postulado, la expresión, *contrato electrónico* se emplearía para designar el género, mientras que la de *contrato telemático* resultaría ser una especie de contrato electrónico.⁵

Newton de Lucca, se pronuncia en sentido similar, entiende por contrato informático aquellos cuyo objeto es un producto o servicio informático, posteriormente ampliando esta definición, nos dice que contrato informático es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto bienes o servicios relacionados con la ciencia de la computación.

Luego, define al contrato telemático como aquel en donde la informática actúa como medio de comunicación o expresión de la voluntad y permite que se realice la contratación, posteriormente ampliando esta definición nos dice que contrato telemático es un negocio jurídico bilateral que tiene la computadora y una red de comunicación como soportes básicos para su celebración.⁶

CONTRATOS TELEMÁTICOS.-Son aquellos contratos en los que se emplean medios electrónicos de carácter telemático para su formación o perfección, tales medios telemáticos, generalmente ordenadores (decimos generalmente porque la tecnología moderna ha permitido que otras tecnologías también funcionen como tal, como el caso de los modernos *smarthphones*) están conectados por redes de comunicación. Se excluye de esta categoría a aquellos contratos perfeccionados por instrumentos técnicos electrónicos como el telégrafo, el télex o el fax.⁷

El realizar una división conceptual de los contratos atendiendo al medio que se utiliza para su formación o perfección, tiene una finalidad metodológica para el presente

⁵ “La Directiva de la Comunidad Europea 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE, que, a su vez, se remite a su Anexo V, recoge una lista indicativa de servicios que no tendrán la consideración de «servicios de la sociedad de la información». Así no serán tales, los «servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos», como pueden ser: a) servicios de telefonía vocal; b) servicios de fax y télex; c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax; d) consulta médica por teléfono o fax; e) consulta jurídica por teléfono o fax; f) marketing directo por teléfono o fax».” Juan Carlos Menéndez Mato, “El contrato vía Internet”, (España: J.M. Bosch editor, 2005), 166

⁶ Newton de Lucca, *Contratación informática y telemática*, Temis, Colombia (2012): 36, 52

⁷ Ángel Fernández-Albor Baltar, “Aspectos fundamentales de la contratación electrónica”. En *Comercio electrónico en Internet*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2001), 263

estudio, es decir esta clasificación no pretende construir nuevas tipologías contractuales, ya que como bien lo expresa Pinochet, si pretendiéramos construir una nueva tipología únicamente por el medio en el que está contenido un acuerdo de voluntades, entonces el contrato que se desarrolla por medios impresos debería llamarse contrato papel⁸, adquiriendo de esta forma el contrato las más variadas denominaciones según el medio de comunicación que se utilice. Al contrato le serán aplicables las reglas comunes y doctrina existente y construida a lo largo de los siglos, teorías que sin embargo deben ser matizadas a las necesidades jurídicas que impone una nueva realidad marcada por el desarrollo de tecnologías modernas de comunicación.

REDES CERRADAS Y REDES ABIERTAS, SISTEMA EDI (Electronic Data Interchange) VS. INTERNET.- Caffera se refiere a las redes EDI como experiencias de comercio electrónico entre empresas, sirviéndose de redes cerradas de comunicación, imbuidas por altos costos transaccionales, mantenimiento de software, instalación, seguridad técnica y demás, atribuyendo a estos hechos la imposibilidad de un desarrollo masivo de esta tecnología. Al contrario de esto, el internet aparece como una red abierta que permite la interconexión global a costos asequibles para las grandes masas.⁹

CLASIFICACIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO.- Numerosas obras sobre comercio electrónico, establecen diversas formas de clasificar al concepto, siempre según el objeto sobre el cual se pretenda realizar la clasificación, de entre estas variadas formas, existe una estructurada en relación a los sujetos que intervienen en la relación contractual, de esta manera, nos hablan de; relaciones entre empresarios (comercio *business to business* o BtoB), relaciones entre empresarios y consumidores (comercio *Business to Consumer* o BtoC), relaciones en que ambas partes son consumidores (comercio *Consumer to Consumer* CtoC), o relaciones en donde interviene un órgano estatal (comercio *government to business* o BtoG)¹⁰, el efecto de realizar tal

⁸ Ruperto Pinochet Olave, “Aspectos Especiales en la formación del Contrato Electrónico”, en Iñigo de la Maza G. Editor, “Cuadernos de análisis Jurídicos Colección Derecho Privado III”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, s.f., 98

⁹Gerardo Caffera, Formación del contrato electrónico, 136

¹⁰ De Lucca, refiriéndose a las expresiones angloamericanas GtoB, BtoB, BtoC o CtoC, anota que las mismas encuadran perfectamente en su traducción al español, además expresa que su empleo únicamente diferencia entre relaciones jurídicas de; derecho público en el primero de los casos (GtoB) y relaciones de derecho privado en los tres restantes, la primera de estas de tipo empresarial (BtoB regida por una legislación mercantil), la segunda entre empresarios y consumidores (BtoC regulada por normas de defensa al consumidor) y la tercera entre consumidores (CtoC o relaciones netamente civiles) Newton de Lucca, “Contratación informática y telemática”, 19-20

clasificación no es otro que enfatizar el hecho de que para cada tipo de relación contractual así descrita, existirá una intervención específica de un cuerpo normativo específico, según la competencia que tenga atribuida ésta.

COMERCIO ELECTRÓNICO DIRECTO E INDIRECTO.- Por comercio electrónico directo debemos entender aquella relación comercial en la que toda la fase precontractual y postcontractual o de ejecución del contrato, hasta la prestación del servicio o entrega del bien, se desenvuelve por medios electrónicos, como en el caso de la venta de un libro digital; la negociación puede realizarse por medios electrónicos, el libro puede ser descargado electrónicamente, y el pago puede concluirse de igual manera por vías electrónicas. Por otro lado cuando hablamos de comercio electrónico indirecto nos referimos a relaciones comerciales en las que únicamente ciertos aspectos del comercio son tratados de forma electrónica, como por ejemplo cuando adquirimos un libro físico realizamos las negociaciones previas e incluso el pago por medios electrónicos pero el producto es entregado en forma física en el lugar señalado por el adquirente.

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.- Este principio consagrado en numerosas legislaciones nacionales y codificaciones internacionales tiene por objetivo dotar de validez jurídica a las comunicaciones, que se desarrollen empleando medios electrónicos, su no discriminación jurídica frente al documento tradicional escrito, así la ley modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico dispone en su artículo quinto lo siguiente: *“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*, el artículo 11 del mismo texto normativo establece: *“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”*¹¹

ALCANCE DEL PRESENTE ESTUDIO.- El motivo de las definiciones dadas no es otro que determinar el alcance del presente trabajo investigativo, mismo que pretende determinar el momento en que se perfecciona un contrato telemático, es decir aquel que

¹¹ Véase: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico
en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf>

se celebra mediante las transmisiones de voluntad por medios informáticos conectados a través de una red, pero no cualquier red, sino una red abierta como lo es el internet. Nos interesaremos por las relaciones jurídico privadas que se desarrollan entre comerciantes (BtoB) independientemente de si se trata de una relación de comercio electrónico directo o indirecto.

1.2.- MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN GENERAL, Y EN ESPECIAL DEL CONTRATO TELEMÁTICO

1.2.1.- EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS

NEGOCIO JURÍDICO.- Gómez describe al negocio jurídico como una subespecie de acto jurídico, en donde el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares competencia para regular los efectos jurídicos de su propia actividad.¹²

El diccionario Jurídico Espasa define al negocio jurídico como un acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad la cual es decisiva y reguladora de efectos jurídicos.

Betti define al negocio jurídico como “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)”¹³

De los conceptos precitados podemos concluir una definición de negocio jurídico en los siguientes términos; el negocio jurídico es una especie de acto jurídico que genera obligaciones cuyas consecuencias son queridas por el autor, obligaciones que el ordenamiento jurídico permite efectúen los particulares y que dota de protección jurídica a fin de que sean respetadas.

NEGOCIOS JURÍDICOS BILATERALES.-Peña Rogelio, refiriéndose al acto jurídico¹⁴(que nosotros llamamos negocio jurídico), lo define como aquellos actos

¹² Carlos Gómez Vásquez, “Teoría del contrato”, (Colombia: Universidad de Medellín, 2010), 18

¹³ Emilio Betti, “*Teoría general del negocio jurídico*”, 43 Editorial Comares, (2001), citado por Carlos Gómez Vásquez, “Teoría del contrato”, (Colombia: Universidad de Medellín, 2010): 18.

¹⁴ Nótese que en diferentes apartados del presente texto se utiliza indiscriminadamente el término acto jurídico o el de negocio jurídico, en realidad la diferencia parte de la distinción doctrinal que dos escuelas han generado. Por un lado la escuela francesa define al acto jurídico como una conducta del ser humano

jurídicos humanos conscientes y voluntarios cuyo objeto es producir efectos jurídicos concebidos y deseados por su autor, se los divide en unilaterales y bilaterales, dependiendo que en la expresión concurra una sola persona, como en el caso de los testamentos –acto jurídico unilateral-, o varias personas que, sin embargo, expresan una sola voluntad y en el mismo sentido -acto jurídico bilateral-, este acuerdo de voluntades entre dos o más partes se denomina consentimiento. Dentro de estos actos jurídicos bilaterales se distinguen las convenciones y los contratos.”¹⁵

CONTRATOS Y CONVENCIONES.-Respecto a las convenciones y contratos cabe señalar que pese a la sinonimia que se otorga a estos términos, una parte de la doctrina se ha orientado por manifestar que ambos conceptos implican efectos jurídicos diferentes, la convención viene a ser el género y el contrato la especie, la convención es un acuerdo de voluntades cuyo efecto puede constituir o no una obligación, mientras que el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse. La diferencia radica en el carácter de exigibilidad, mientras la convención es potestativa y su incumplimiento queda impune, el contrato está tutelado jurídicamente y debe cumplirse forzosamente.

El objeto de todo contrato es pues una obligación, pero no toda convención puede tener por objeto una obligación. Luego el objeto de toda obligación es la prestación misma, que puede ser de dar, hacer o no hacer algo.

Cabanellas identifica en el contrato dos requisitos imperiosos; el de exigibilidad de un proceder y el de responsabilidad ante el incumplimiento.¹⁶

EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS O NEGOCIOS JURÍDICOS.- Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en su obra Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, identifican la

siempre lícita en la que su autor desea las consecuencias de la misma y éstas se encuentran previstas en la ley, mientras la doctrina alemana concibe al acto jurídico en sentido amplio y en sentido restringido, en sentido amplio el acto jurídico puede referirse tanto a conductas lícitas como a ilícitas, en el que las consecuencias se derivan no de la voluntad del autor o autores de la conducta, sino en lo dispuesto por la propia ley, mientras que el acto jurídico en sentido estricto o negocio jurídico existe una conducta lícita que cumple el fin propuesto por el actor, y tales consecuencias se encuentran previstas en la ley. Véase, Raquel Sandra Contreras López, “Breve reseña de la teoría del acto jurídico y el impacto de la teoría de la inexistencia y nulidades según Bonnetcase”: 5, en: <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/breverese%C3%B1adelateoriadelactojuridico.pdf>> Consulta: 13 de agosto del 2013.

¹⁵Rogelio Enrique Peña Peña, “Teoría general del derecho”,(Colombia: Ecoe Ediciones, 2011), 141-142.

¹⁶Guillermo Cabanellas de Torres, “Diccionario enciclopédico de derecho usual”, Tomo II, (Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 2008), 386

existencia y la validez del acto jurídico como dos cosas diferentes, aunque muchas de las veces confundidas como uno solo, o incluso pretendidas ser reducidas a un conjunto taxativo de elementos constitutivos (capacidad, declaración de la voluntad, causa lícita y objeto lícito), sin embargo aclaran que esto no es así, ya que concurren en los actos jurídicos ciertos elementos que son necesarios para su existencia y otros tantos para su validez, para lo cual proclaman una clasificación en la que para la *existencia* del acto jurídico son necesarios: la voluntad manifiesta, el consentimiento, el objeto y la forma, ya que de faltar alguno de estos elementos la sanción legal a este hecho sería la inexistencia jurídica, se reputan nunca haber nacido jurídicamente.

Por otro lado, se señala como condiciones para la *validez* del acto jurídico, la capacidad, los vicios al consentimiento, la lesión enorme, causa falsa o ilícita, o la falla en el cumplimiento de alguna de las solemnidades exigidas por la ley, en cuyos casos pudiendo existir el acto jurídicamente resultaría inválido, sea absoluta o relativamente, dependiendo del tipo de “infracción” originada.¹⁷

En sentido similar se pronuncia Monroy, quien considera que en todo negocio jurídico se distinguen requisitos de existencia y requisitos de validez. Los primeros son: la voluntad o consentimiento, objeto, causa y solemnidades. Los segundos son consentimiento no viciado por error, fuerza o dolo, capacidad, objeto lícito, formalidades no esenciales para la existencia del negocio jurídico. La consecuencia jurídica, en el caso de faltar requisitos de existencia se produce la inexistencia del negocio jurídico, mientras que la falta de requisitos de validez produce la nulidad del negocio jurídico.¹⁸

Lejos de la controversia doctrinal que suscita la diferenciación entre inexistencia e invalidez de los actos jurídicos¹⁹, queremos rescatar de los párrafos precedentes el papel preponderante que tiene la voluntad y el consentimiento en la formación de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular, al punto que su presencia, junto con otros elementos, marca la existencia misma del acto jurídico.

¹⁷Guillerrno Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”,(Colombia: Editorial Temis,1994), 83-85

¹⁸ El autor se fundamenta para realizar esta aseveración en el artículo 1749 y siguientes del código civil colombiano. Marco Gerardo Monroy Cabra, “Introducción al derecho”, (Colombia: Temis, 2006), 533.

¹⁹ Se aleja de los fines de este estudio el profundizar en las diferentes posturas doctrinales al respecto, para una mayor claridad véase, Ricardo Víctor Guarinoni, “De lo que no hay, la inexistencia jurídica”. Doxa 25 2002, en<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_21.pdf> Consulta: 22 de febrero del 2014.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS.-

Ya habíamos remarcado en líneas precedentes el papel determinante que tiene la voluntad en la existencia de un acto o negocio jurídico, sin embargo, cabe preguntarnos, ¿Qué debemos entender por voluntad?, Cabanellas propone una variada gama de definiciones para el concepto “voluntad”, de entre las que mencionaremos las siguientes; potencia o facultad de alma que lleva a obrar o abstenerse, acto de admitir o repeler algo, aceptación, rechazamiento, deseo, intención, propósito, determinación, libre albedrío²⁰, diríamos que la voluntad es aquella fuerza interna que nos permite dirigirnos en tal o cual sentido.

En el mundo de los contratos, Alessandri Rodríguez, define a la autonomía de la voluntad como: *“la libertad de la que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración,²¹”* o como expresa Monroy, *los actos de autonomía privada son actos de autodeterminación, de autorregulación y de auto disposición de intereses privados.²²*

Ahora bien, el papel que esta fuerza o voluntad privada en el mundo jurídico no ha sido inmutable a lo largo del tiempo, ya que por el contrario ha estado permeada siempre por la concepción filosófico – política del momento histórico en que se la considera, así:

En las postrimerías del siglo de las luces, en reacción al excesivo formalismo que se había impuesto, por el contrario las nuevas ideas vinieron aparejadas de un culto a la voluntad privada, elevándola a niveles omnímodos no vistos con anterioridad. Resulta muy gráfica la exposición de Ospina Fernández, que transcribimos a continuación, tomado de la cita efectuada por Monroy Cabra en su obra, que nos dice:

La legislación civil francesa, que ha ejercido enorme influencia en Europa y en todos los países latinoamericanos, Colombia entre ellos, fue forjada en el clima racionalista y ultra individualista de la Enciclopedia y de la Revolución: en ese ambiente filosófico-político que erigió al ciudadano en árbitro y medida de la vida común y sus instituciones, que concibió la sociedad como el producto artificial de un imaginario "contrato social" y que redujo el Estado a la simple condición de "gendarme", cuya única función debería consistir en garantizar las libertades

²⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental (Buenos Aires, Argentina: Heliasta2003): 419

²¹ Arturo Alessandri Rodríguez, “De los Contratos”, (Chile: Editorial jurídica de Chile, s.f.), 10

²² Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Introducción al derecho”, 543

omnímodas de los ciudadanos. Semejante clima filosófico-político, lógicamente tenía que propiciar el máximo auge alcanzado por la autonomía de la voluntad privada en la historia del derecho occidental. Efectivamente los autores del código de Napoleón, sus intérpretes e imitadores extranjeros pusieron especial empeño en garantizar, hasta donde les fuese posible, la libertad en las transacciones particulares y, en general, en todos los actos jurídicos de contenidos patrimonial, respecto de los cuales las normas jurídicas deberían desempeñar papel meramente pasivo: deberían limitarse a verificar la existencia de tales actos, a interpretar la voluntad de los agentes cuando fuere oscura, dudosa o deficiente, y a sancionar coercitivamente su cumplimiento.²³

Pronto nos dimos cuenta, que el papel protagónico concedido a la libertad, no podía ser absoluto, era necesario establecer normas que limiten sus efectos, era necesario pues un conjunto de normas imperativas que precautelando el orden público pongan límites a las libertades ciudadanas.²⁴

Amazo Parrado identifica en el principio de la autonomía de la voluntad privada estas dos corrientes diferenciadas:

la primera tiene su fundamento en la libertad de los hombres, de gran vigencia en los dos siglos pasados, por la influencia de los pensamientos empapados de un voluntarismo excesivo derivados de la Revolución francesa; la segunda también cuenta con importantes fundamentos, más recientes, de mitad del siglo XX, como la intervención del Estado en las relaciones de los particulares, en las que aún existen evidencias de la aplicación de la autonomía de la voluntad, pero con un poco más de límites.²⁵

Esta intervención estatal, cada vez aplicable a mayores ámbitos de la contratación, con la consecuente restricción a la autonomía libre de los contratantes ha propiciado la formación de teoremas que nos hablan de una crisis del contrato²⁶, fundamentada en la protección que el Estado debe otorgar a intereses colectivos considerados fundamentales para el orden social, ejemplos palpables de esta intromisión son las leyes laborales, leyes de inquilinato, leyes de protección a los consumidores, leyes de regulación del mercado, entre otras.

²³ Guillermo Ospina Fernandez “la ubicación filosófica del acto jurídico” revista universidad No. 31 (1966): 38 y ss, citado por Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Introducción al derecho”, 544

²⁴ Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”, 7-8.

²⁵ Diana Amazo Parrado, ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?, (Colombia: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009), 10

²⁶ Héctor Lafaille, “Contratos”, (Buenos Aires: Ediar, La Ley, 2009), 23, 38.

Pese a que a lo largo de la historia han decantado un vaivén de ideologías políticas y diferentes modelos estatales, que otorgan al Estado mayor o menor grado de intromisión en la esfera privada de los ciudadanos, la tan conocida máxima de derecho, que nos expresa que en derecho público solo puede hacerse lo que la ley dicte y en derecho privado puede hacerse todo cuanto no esté prohibido por la ley reafirma el incólume principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

1.2.2.- LA VOLUNTAD Y SU DECLARACION O MANIFESTACION

La declaración o manifestación de la voluntad se conforma de dos momentos subsecuentes, en un primer momento tenemos la *formación de la voluntad*(lado interno de la voluntad o voluntad real) que responde a un proceso de la psiquis del individuo, posteriormente, en un segundo momento dicha *voluntad debe necesariamente manifestarse o exteriorizarse*(lado externo de la voluntad o voluntad manifiesta) al mundo físico si es que queremos que la misma surta efectos jurídicos, y siempre que no se vulnere normas imperativas (como puede ser el cumplimiento de alguna formalidad)podrá hacérselo utilizando la vía que más satisfaga a los intereses del manifestante.

Sobre la forma en que puede manifestarse la voluntad, por efecto del principio de autonomía de la voluntad privada ya analizado en párrafos precedentes, los individuos tienen plena libertad para escoger el medio que más les convenga para manifestar su voluntad, sería válido y plenamente factible que dos o más contratantes deseen utilizar medios telemáticos para obligarse, y siempre y cuando con ello no se vulnere la normativa vigente, la contratación así efectuada debería ser plenamente válida.

Transcribimos para mayor claridad el principio desarrollado por Ospina al referirse a la forma de manifestación de la voluntad: “la *forma* de la declaración o manifestación de la voluntad debe ser *legítima*, y lo es cuando está autorizada por el postulado de la consensualidad de los actos jurídicos, o cuando, tratándose de actos formales, se ciñe a las prescripciones legales respectivas.”²⁷

²⁷ Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”, 99

Estas consideraciones doctrinales propiciaron el desarrollo del principio de equivalencia funcional²⁸, angular en el desarrollo jurídico del comercio electrónico, principio que además ha sido recogido en la actual ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, y que implica un principio de no discriminación respecto a la forma en que se manifieste la voluntad, otorgando los efectos jurídicos deseados por el autor a la voluntad que este emita por cualquier medio que éste desee.

¿VOLUNTAD FORMADA O VOLUNTAD MANIFIESTA?

Identificábamos respecto a la manifestación de la voluntad dos momentos subsecuentes, un primer momento interno o de formación de la voluntad, y un momento externo o de exteriorización de la voluntad formada, en el desarrollo de tales momentos pueden suscitarse una serie de acontecimientos de interés para el derecho, en atención a los efectos jurídicos que tales acontecimientos generan.

Por ejemplo, nos preguntamos; que sucede si una persona, celebra una donación (voluntad manifiesta) cuando su interés real era celebrar una compraventa (voluntad real), o que sucede cuando una persona se obliga para con otra (voluntad manifiesta) erróneamente por confusión de la persona para con quien era su intención obligarse (voluntad real), ante estos hechos, donde entra en conflicto la voluntad real y la voluntad manifiesta es necesario exponer las teorías que se han desarrollado con el fin de producir reglas de interpretación de los contratos, y que se inclinan por dotar de mayor seguridad, bien sea a la voluntad real o bien sea a la voluntad manifiesta, el análisis de estas teorías nos aportará valiosa información posteriormente cuando nos refiramos a las teorías creadas para establecer el momento en que se perfecciona un contrato.

Veamos brevemente en que se fundamentan cada una de estas teorías.

TEORÍA DE LAPREVALENCIA DE LA VOLUNTAD.- Esta teoría inspirada en una alta estima por la autonomía de la voluntad privada y la condena por las solemnidades que limitaban su libre expresión, entiende a la voluntad como el *elemento primordial del negocio jurídico*;

²⁸Ana Yasmin Torres Torres, “Aplicación del principio de equivalencia funcional en la legislación colombiana” *Revista: Contratación Electrónica*, No. 106 (2009), <<http://app.vlex.com/#/vid/principio-equivalencia-funcional-colombiana-73993915>>, Consulta: 24 de febrero del 2014.

“lo que el Derecho recibe y dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo mediante el cual manifiesta su propia autonomía en el orden social. Ciertamente la voluntad, como movimiento psíquico, necesita una exteriorización o manifestación, pero la declaración es sólo un elemento instrumental, ya que lo esencial sigue siendo la voluntad interna; por ello, en el conflicto entre lo esencial y lo accidental; voluntad y declaración, prevalece siempre lo primero.”²⁹

En otras palabras el elemento esencial en toda declaración jurídica será la verdadera intención del declarante y no la expresión material que esta adquiere, que podrá ser coincidente o no con la voluntad interna del individuo, el método interpretativo atenderá a una investigación primordialmente de orden psicológico a fin de conocer o desentrañar la real intención de los contratantes.

TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA DECLARACIÓN.-Desarrollada principalmente en Alemania, esta teoría por contrapartida se inclina por dotar de mayor valor a la exteriorización de la voluntad.

Se ha llegado incluso a considerar a la voluntad manifiesta como un objeto con vida jurídica propia independiente de la voluntad que la engendró, y que genera las implicancias jurídico sociales que por tal razón le son propias,³⁰ en tal sentido ya no cabría indagar sobre las características volitivas de los agentes, dejando de lado con ello toda la teoría referente a los vicios del consentimiento.

Otro sector doctrinario menos severo, no niega por si el valor de la voluntad, pero la considera cargada de efectos jurídicos únicamente en la medida que ésta esté contenida en la declaración, el método interpretativo en este caso buscará determinar el sentido de lo declarado con independencia de lo querido por el agente, excepto cuando tal querer este contenida en la declaración misma.³¹

Podemos notar en las teorías analizadas que, mientras la una dota de mayor valor a la voluntad real, se entiende en pos de dotar de protección al individuo, (en el caso por ejemplo que la voluntad del agente este viciada), la otra dota de mayor valor a la

²⁹ Vladimir Aguilar Guerra, “El Negocio Jurídico”. Colección de Monografías Hispalense. 5ª. Edición. Guatemala (2006), 12, en <<http://es.scribd.com/doc/52643630/11/De-la-teoria-de-la-voluntad-a-la-teoria-de-la-declaracion>> Consulta: 12 de septiembre de 2013.

³⁰ Emilio Betti, “Teoría General del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid (1968), 57

³¹ Autores que se han pronunciado a favor de la teoría de la declaración como; Danz E., Enneccerus, Ludwig, Tehodor, Kipp, Martin Wolf. A favor de la teoría de la voluntad; Robert Pothier, Mosco Luigi. Véase, Ignacio Galindo Garfías, “La interpretación del contrato”, en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/11/dtr/dtr2.pdf>>

voluntad manifestada se entiende en pos de dotar de protección a los terceros que podrían resultar afectados por tal declaratoria (como en el caso de que el posible contratante sufra perjuicios o terceros que se vean igualmente involucrados), sin embargo tomar partido por una posición y negar rotundamente la otra, como lo indica Medina³² resulta imposible, en razón de que los argumentos que las apoyan son irrefutables, quien además considera que lo que se ha hecho es moderar su alcance para que no choquen con la realidad, en tal sentido si bien la declaración o voluntad manifiesta es importante nada impide que para interpretar su verdadero alcance se deba acudir a la voluntad realmente deseada, así por ejemplo nuestro código civil nos indica en su Art. 1576 “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”³³, así también el artículo 1467 *ibídem* y siguientes recoge la teoría de los vicios del consentimiento, cuales son, error, fuerza y dolo.

1.2.3.- EL CONSENTIMIENTO COMO MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO TELEMÁTICO

Al hablar de los actos jurídicos bilaterales, y dentro de estos los contratos y las convenciones, referíamos la necesaria existencia del *consentimiento*, entendido como la pluralidad concurrente de manifestaciones individuales de voluntad, unificadas en un solo querer.³⁴

Rodolfo Fernández, al referirse al tratamiento legal del consentimiento en España, lo vincula con un requisito primordial del contrato, que supone la concurrencia de, al menos dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante.³⁵

Arturo Rodríguez, define al consentimiento como “el acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico”, expresa además que el consentimiento es

³² Juan Enrique Medina Pabón, “Derecho civil, aproximación al derecho, derecho de personas”, 2da. Edición, (Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010), 220

³³ Código Civil, codificación No. 2005-010 Registro Oficial S. 46 (fecha de publicación: 24 de Junio de 2005)

³⁴ Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”, 145

³⁵ Rodolfo Fernández Fernández, “El contrato electrónico: formación y cumplimiento”, (España: J.M. Bosch editor, 2013), 61.

parte vital de un contrato, a tal punto que condiciona su existencia por tratarse de un acto esencialmente bilateral.³⁶

Los criterios expuestos nos permiten identificar al consentimiento como la coincidencia en la expresión de al menos dos voluntades sobre un determinado objeto jurídico, tales manifestaciones serán en forma general, por un lado la oferta y por otro la aceptación de la misma, entre la expresión de la una o la otra pueden suscitarse una serie de hechos relevantes para el mundo jurídico más aún cuando para su realización se emplean medios telemáticos.

De lo expuesto podemos establecer dos momentos diferentes en el desarrollo de un contrato, un primer momento de formación del contrato en el que habremos de considerar la existencia de una serie lógica de pasos previos y necesarios (tratos comerciales previos) para el perfeccionamiento de un contrato, o segundo momento que acaece con la concurrencia en un solo querer de la oferta y su aceptación, es decir con el consentimiento, y pese a que la aceptación sucede de manera inmediata previo al consentimiento (de allí que sean confundidos como uno solo) son dos conceptos y momentos diferentes como lo veremos más adelante.

1.2.3.1.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, LOS TRATOS COMERCIALES PREVIOS

Generalmente constituyen una primera fase en la formación del contrato, contiene una serie de negociaciones preliminares, proposiciones, y acuerdos preparatorios, que se realizan entre las partes, que no obstante *no alcanza a formarse como oferta* por la carencia de algunos de los requisitos tradicionalmente entendidos necesarios para su existencia, como por ejemplo el no establecer un precio, la cantidad de las mercancías, o el lugar de su entrega. Esta serie de tratos previos pueden realizarse tanto por medios físicos como por medios telemáticos. Aclaran las intenciones de los posibles contratantes y despejan el camino a la formulación de una oferta real. Esta serie de tratos previos no revisten cualidades obligatorias ya que como se mencionó, en las mismas no se halla la expresión definitiva de la voluntad del agente.³⁷

³⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los Contratos*, 66

³⁷ *ibid*: 85, 86

Pilar Viscasillas, considera también que la fase de tratos previos no puede considerarse jurídicamente como una oferta, recalca sin embargo la dificultad que reviste el diferenciar adecuadamente una oferta de los tratos previos, “sobre todo porque puede pasarse de una fase a otra con relativa facilidad, pudiendo incluso ambas presentarse sin solución de continuidad”³⁸

En contratos celebrados por medio de portales web, o *clickwrap agreements*, esta fase de tratos previos no existiría, al tratarse por lo general de contratos de adhesión suscritos en su mayoría con consumidores.

1.2.3.2.- LA OFERTA Y LA OFERTA TELEMÁTICA

Viscasillas, define a la oferta como “aquella declaración de voluntad recepticia, que siendo suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta”³⁹

Luciana Scotti, citando lo expuesto por Carrasco Blanc Humberto, define a la oferta electrónica como: “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 quedará perfecta con la sola aquiescencia de ésta”⁴⁰

Podemos definir a la oferta como, aquella manifestación de voluntad unilateral que siendo lo suficientemente precisa contiene la propuesta de celebrar determinado negocio jurídico, y que solo requiere la aceptación pura y simple del destinatario para perfeccionar un contrato. Tal oferta, en atención al principio de equivalencia funcional, puede ser exteriorizada tanto a través de medios tradicionales de comunicación (verbales, escritos, mímicos, etc.) como a través de medios modernos como puede serlo mediante el uso de herramientas telemáticas –*oferta telemática*–.

ELEMENTOS DE LA OFERTA

Ni en el código de comercio ecuatoriano ni peruano existe alguna disposición expresa que de una definición de la oferta o sobre lo que ésta debe contener, por otro lado la legislación colombiana establece en el artículo 845 de su código de comercio que la

³⁸ María del Pilar Viscasillas, “Formación del contrato electrónico”, en *Javier Cremades coord., Régimen Jurídico de Internet*, (Madrid: La Ley Actualidad, 2002), 886

³⁹ María del Pilar Viscasillas, “Formación del contrato electrónico”, 887

⁴⁰ Luciana, Scotti, “Contratos electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino”, 84

oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario, es sentido similar el código de comercio boliviano establece en su artículo 826 que la propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario.

Vamos a extraer dos aspectos centrales de aquellos debe contener una oferta, así;

a).- DETERMINACIÓN DEL DESTINATARIO.-Las ofertas pueden dirigirse tanto a persona determinada (como en el caso del envío de un mail a una persona o grupo de personas en específico) o indeterminadas (donde se desconoce al receptor de la oferta, como en el caso de ofertas realizadas por medio de catálogos físicos o electrónicos, por un portal web, etc.), dependerá de cada legislación el establecer si la determinación del destinatario es un requisito o no de la oferta, a efectos de la obligatoriedad de la misma. Así por ejemplo, el código de comercio ecuatoriano, establece en su artículo Art. 141 que;para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, coligiéndose que la persona para este caso es determinada, por otro lado el artículo 148 del mismo texto legal⁴¹(Sustituido por la Disposición Final Segunda de la Ley 2000-21, R.O. 116-S, 10-VII-2000), establece:“las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace”, con ello podríamos que la oferta dirigida a persona indeterminada es igualmente obligatoria para quien la hace.

En la legislación boliviana se establece algo similar, así en su código de comercio artículos 826 y 827⁴²se establece lo siguiente: Art. 826: “La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario”, coligiéndose que el término destinatario implica la existencia de un destinatario determinado. Luego en el Art. 827 se expresa que “La oferta al público de mercaderías mediante catálogos, circulares u otra forma de publicidad, obliga al comerciante a cumplir lo expresamente indicado en ellos. La exposición pública de mercaderías en

⁴¹Artículos 141 y 148 del código de comercio ecuatoriano. Registro Oficial S. 1202 de 20 de agosto de 1960

⁴²Código de comercio boliviano, decreto ley n° 14379

escaparates, mostradores u otros medios en las dependencias del negocio, con indicación del precio, obliga a su venta, en tanto estén expuestas al público, en las condiciones así señaladas.” Es decir la oferta realizada a destinatarios indeterminados es igualmente válida y de cumplimiento obligatorio.

La legislación colombiana, diferencia en su código de comercio⁴³ varias posibilidades: primero en su artículo 845 establece como elementos esenciales de la oferta los siguientes: “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario”, hasta ahí no hay mayor diferencia con las legislaciones analizadas, (podríamos colegir que la oferta dirigida a destinatario determinado, es obligatoria), sin embargo luego en su Art. 847 se establece que: “Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna.” Sin embargo en el Art. 848 del mismo cuerpo legal se matiza tal disposición, al establecerse que las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. Con esto, la legislación colombiana establece tres posibilidades; primero, las ofertas dirigidas a personas determinadas son obligatorias; segundo, las ofertas dirigidas a personas indeterminadas contenidas en catálogos, circulares o similares no son obligatorias salvo que el proponente quiera darles tal carácter; por último, las ofertas dirigidas a personas no determinadas pero contenidas en mostradores o vitrinas que contengan la indicación del precio y la mercadería son obligatorias para el que las hace mientras estén exhibidas.

El código de comercio peruano no contiene disposición semejante a las analizadas al respecto, sin embargo su código civil establece en el artículo 1388 establece que “La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente, si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”, con esto,

⁴³Código de comercio de Colombia, decreto 410 de 1971

las ofertas dirigidas al público o personas indeterminadas no serán obligatorias a menos que el mismo proponente les otorgue tal calidad, caso contrario serán consideradas como invitación a ofertar.⁴⁴

Por último, la Convención de Viena sobre Compra venta internacional de Mercaderías⁴⁵ (CISG por su acrónimo en inglés) en su artículo 14 apartado primero indica que “la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta...”, es decir una propuesta para ser considerada oferta en los términos de la Convención, debe dirigirse a persona determinada. Por el contrario, según lo establece la misma convención en su artículo 14 numeral segundo “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas...” es decir cuando la propuesta no va dirigida a persona determinada, no podrá ser considerada una oferta.

b).- CONTENIDO DETERMINADO O DETERMINABLE.-

Tanto la legislación boliviana (Art. 826 Cco) y colombiana (Art. 845 Cco) guardan similitud en cuanto a considerar como un elemento de la oferta “*los elementos esenciales del negocio*”, sin embargo ninguna de las dos legislaciones aclara el sentido de estos términos, ¿podría entenderse en el sentido de la doctrina civil “negocio jurídico” y los elementos esenciales de éste?, o podría por otro lado ¿poseer un sentido económico?, particularmente nos inclinamos por considerar que la redacción hace alusión a los elementos del negocio en el sentido económico, por ejemplo, si se trata de una compraventa de mercaderías, los elementos esenciales serán, la mercadería, su cantidad, el precio, el lugar de entrega, etc. No podemos dejar de hacer notar que esta falta de precisión normativa podría acarrear serias consecuencias jurídicas como consecuencia de una interpretación no uniforme.

Por otro lado la CISG, establece en su artículo 14 numeral primero, que la oferta para ser considerada como tal debe ser lo “*suficientemente precisa*”, a diferencia de los

⁴⁴Código Civil de Perú, publicado mediante Decreto Legislativo No. 295
en:<[http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/demo/coleccion00000.htm/tomo00006.htm/sumilla00008.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_ccl7s1t1](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/demo/coleccion00000.htm/tomo00006.htm/sumilla00008.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_ccl7s1t1)>

⁴⁵Ecuador es parte de esta Convención, véase el Registro Oficial del Ecuador No. 822 de 28 de Noviembre de 1991, su adhesión se produjo mediante Decreto Ejecutivo No. 2906-A, publicado en Registro Oficial 837 de 20 de Diciembre de 1991 y su ratificación ocurrió el 27 de enero de 1992. El texto puede encontrarse en la página web oficial de naciones unidas, <www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

textos legislativos analizados en el párrafo precedente, en esta Convención, el mismo artículo define lo que habrá de entenderse por propuesta lo suficientemente precisa, cuando expresa que lo será aquella propuesta que indique las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

¿QUÉ SUCEDE CON LA OFERTA TELEMÁTICA?

Ya habíamos dicho que a la oferta telemática por efectos del principio de equivalencia funcional se le aplica los mismos principios establecidos para la oferta física o tradicional, por ello podríamos interpretar que todo lo dicho hasta aquí es igualmente aplicable para cualquier oferta independientemente del medio que se utilice para exteriorizarla.

No obstante de ello, tomemos dos casos típicos de contratación telemática dirigida a personas indeterminadas, así; la contratación que se desarrolla por medio de portales web y las campañas publicitarias generadas por medio de *mailing*⁴⁶ masivo orientadas a la venta de bienes o servicios bien sea mediante comercio electrónico directo o indirecto, en el primero de los casos si la página web contiene imágenes de los productos y sus precios puede plenamente asimilarse a los mostradores o escaparates físicos ubicados en cualquier local de comercio, mientras que en el segundo caso, las propuestas enviadas por medio de correo masivo o *mailing*, bien podrían contener catálogos, circulares o medios publicitarios semejantes, su obligatoriedad dependerá de la legislación que esté conociendo del tema, así para la legislación ecuatoriana serían ofertas vinculantes al igual que para la boliviana, mientras que para la colombiana podría no serlo, de allí la necesidad de contar con normas comunitarias armoniosas para estos temas.

Para concluir, no podemos dejar de mencionar lo expresado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales⁴⁷, convención que pese a su intento armonizador no adquirió

⁴⁶ El portal electrónico worreference.com define al Mailing como el “Envío de información o de propaganda publicitaria por correo a las personas que forman parte de una lista”, véase: <<http://www.wordreference.com/definicion/mailing>>fecha de consulta: 02/02/2014.

⁴⁷ La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, celebrada en Nueva York en 2005 según lo dispuesto en su artículo 23 ya ha entrado en vigor, una vez que ha recibido al menos tres ratificaciones. Los estados que la han ratificado son; la Federación de Rusia, Honduras, República Dominicana y Singapur, su estado actual puede consultarse en el portal oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

la respuesta esperada a nivel de la comunidad internacional. La referida convención establece en su Art. 11 lo siguiente: “Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.” En palabras de esta Convención, una propuesta dirigida por medio de comunicaciones electrónicas a partes no determinadas por regla general se la considerará una invitación a hacer ofertas, excepto si la intención del proponente denota claramente intención en contrario.

PRINCIPALES TEORÍAS AL RESPECTO DE LA OBLIGATORIEDAD O NO OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA.- Ospina Fernández, nos trae en su obra un resumen de dos teorías antagónicas entre sí, la teoría francesa que pregona la no obligatoriedad de la oferta, y la alemana que por el contrario defiende la obligatoriedad de la misma, veamos brevemente un extracto de las mismas.⁴⁸

TEORÍA FRANCESA: LA NO OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA

Esta corriente del pensamiento niega categóricamente el carácter vinculante de la oferta, indica que de la misma forma en que una persona no adquiere derechos sobre los bienes de otra, por la sola voluntad de la segunda –sin existir el consentimiento de la primera-, de la misma forma, una promesa efectuada por alguien, no confiere derechos a otra sobre éste, sin que haya existido una previa aceptación, en tal sentido se excluye a los actos jurídicos unipersonales del catálogo de las obligaciones.

No obstante de ello, y en vista del lógico y natural perjuicio que se produciría fruto de un irresponsable uso de la libre voluntad, esta teoría reconoce también la posibilidad para con el afectado de ejercitar acciones judiciales tendientes a la reparación de los daños que le hubieren sido infringidos, es decir, si bien es cierto el proponente puede retirar su oferta antes de que esta haya sido aceptada (caso contrario el contrato ya se

Internacional:

<www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html>

⁴⁸ Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”, 150-156

perfeccionaría el contrato) no por ello está exento de la responsabilidad de resarcir los perjuicios que pudiere haber sufrido el destinatario de la oferta fruto de la expectativa y posible preparación de éste para emanar su aceptación.

Consecuentemente, esta teoría restringe al destinatario de una oferta la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento forzoso de la misma, limitándole en sus garantías judiciales a una indemnización por los daños y perjuicios causados.

TEORÍA ALEMANA: OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA

De otro lado tenemos la teoría alemana, que propugna un carácter obligatorio para la oferta, señala que tanto oferta como aceptación son actos jurídicos unilaterales y cuestiona el hecho de que únicamente a la segunda (aceptación) la teoría francesa pretenda dotar de fuerza obligatoria, si la oferta no genera aún un derecho y puede ser retirada –antes de su aceptación- libremente por el solo atributo de la libre voluntad de su emisor, entonces porque la aceptación, un acto igualmente unilateral, dota a la oferta de un carácter obligatorio que antes no tenía, formando una convención de obligatorio cumplimiento para las partes, advierte por ello un trato jurídicamente discriminatorio, al pretender restringir de la oferta el carácter obligatorio mientras la aceptación lo mantiene plenamente.

Esta teoría indica además que por un ideal innato de justicia, no se puede privar al destinatario de una oferta de su derecho a exigir de su oferente el cumplimiento de la misma, visto el hecho de que éste (destinatario) con la intención de celebrar el contrato ejecute actos tendientes a aquello o incluso se abstenga de ejecutar otros tantos.

Por estas razones, esta teoría se inclina por reafirmar el carácter vinculante para una oferta, lo que se traduce jurídicamente en la posibilidad para el destinatario de una oferta de no solo exigir una indemnización por los perjuicios que le hubieren sido irrogados –obligación subsidiaria- sino también y primigeniamente, exigir la ejecución de la oferta –obligación principal-.

Nos inclinamos por apoyar esta segunda teoría, consideramos que tanto oferta como aceptación son actos jurídicos unilaterales vinculantes, ya que si únicamente la oferta no es obligatoria como lo expresa la corriente francesa, ¿por qué entonces habrá de generar la posibilidad para el destinatario de demandar resarcimiento de daños y perjuicios ante su incumplimiento?, por otro lado la teoría alemana al aceptar la obligatoriedad que

reviste la oferta entrega al destinatario dos posibilidades lógicas, no excluyentes entre sí, demandar bien sea la indemnización por los daños y perjuicios originados y/o el cumplimiento del contrato, dependerá de la legislación propia de cada Estado el especificar las acciones de las que puede valerse el destinatario ante el incumplimiento de la oferta.

VIGENCIA DE LA OFERTA

Es de importancia para el derecho el establecer adecuadamente un periodo de vigencia de una oferta, si bien es cierto el oferente es libre de establecerlo, ante su olvido mal podría dejarse al capricho del oferente el determinarlo en cualquier momento según su conveniencia, ya que puede acarrear graves perjuicios hacia terceros, de allí que la mayor parte de legislaciones a nivel mundial establecen a falta de manifestación expresa del oferente, uno plazo de vigencia de la oferta. En otros casos se contemplan plazos mínimos de vigencia modificables únicamente para extenderlos.

1.2.3.3.- LA ACEPTACIÓN

Corresponde en este aparatado analizar este segundo momento en la formación de un contrato, la aceptación.

Como se indicó en párrafos precedentes, la aceptación pura y simple de una oferta es suficiente requisito para que el contrato se considere formado –en los contratos que no requieren solemnidades sustanciales-, y por ende dotado de plena validez jurídica.

La aceptación en palabras de Reyes Villamizar debe contener las siguientes características para que perfeccione el contrato: a) la aceptación debe ser pura y simple, b) debe efectuarse dentro del tiempo límite de vigencia de la oferta, y c) debe efectuarse de acuerdo con las reglas de presencia o ausencia del proponente y destinatario.⁴⁹

Tradicionalmente se reconoce o diferencia entre contratos de formación instantánea y contratos de formación sucesiva, los primeros serán aquellos donde oferta y aceptación concurren en un mismo momento⁵⁰ perfeccionando el contrato de forma inmediata,

⁴⁹ Reyes Villamizar Francisco, “Comercio Electrónico en Colombia”, en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Comercio Electrónico*, (Lima, Temis, 2003), 151

⁵⁰ Físicamente será imposible que exista concurrencia de voluntades exactamente en el mismo momento, es decir milimétricamente en el mismo segundo, es imposible que a las 9h00, un segundo y 10 milisegundos se emita una oferta y que a las mismas 9h00, un segundo y 10 milisegundos se produzca la aceptación, se sucederá por lo menos segundos o milisegundos entre el un acto y el otro, sin embargo este

mientras que en los segundos existirá entre uno y otro momento un lapso de tiempo considerable, en el cuál pueden ocurrir una serie de acontecimientos de relevancia para el mudo jurídico.

Los contratos de formación sucesiva, en el mundo de la contratación mercantil, han sido tradicionalmente relacionados con contratos celebrados entre ausentes –concepto decimonónico que asimilaba distancia física con distancia comunicacional, pero que en los tiempos modernos ha sido objeto de una obligatoria reconstrucción identificando por separado la distancia que separa a los contratantes del período comunicacional en que se emiten sus declaraciones, es decir oferta y aceptación⁵¹-, a diferencia de los contratos entre presentes típicamente considerados de formación instantánea.

De esta diferenciación (contratos de formación instantánea y contratos de formación sucesiva) surgen en el mundo jurídico una serie de teorías que inspiran nuestras legislaciones actuales, y que pretenden encontrar la mejor solución para establecer el momento en que debe entenderse perfeccionado un contrato de los celebrados a distancia o de formación sucesiva, presentamos a continuación las teorías formuladas a este respecto:

1.- Teoría de la declaración, aprobación o aceptación.- Este sistema es el más sencillo de todos, indica que para el derecho lo importante es la manifestación que se exterioriza no aquella que se queda en el fuero interno de su realizador, “el proponente no tiene para que exigir el conocimiento de la oferta: la hizo precisamente para que fuera aceptada”⁵², la convención queda perfecta con la sola aquiescencia manifiesta de su destinatario bien sea expresa o tácitamente, no siendo necesario que llegue a control de su destinatario.

tiempo no es de relevancia para el mundo jurídico que entiende concurrencia de voluntades en el sentido de absoluta inmediatez.

⁵¹Criterio compartido por Perales Viscasillas quién nos habla de una crisis en la categorización de contratos entre ausentes y presentes, entendidos tradicionalmente como contratos de formación sucesiva o instantánea respectivamente. Expresa la necesidad de una nueva clasificación, identificar por separado los contratos que se perfeccionan entre presentes y distantes (o ausentes) de aquellos que se forman sea instantánea o sucesivamente, la primera clasificación atenderá a la distancia física que separa a los contratantes mientras la segunda hará alusión a la inmediatez o no del período comunicacional de las partes. De esta forma concibe al contrato telemático o electrónico como aquel que se perfecciona entre personas distantes y de formación instantánea (cuando el intercambio de consentimientos se realiza casi de forma coincidente) o de formación sucesiva (cuando entre las declaraciones de voluntad existe un lapso apreciable de tiempo). Ma. Del Pilar Viscasillas, “Formación del contrato”, en Gema Botana García Coord., *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*, (Madrid: La Ley Madrid, 2001), 411

⁵² Arturo Alessandri Rodríguez, *De los Contratos*: 103

2.- Teoría de la expedición.- No basta para el perfeccionamiento del contrato con que el aceptante declare su aceptación, es necesario que este transmita tal declaración al proponente sirviéndose de un medio adecuado para ello, -carta, telegrama, fax-, este momento o acto sería el que marcaría el instante de formación de un contrato, debido a que a partir de este momento la oferta deja de ser libremente revocable al arbitrio de su emisor.

3.- Teoría de la recepción.- Este sistema pregona que el contrato queda formado una vez que la aceptación arribe a la esfera de control del proponente, sin ser imprescindible que este tenga conocimiento expreso de su contenido, esto con el fin de evitar dejar al arbitrio del proponente el que este abra o no el documento de aceptación y excuse un posible incumplimiento del contrato ya formado en un supuesto desconocimiento.

4.- Teoría de la información o conocimiento.- Este sistema impone la obligación de que el proponente conozca de la aceptación de su oferta, es decir no basta con que sea recibida tal declaración sino que más bien debe ser conocida por el proponente, mientras este hecho no ocurra podrá hablarse de coexistencia de las declaraciones pero no de consentimiento o concurrencia de declaraciones.⁵³

FORMAS DE MANIFESTAR LA ACEPTACIÓN.-

ACEPTACIÓN EXPRESA.- Consiste en aquella declaración que expresamente está encaminada a aceptar la oferta, expresándola por cualquier forma posible, como puede ser mediante el lenguaje hablado, escrito, mímico, etc. En el ámbito de la contratación electrónica puede tratarse de manifestaciones emanadas por ejemplo al interior de un portal web; en el desarrollo de una videoconferencia, o con el envío de e-mails, lo que nos importa aquí es que las conductas que se exteriorizan deben incluir directamente una intención de aceptar, clicar en un ícono de aceptación o descargar un determinado programa de la red.

ACEPTACIÓN TÁCITA.- La aceptación será tácita cuando se deduce de hechos o actos que nos lleva a suponerla de un modo inequívoco, si bien es cierto, se trata de manifestaciones que no expresan directamente una voluntad nos permiten inferirla por

⁵³ Sobre las teorías referidas véase, Arturo Alessandri Rodríguez, “De los Contratos”: 103 – 104. Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos”: 166. Mario Castillo Freyre y Pierre Martín Horn, Tratado de la teoría general de los contratos: la plena vigencia del código civil en la contratación contemporánea, Tomo I, Perú (2006): 209-212

la inequívocidad y determinación con que se realizan siempre en función del cumplimiento del contrato.

EL SILENCIO.- Indiscutiblemente el silencio tiene mucho valor en varios ordenamientos jurídicos del mundo, fruto de éste pueden suscitarse varios efectos jurídicos. Sin embargo en el mundo de los contratos, ¿el silencio adquiere la suficiente aptitud jurídica para convertirse en fuente de obligaciones?, parecería que la pregunta adquiere una respuesta negativa. Quien guarda silencio nada dice sobre si acepta o rechaza la oferta por lo que no cabría incluso considerarla como una aceptación tácita de la oferta, que como dijimos implica una declaración inequívoca de la voluntad.

CAPÍTULO II

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO TELEMÁTICO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS DE LOS PAÍSES DE LA CAN

2.1.- CARACTERÍSTICAS DEL MUNDO VIRTUAL

Existen notables implicaciones que el desarrollo en el mundo tecnológico imprime en el mundo jurídico, fruto de lo cual muchos conceptos tradicionales y dados por sentados se ven obligados a reformularse.

Empezaremos este segundo capítulo con una ilustración sobre las características que consideramos presenta el mundo digital.

A).- Desterritorialización en el espacio virtual.- El mundo del ciberespacio se presenta en nuestra realidad como un mundo nuevo, no sujeto a la lógica ni a las limitaciones que imprimen el mundo real, en este mundo del ciberespacio, dos operadores económicos por ejemplo, pueden contactarse diacrónica o sincrónicamente desde diferentes lugares del globo, puede por ejemplo que yo comience una relación comercial o los tratos preliminares en España, más mi oferta la envío por correo electrónico desde Alemania, por último la aceptación la conozco una vez me encuentro en México, en un segundo caso, pueda que incluso toda la transacción la realice desde un lugar no fijo, como si fuera el caso en que se concluye importantes negocios mientras tomo un café sentado en la comodidad de un avión, y empleo el correo electrónico para realizar todo el proceso contractual.

Además en el marco de estas relaciones, el Estado y el ejercicio de sus potestades soberanas son sometidas a una dura tarea de modernización si pretenden en efecto ser ejercidas, en este mundo del ciberespacio pueden sucederse una serie de actos que escapen a la esfera del control estatal (dependerá de cada Estado y su regulación), los individuos pueden por ejemplo transar con bienes digitalizados (un disco musical digitalizado) que ingresan a un territorio libres de todo gravamen o control, posteriormente ser descargados de la red con un solo clic, sin que se cancelen los impuestos que por bienes similares se deberían en el mundo físico, pueda que luego, se re-envíe el archivo descargado a una tercera persona localizada en un Estado diferente,

y que se obtenga un rédito por tal transacción sin que el Estado hubiera incluso percibido esa serie de transacciones⁵⁴.

B).- Despersonalización en el espacio virtual.- El criterio tradicional vincula el momento de perfeccionamiento de un contrato con el consentimiento, es decir el momento en que concurren dos voluntades unilaterales sobre determinado objeto jurídico.

Para el momento en que se formula esta hipótesis, era aún cuestionable la posibilidad de que la participación del hombre en la formación del contrato no sea inmediata, así por ejemplo en los siglos XVIII y hasta bien entrado el siglo XIX, resultaba cuestionable la posibilidad de que existiesen máquinas capaces por ejemplo de entregar un café luego de ingresada una cantidad determinada de dinero, u otras capaces de girar efectivo al titular de una cuenta bancaria con la utilización de una simple tarjeta electrónica.

El desarrollo tecnológico y comunicacional han permitido que las máquinas vayan progresivamente reemplazando al ser humano, actualmente existen programas informáticos destinados a suplir las necesidades mercantiles de empresas, por ejemplo una vez que determinado producto está por agotarse el sistema informático de la empresa requirente automáticamente envía el pedido a una dirección establecida por el proveedor, tal requerimiento es procesado automáticamente por este mediante su sistema informático, luego de lo cual se genera la orden de despacho correspondiente, que es ejecutada por el personal respectivo de forma física. Otro ejemplo lo tenemos en subastas electrónicas, existen programas que permiten al subastador establecer un tiempo máximo de espera dentro del cual los oferentes pueden pujar el precio, luego de la última mejor oferta el sistema espera un tiempo determinado luego de lo cual adjudica automáticamente el contrato al mejor postor, así también el sistema permite que los pujadores establezcan un monto máximo de oferta, que se activará gradualmente mientras el resto de pujadores presenten y mejoren las ofertas, una vez se llega al valor máximo preestablecido el sistema deja de enviar posturas. Tales sistemas están propiciando una despersonalización en nuestras relaciones, ya no es necesario tener una contraparte humana para realizar una transacción determinada, al menos no de forma inmediata.

⁵⁴ Lorenzetti, Ricardo. “Comercio electrónico: documento, firma digital, contratos, daños, defensa del consumidor.” (Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 2001), 13

¿Qué implicancias jurídicas presenta tal situación?, ¿existe formación de contrato en estas situaciones?, Caffera manifiesta que sí,⁵⁵ ya que nos encontramos ante la misma voluntad humana pero expresada a través de un medio electrónico, la máquina no actúa sola, actúa en función de la programación efectuada por una persona, es su voluntad la que se manifiesta, no la de la máquina entendida como un ente incapaz de formular razonamientos propios y actuar por voluntad propia. Así que antes que determinar si existe o no voluntad lo realmente complicado sería determinar la existencia del nexo que vincula al emisor de la voluntad con el medio empleado, un sujeto podría aducir por ejemplo que “la declaración de la computadora o del programa no obedece a sus instrucciones, que la computadora no es de su propiedad, o que ha sido utilizada por un tercero, o que ha sido interferida ilegalmente, o que otra persona envió un mensaje en su nombre...”⁵⁶

C).- Temporalidad en el espacio virtual.- El tiempo es otro de los elementos que en el mundo virtual parece distorsionarse, las telecomunicaciones nos han permitido mantenernos en contacto con personas de otros continentes en minutos, sin que la diferencia horaria represente un limitante, y donde puede ocurrir que pese a mantener un contacto simultáneo, al mismo momento, la diferencia de husos horarios traerá jurídicamente otras connotaciones.

Por esta razón, son varias las interrogantes que en el mundo jurídico se presentan, por ejemplo, ¿Qué sucede si un contrato se perfecciona por correo electrónico entre dos ciudadanos domiciliado uno en Sydney Australia y otro en Quito Ecuador?, si en Quito son las 9h00 am del día miércoles 26 de marzo del 2014, en Sydney serían la 1h00 am del día jueves 27 de marzo del 2014, ¿a qué hora se consideraría perfecto el contrato?, ¿se considerará la hora ecuatoriana o la australiana?.

La respuesta a esta pregunta la daremos en el tercer capítulo de este trabajo, ya que es necesario considerar algunos aspectos que hasta aquí no se han desarrollado todavía.

⁵⁵ Caffera Gerardo, “Formación del contrato electrónico”, 133

⁵⁶ Lorenzetti, Ricardo. “Comercio electrónico: documento, firma digital, contratos, daños, defensa del consumidor”, 177

2.2.- EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL EN LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN

Sabemos bien que un contrato puede instrumentarse verbalmente o por escrito, siempre que la legislación respectiva no suponga la obligatoriedad de que el contrato conste por escrito o esté dotado de alguna formalidad en específico.

Los contratos que se instrumentan por escrito, lo hacen generalmente por un medio tradicional (contratos sustentados en papel), no obstante sabemos bien que los avances tecnológicos, han permitido que la tradicional vía de contratación se abra paso a nuevas posibilidades, permitiendo el desarrollo de contratos instrumentados a través de vías electrónicas y dentro de éstas, las vías telemáticas.

Este surgimiento tecnológico y comercial, que forzó también un pronunciamiento legal, se preocupó en primer término, por dotar de plena validez jurídica y carácter probatorio a las manifestaciones de voluntad que se instrumenten de forma electrónica, desarrollándose una serie de principios sobre los que se sustenta actualmente el comercio electrónico, de ellos, tomaremos y desarrollaremos el principio de equivalencia funcional.

Ovidio Salgueiro, considera que han surgido nuevas instituciones jurídicas a las que llama “*instituciones electrónicas*”, que estas instituciones tienen sus similares en el mundo físico o real, pero que en el mundo virtual poseen características que las individualizan. Sin embargo, en lugar de que cada legislación opte por inventar una legislación nueva para estas instituciones de carácter netamente tecnológico y de vida muy corta, ha preferido equiparar la doctrina y la legislación existente, al menos en lo que ha efectos y consecuencias se refiere, con este mundo virtual.⁵⁷

Rincón Cárdenas, entiende por principio de equivalencia funcional, la no discriminación que debe existir entre un los mensajes de datos electrónicos, respecto a las declaraciones de voluntad emanadas de forma escrita o verbal, ya que la misma instrumentación que cumple toda manifestación de voluntad emanada de forma escrita, autógrafa o verbal, lo

⁵⁷ José Ovidio Salgueiro, “Contratación electrónica”, en: Jesús María Casal, Mariana Zerpa Morloy, coordinadores, *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso*, 1era edición, (Caracas: Editorial Texto, 2006), 184

cumple también la instrumentación electrónica contenida en mensajes de datos, independientemente de su extensión, alcance, o contenido.⁵⁸

Por lo expuesto, diremos que, por medio del principio de equivalencia funcional se quiere dotar de plena validez jurídica y eficacia probatoria a los mensajes de datos, asimilándolos a los mensajes que se instrumentan de forma escrita u oral, con esto, los contratos pueden plenamente instrumentarse por medio de mensajes de datos sin que por el hecho de estar contenido en tal soporte pierdan valor jurídico o eficacia probatoria.

Este principio ha sido recogido por diferentes legislaciones alrededor del mundo, incluidos aquellos Estados que nos interesan en el presente estudio, así:

Colombia, establece en la Ley No. 527⁵⁹ sobre comercio electrónico, en su artículo 150 lo siguiente: *“Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”*, postulado que se hace extensivo a la formación de contratos, como se reconoce expresamente en el artículo 14 de la misma norma, donde bajo el título Formación y validez de los contratos nos dice; *“En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, 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 uno o más mensajes de datos.”*

Además de ello, en el código de comercio colombiano, igualmente se prevé, art. 824 expone: *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco”*, excepto en aquellos contratos que requieran el cumplimiento de solemnidades específicas.

Bolivia es uno de los países latinoamericanos que más ha tardado en adoptar una legislación específica para el tratamiento de los negocios electrónicos, lo ha hecho a

⁵⁸ Erick Rincón Cárdenas, “Manual de derecho de comercio electrónico y de internet”, (Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2006), 33

⁵⁹ A criterio de Reyes Villamizar, Colombia fue el primer país latinoamericano en adoptar una ley que regule el comercio electrónico. Reyes Villamizar Francisco, “Comercio Electrónico en Colombia”, 151, la ley en referencia puede encontrarse en el siguiente link: <https://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_527_1999.pdf>

través de la Ley No. 164 de 8 de Agosto de 2011⁶⁰, donde en su artículo 78 confiere validez jurídica y probatoria a: 1) el acto o negocio jurídico realizado por persona natural o jurídica en documento digital y aprobado por las partes a través de firma digital, celebrado por medio electrónico u otro de mayor avance tecnológico; 2) el mensaje electrónico de datos; y, 3) la firma digital.

Nótese que inicialmente, se condiciona la validez jurídica del acto o negocio jurídico celebrado por medio electrónico, a aquellos que sean aceptados por las partes por medio de firma digital, más, luego, se exime de tal condición al mensaje electrónico de datos en general.

Así también los artículos 85 y 86 *ibidem*, nos expresan que (Art. 85) la oferta de bienes y servicios por medios digitales, que cumpla las condiciones generales y específicas que la Ley impone, debe ser realizada en un ambiente técnicamente confiable y en las condiciones que establece el Código de Comercio (habremos de revisar posteriormente lo que determina el código de comercio boliviano), luego el artículo 86 expresa que las partes podrán realizar transacciones comerciales mediante documento digital en las condiciones señaladas en la Ley.

Finalmente, el código de comercio boliviano⁶¹, en su Art. 787, expresa que, en materia comercial, la voluntad de contratar y de obligarse se puede expresar verbalmente y por escrito, excepto en los casos que la ley exija determinada solemnidad.

Perú por su parte, no cuenta con una ley única o especial orientada a regular el comercio electrónico, pero si ha desarrollado un conjunto normativo que recoge varios aspectos sobre este tema, entre estas, nos interesa la Ley No. 27291⁶², por medio de la cual se modifica el código civil peruano a fin de permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de manifestaciones de voluntad.

⁶⁰ Ley n° 164 de 8 de agosto de 2011, puede encontrarse en: <http://www.cienciaytecnologia.gob.bo/vcyt2012/uploads/ley_164___ley_general_de_telecomunicaciones_tecnologias_de_informacin_y_comunicacion.pdf>

⁶¹Decreto ley N° 14379, la ley en referencia puede encontrarse en: <<http://photos.state.gov/libraries/bolivia/337500/pdfs/CodigodeComercio.pdf>>

⁶²La Ley N° 27291 o Ley que modifica el código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica, puede encontrarse en el siguiente link: <<http://www.idea.edu.pe/alegales/manifestacionesdevoluntadyfirmaelectronica.PDF>>

Los artículos que se modifican por medio de esta ley, nos permiten inferir la incorporación del principio de equivalencia funcional, el modificado artículo 141 califica la manifestación de voluntad en expresa y tácita, es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo y es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Luego la ley peruana va más allá, y en su artículo 141-A *ibídem*, nos indica que, en los casos en que la ley establezca que las manifestaciones de voluntad deban hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo, tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Ecuador, desde el año 2002 cuenta con una ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos⁶³, en la que se establece lo siguiente, el Art. 2 de la Ley, prevé que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos, en el artículo 6 establece que cuando la Ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que éste contenga sea accesible para su posterior consulta. Por último, el Art. 45 de la referida Ley, plantea que los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos, y que no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

2.3.- OTROS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA.-Este principio expresa que los diferentes sistemas normativos deben ser lo más neutrales posibles, a fin de evitar la obsolescencia de la norma ante el avance de la tecnología.

PRINCIPIO DE INALTERABILIDAD DEL DERECHO PREEXISTENTE DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.- Este principio busca reafirmar la normativa y doctrina existente, reguladora de las relaciones jurídicas de este tipo, a fin

⁶³ Registro Oficial S. 557, de 17 de abril del 2002

de evitar innecesarios procesos de duplicidad normativa, sino que por el contrario crear legislación únicamente para aquellos aspectos que realmente requieran una revisión normativa.

2.4.- RELACIÓN TIEMPO – ESPACIO; CONTRATOS DE FORMACIÓN INSTANTÁNEA Y SUCESIVA

Tal vez no nos resulte extraño pensar que el tiempo se ha acelerado, es común el comentario de la gente que siente que no le alcanza el día para cubrir todas sus obligaciones, la hiperproductividad que nos hemos autoimpuesto y la competitividad que marca nuestro actual ritmo de vida y de trabajo trae aparejado connotaciones psicológicas y emocionales para los individuos.

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación han permitido que la distancia y el tiempo no sean limitantes al interactuar humano, ambos conceptos pierden en la actualidad –al menos parcialmente- el sentido que los códigos decimonónicos les otorgaron, donde el tiempo y la distancia guardaban una línea de separación más holgada, hoy por hoy atendemos situaciones en las que pueden perfeccionarse contratos de millones de dólares entre dos partes situadas a miles de kilómetros que interactúan en tiempo real, situación que antaño resultaba difícil imaginar y prever en la normativa existente, (al igual que podría ocurrir con estas líneas con respecto a los avances tecnológicos futuros), de allí la necesidad de establecer reglas referentes a la distancia, por medio de la cual, los plazos debían contarse en atención de los kilómetros que separaban a los contratantes.

Por ello, asistimos a un nuevo mundo, en el que la relación tiempo-espacio se acorta cada vez más, ya no es necesario esperar, días, semanas o meses para que una correspondencia física enviada por vía terrestre, lacustre o aérea llegue a su destinatario, basta con dar un clic para que la misma comunicación sea enviada en cuestión de minutos, (el reto moderno radica en acortar aún más los tiempos, reflejo de lo cual vemos como en el ámbito de las telecomunicaciones la tecnología 3G rápidamente fue reemplazada por la 4G).

La teoría clásica de las obligaciones, al referirse al momento de formación de los contratos, diferencia entre contratos de formación instantánea y contratos de formación

sucesiva⁶⁴, vinculándolos dos con el tiempo que tardan en perfeccionarse, así si oferta y aceptación son manifestadas de forma inmediata estaremos frente a un contrato de formación instantánea, si por el contrario una y otra declaración están separados por un lapso considerable de tiempo, estaremos frente a un contrato de formación sucesiva, la declaración instantánea o sucesiva iba de la mano con la distancia física de los contratantes, de tal manera que tradicionalmente se consideraba que la emisión de declaraciones de voluntad entre ausentes geográficamente iba ligado a una comunicación mantenida con intervalo de tiempo, los contratos entre ausentes de formación sucesiva fueron también conocidos como contratos celebrados por “correspondencia”⁶⁵.

Espacio y tiempo estaban sintonizados con el desarrollo tecnológico existente a la época, sin embargo la diferenciación basada en estos argumentos, para los momentos actuales, resulta un tanto ambigua, el aludido desarrollo de las comunicaciones ha permitido que dos partes físicamente distantes, se encuentren presentes comunicacionalmente en un mismo momento, como apunta Polanco López, “*el criterio diferenciador de fondo entre las dos formas de ofertas resaltadas se concentra en la inmediatez o no de las comunicaciones, y no tanto en la circunstancia de la presencia física de las partes al interactuar*”.⁶⁶

Caffera se pronuncia en similar sentido cuando nos expresa que:

*“Ya no importan tanto donde estén ubicados los sujetos sino si la comunicación permite o no transmitir una respuesta inmediata, y esto puede ocurrir, mediante medios de telecomunicación, tanto cuando están en situaciones geográficas iguales, como cuando están en situaciones geográficas disímiles. Entonces el concepto de presencia asociado a la determinación de cómo se forma el contrato es un problema comunicacional y no es un problema geográfico”*⁶⁷

Por último haré mención a lo expresado por Pinochet Olave, quien considera un error el identificar los contratos celebrados por medios electrónicos con contratos a *distancia* o entre ausentes, debido a que si bien es cierto fue el carácter de la distancia el que marcó la formación de los códigos decimonónicos, hoy por hoy pueden celebrarse transacciones en donde las partes se encuentran físicamente en el mismo lugar, pero

⁶⁴LaLaguna define al período de formación del contrato como aquel que precede cronológicamente al momento de su perfección, designa el conjunto de hechos y de actos jurídicos, simultáneos o sucesivos, ordenados mediante los cuales el contrato se perfecciona. LaLaguna Domínguez Enrique, “Sobre la perfección de los contratos y el código civil”, (España: Universidad de Murcia, 1989), 395

⁶⁵ Alessandri expone que “estos contratos se denominan por correspondencia, porque, no hallándose presentes las partes, deben darse a conocer sus voluntades por cartas, telegramas, mensajeros u otro medio análogo” Rodríguez Alessandri, “De los contratos”, 103

⁶⁶ Polanco López Hugo Armando, “Formación del consentimiento en la contratación electrónica”. (Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2010), 31.

⁶⁷” Caffera Gerardo, “Formación del contrato electrónico”, 154

prefieren el empleo de tecnologías digitales para su interacción, debido a la versatilidad que el sistema ofrece, la facilidad que conlleva el reducir un número cuantioso de documentos a un simple archivo digital, que puede ser trasladado incluso en nuestros bolsillos por medio de un dispositivo digital que permita guardar información, de tal suerte que bien podría darse el caso donde dos contratantes a pesar de estar en la misma sala (físicamente presentes) utilicen sistemas de comunicación telemáticos y en donde sus voluntades bien pueden manifestarse de forma instantánea o sucesiva⁶⁸

Queda claro entonces **que el contrato celebrado entre ausentes no implica per se una separación física entre los contratantes**, tomo nuevamente las palabras de Perales Viscasillas quién nos habla de una crisis en la categorización de contratos entre ausentes y presentes, entendidos tradicionalmente como contratos de formación sucesiva o instantánea respectivamente. Expresa la necesidad de una nueva clasificación, identificar por separado los contratos que se perfeccionan sea entre presentes o ausentes, de aquellos que se forman sea instantánea o sucesivamente, la primera clasificación atenderá a la distancia física que separa a los contratantes mientras la segunda hará alusión a la inmediatez o no del período comunicacional de las partes. De esta forma concibe al contrato telemático o electrónico como aquel que se perfecciona entre personas distantes y de formación instantánea (cuando el intercambio de consentimientos se realiza casi de forma coincidente) o de formación sucesiva (cuando entre las declaraciones de voluntad existe un lapso apreciable de tiempo)⁶⁹

2.5.- CASOS MÁS COMUNES DE CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

Sigamos la clasificación efectuada por Menéndez Mato⁷⁰, quien al referirse a los contratos electrónicos, plantea las siguientes posibilidades contractuales:

⁶⁸ “Así, por un lado, es perfectamente posible imaginar la utilización del formato electrónico respecto de sujetos que se encuentren en el mismo lugar, como cuando personas que están en la misma sala, empresa, universidad o cualquier otro mismo lugar se comunican vía chat o correo electrónico o cualquier otro medio digital así, al contrario de lo que se pudo creer en los primeros años de irrupción de las nuevas tecnologías, es factible imaginar situaciones en las que sujetos que no se encuentran distantes físicamente se comuniquen vía nuevas tecnologías, y es más, decidan contratar electrónicamente.” Pinochet Olave Ruperto, “Aspectos especiales en la formación del contrato electrónico”, 105

⁶⁹ Ma. Del Pilar Viscasillas, “Formación del contrato”, 411.

⁷⁰ Menéndez Mato, Juan Carlos. “El contrato vía Internet”, (España: J.M. Bosch Editor, 2005), 395. El autor menciona en su clasificación un cuarto numeral; los contratos concluidos a través de subasta electrónica, que referimos únicamente por guardar fidelidad con la clasificación original del mismo ya que este cuarto punto será omitido en nuestro estudio

- 1) Contratos celebrados desde una página web comercial
- 2) Contratos perfeccionados por medio de chat o videoconferencias
- 3) Contratos concluidos mediante correo electrónico, que pueden ir acompañados o no de firma digital

2.5.1.- Contratos celebrados desde una página web comercial.-

¿Cómo se manifiesta la aceptación en este tipo de contratos?, ¿se trata de una relación entre ausentes o presentes, de formación instantánea o sucesiva?, ¿se trata de verdaderas ofertas en el marco de las legislaciones de los países de la CAN?

La doctrina no maneja aún un criterio universal, por ello podemos establecer las siguientes posibilidades:

- a) **La página web como un elemento de policitación.-** Según esta corriente, el portal web antes que manifestar una oferta, manifiesta una invitación a ofertar o *policitación*, en la medida que su contenido no está dirigido a personas determinadas o en específico, siendo que con ello faltaría uno de los elementos imprescindibles para configurar el contenido de una verdadera oferta en el ámbito BTOB.
- b) **La página web como un establecimiento de comercio.-** Por otro lado, conforme se haya estructurado la página web, esta podría ser asimilable a un verdadero escaparate o mostrador, como si se tratase de cualquier local comercial que podemos encontrar en nuestro mundo físico, constituyéndose completas tiendas virtuales, que pueden incluso prescindir de contar con un establecimiento físico permanente. En este caso, a pesar de que se trate de ofertas dirigidas a personas indeterminadas, de existir una relación con consumidores, por principio tuitivo, las ofertas deberían ser consideradas obligatorias para quien las propone.

Siguiendo la clasificación de Perales Viscasillas, estos contratos serán; por regla general contratos a distancia (las partes no se encuentran físicamente presentes en el mismo lugar, salvo casos realmente excepcionales), y podría considerarse que corresponderán a la categoría de formación sucesiva, -siguiendo el criterio de la inmediatez en la

comunicación-, debido a que las ofertas en este tipo de portales son abiertos al público en general por períodos abiertos de tiempo, durante el cual podrán aceptar libremente infinidad de individuos, y que excepcionalmente podría tratarse de un contrato de formación instantánea, como por ejemplo, cuando sabemos de ciertas promociones que publican determinadas empresas (que utilizan este medio para efectuar transacciones), por períodos y con productos determinados y limitados, a lo mejor la expectativa nos permita estar alertas al momento mismo en que se publique la oferta y en el afán de no perdernos la promoción nos convertimos en uno de los primeros aceptantes, con ello confluirían ambas manifestaciones casi simultáneamente.

La situación amerita en este punto realizar una matización, ya que si bien es cierto el contrato puede que en la mayoría de los casos no se perfecciona de forma inmediata, tampoco podríamos decir que se perfecciona de manera sucesiva, en razón de que este tipo de contratos son por regla general contratos de adhesión⁷¹, donde el que acepta se adhiere a las condiciones propuestas por el oferente, no existe una fase de negociación previa que pueda darnos la idea de un contrato formado por comunicaciones sucesivas, consideramos que lo más adecuado sería considerar a este tipo de contratos como contratos de formación instantánea, donde la oferta una vez publicada debe permanecer inmutable por el tiempo que la misma oferta prevea, congelada en el tiempo mientras llega la aceptación.

Por último, recordemos lo que expresábamos en párrafos anteriores al hablar de la oferta y de su obligatoriedad, decíamos que el código de comercio ecuatoriano, establece en su artículo Art. 141, que la propuesta verbal de un negocio obliga a su proponente, cuando es aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige, y que las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace. Hablábamos también de que la legislación boliviana establece algo similar, en su código de comercio artículo 827, donde expresa que la oferta al público de mercaderías

⁷¹ Formando lo que los anglófonos denominan “click wrap agreements”.- Los Click wrap agreements, son contratos que se forman y perfeccionan a través de internet, donde una parte publica en su página web ofertas de ciertos bienes o servicios, el asentimiento para adquirir estos bienes o servicios por parte del usuario se manifiesta dando un clic en alguna de estas opciones: “I agree”, “I accept” o “OK”, o cualquier expresión semejante que demuestre que la voluntad del usuario es aceptar la oferta en los términos señalados. Martin Samson, “*Click-wrap Agreement Held Enforceable*”, en: <http://www.internetlibrary.com/publications/cwawe_art.cfm>, fecha de consulta: 04/02/2014, interpretación propia.

mediante catálogos, circulares u otra forma de publicidad, obliga al comerciante a cumplir lo expresamente indicado en ellos, y que la exposición pública de mercaderías en escaparates, mostradores u otros medios en las dependencias del negocio, con indicación del precio, obliga a su venta, en tanto estén expuestas al público, en las condiciones allí señaladas.

Por otro lado, veíamos como la legislación colombiana establecía tres posibilidades; primero, las ofertas dirigidas a personas determinadas son obligatorias; segundo, las ofertas dirigidas a personas indeterminadas contenidas en catálogos, circulares o similares no son obligatorias salvo que el proponente quiera darles tal carácter; mientras que las ofertas dirigidas a personas no determinadas pero contenidas en mostradores o vitrinas que contengan la indicación del precio y la mercadería son obligatorias para el que las hace mientras estén exhibidas. Finalmente expresábamos que el código de comercio peruano no contiene disposición semejante a las analizadas al respecto, pero que su código civil si establece en el artículo 1388 que la oferta dirigida al público es una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente, si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal, por esta razón la oferta dirigida a persona indeterminada en el caso peruano será obligatorio únicamente si el proponente le otorga tal carácter.

En conclusión, en el caso ecuatoriano y boliviano, las ofertas contenidas en escaparates, mostradores, catálogos o circulares, dirigidas a personas indeterminadas, deben ser consideradas como ofertas obligatorias para quien las propone, en el caso colombiano dependerá del medio en que se exhiba la mercadería; si se lo hace a través de catálogos o circulares, no serán obligatorias, (excepto si el proponente quiere dotarles de tal carácter), mientras que si la mercadería y el precio están expuestos en vitrinas o mostradores si serán obligatorias mientras se encuentren en exhibición, finalmente la legislación peruana considera que las ofertas dirigidas al público o personas indeterminadas no serán obligatorias salvo que el proponente disponga lo contrario.

Ahora, debemos preguntarnos, ¿pueden estas disposiciones hacerse extensivas a las ofertas contenidas en portales electrónicos o portales web?

Leopoldo Brandt, nos expresa que: “Existe la tendencia mundial para asimilar los documentos electrónicos y las firmas electrónicas a sus contrapartes del mundo material, por lo que en última

instancia, y por mandato de ley, dichos documentos electrónicos deberán ser considerados y no discriminados, incluyendo aquí a los avisos de las páginas Web”⁷², compartimos esta posición doctrinal, y luego del análisis del principio de equivalencia funcional que los cuatro Estados han incorporado con mayor o menor alcance en sus legislaciones, consideramos que sí, que los portales web pueden ser plenamente asimilables a los mostradores o catálogos físicos, y que no existen razones para sostener lo contrario.

2.5.2.- Contratos perfeccionados por medio de videoconferencia.-

¿Cómo se manifiesta la aceptación en este tipo de contratos?, ¿se trata de una relación entre ausentes o presentes, de formación instantánea o sucesiva?

Atendiendo la clasificación de Perales Viscasillas, diremos que este tipo de contratos, los celebrados por medio de una videoconferencia, al existir un intercambio inmediato de información, deberán ser considerados como contratos de formación instantánea, mientras que por la distancia física que separa a los contratantes, generalmente serán contratos entre ausentes.

Por ser considerada una relación de formación instantánea, (entre presentes según la asimilación entre estos términos ya analizada con anterioridad), la oferta debería ser aceptada de forma inmediata, así lo establecen los textos legales en análisis, como veremos a continuación:

Colombia, establece en el artículo 850 de su código de comercio, lo siguiente: *“La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”*, por efectos del principio de equivalencia funcional podríamos decir que a las propuestas que son realizadas por videoconferencia le es aplicable esta normativa, y que por ello las mismas deberán ser aceptadas o rechazadas de forma inmediata.

Bolivia, establece en su código de comercio, artículo 816 párrafo tercero que; el contrato *“celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente”*, no existe una disposición expresa que determine la obligación de aceptar

⁷² Leopoldo Brandt Graterol, “Páginas Web. Condiciones y Términos Legales” (Caracas:Legis Editores, 2001), 39

inmediatamente en el caso de existir una propuesta de estas características, es decir realizada entre presentes, es el artículo 455 del código civil boliviano⁷³, donde se establecen dos reglas que nos permiten establecer el momento de formación de un contrato, así: en el numeral I se establece que el contrato se forma desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte, salvo pacto diverso u otra disposición de la ley, luego en el numeral II, se establece que el oferente debe recibir la aceptación bajo la forma y en el término que hubiese establecido o que sean corrientes según los usos o la naturaleza del negocio, en conclusión, como se dijo anteriormente, no existe norma expresa que determine la obligación entre presentes de aceptar o rechazar la propuesta al acto de oírse, como si lo expresa la legislación colombiana, sin embargo se podría colegir esta obligación si los usos o la naturaleza del negocio fuera de aquellos que la tradición boliviana confiere este carácter.

Perú, la legislación peruana no ofrece artículos específicos al respecto, únicamente en el artículo 1373 del código civil peruano, se expresa que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, luego en el artículo 1375 del mismo texto legal, se indica que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él, así en una conversación mantenida por videoconferencia bien podría el oferente establecer el requerimiento de una respuesta inmediata a la oferta por el pronunciada.

Ecuador, la legislación ecuatoriana establece en su código de comercio artículo 141 lo siguiente “*para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre*”, por efecto del principio de equivalencia funcional tal articulado se hace extensivo a las contrataciones desarrolladas a través de una videoconferencia, donde entendemos la comunicación se desarrollará de manera verbal, por ende la oferta manifestada de esta forma deberá ser aceptada o rechazada de forma inmediata.

⁷³ Decreto Ley No 12760 de 06 agosto de 1975, la ley en referencia puede encontrarse en el siguiente link: <<http://photos.state.gov/libraries/bolivia/337500/pdfs/Codigo-civil.pdf>>

2.5.3.- Contratos concluidos mediante correo electrónico, que pueden ir acompañados o no de firma digital

¿Cómo se manifiesta la aceptación en este tipo de contratos?, ¿se trata de una relación entre ausentes o presentes, de formación instantánea o sucesiva?

La contratación mediante correos electrónicos resultará en la mayor parte de los casos una contratación “off line”, es decir los contratantes actuarán en períodos comunicacionales diferentes no coincidentes, en tal razón este tipo de contratos podrían catalogarse como contratos entre ausentes por la distancia física que separa a los contratantes y enmarcarse dentro de la categoría de formación sucesiva en atención al período de tiempo que separa las manifestaciones de voluntad.

Hemos dicho que el contrato en general, se perfecciona con la aceptación pura y simple de la oferta (que además es el momento en que coinciden las declaraciones de voluntad o consentimiento), tal disposición no genera mayor problema al tratarse de relaciones entre presentes, donde oferta y aceptación pueden manifestarse casi de modo coincidente, sin embargo, cuando la relación es entre ausentes, y cuando en esta ausencia se emplean medio telemáticos para comunicarnos, determinar el momento exacto en que deberá considerarse perfeccionado un contrato, requiere un análisis más minucioso.

La doctrina tradicional ha generado 4 teorías (mencionadas con anterioridad), destinadas a establecer el momento en que se considera perfeccionado un contrato celebrado entre ausentes, estas teorías son: teoría de la declaración.- el contrato se perfecciona con la sola aquiescencia manifiesta del destinatario de la oferta; teoría de la expedición.- No basta para el perfeccionamiento del contrato con que el aceptante declare su aceptación, es necesario que este transmita tal declaración al oferente sirviéndose de un medio adecuado para ello; teoría de la recepción.- el contrato queda formado una vez que la aceptación arribe a la esfera de control del oferente, sin ser imprescindible que este tenga conocimiento expreso de su contenido; teoría de la información o conocimiento.- el oferente debe conocer de la aceptación de su oferta, no basta con que la aceptación sea recibida por el oferente, éste debe conocer su contenido.

Carlos Vattier califica las teorías de la declaración y del conocimiento de “*extremas*”, mientras que las teorías de la expedición y de la recepción son tildadas de “*intermedias*”, tomemos textualmente las palabras del autor:

“recordemos sin entrar en valoraciones ni detalles, que los criterios extremos fijan el momento de perfección del contrato, o bien cuando el aceptante declara o manifiesta su voluntad de adherirse a la oferta, o bien cuando tal voluntad es conocida por el oferente. Para los criterios intermedios, en cambio, el contrato queda perfeccionado, o bien cuando el aceptante expide su aceptación de la oferta, o bien cuando ésta llega a poder del oferente, momento a partir del cual se presume su conocimiento.”⁷⁴

Tales teorías encuentran en los sistemas jurídicos mundiales diferentes adeptos, por ejemplo la tradición anglosajona se ha inclinado por incorporar la teoría de la expedición en su legislación⁷⁵ mientras que otros sistemas jurídicos de tradición romano germánica han optado preferentemente por la teoría de la recepción.

En los sistemas jurídicos que nos interesan para este estudio el criterio adoptado para establecer el momento de perfección de un contrato telemático varía someramente, veamos porque;

Colombia, además de definir en el artículo 864 de su código de comercio al contrato en general, también nos expone el momento en que habrá de considerarse perfeccionado un contrato celebrado entre ausentes, lo hace en los siguientes términos: “..., y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.” Luego, añade que se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los plazos legales.

⁷⁴Carlos Vattier Fuenzalida, “Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de ley de comercio electrónico”, en Lorenzetti, Ricardo Luis, dir, *Comercio electrónico*, (Lima: Temis, 2003), 521

⁷⁵Mariano Novelli, citando lo expuesto por Vattier Fuenzalida, expone: “En el siglo XIX, la regla de la emisión se consagró en el Derecho anglosajón a partir del discutido caso *Adamas vs. Lindsell de 1818*, según el cual la exigencia de verificar la recepción o el conocimiento de la oferta y de la aceptación podría impedir la contratación por correo al prolongarse hasta el infinito, de modo que el oferente debe quedar obligado por su oferta durante el trayecto de la carta del aceptante y, por tanto, el contrato se completa desde la aceptación de este último. Confirmada poco después, la mail-box rule pasó pronto a los Estados Unidos y se ha expandido a todo el ámbito dominado por el common law incluyendo Escocia, India y Sudáfrica” Carlos Vattier Fuenzalida, *Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual*, en AA.VV, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis-Díez Picazo, Civitas Madrid (2003): 3214 y s., citado por Mariano Novelli, “El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado”, en: <http://www.uai.edu.ar/Investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20perfeccionamiento%20de%20los%20contratos%20celebrados%20por%20medios%20electr%C3%B3nicos%20en%20el%20derecho%20argentino.pdf>

Dentro de la misma legislación colombiana, la ley No. 527⁷⁶, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, firmas digitales, entre otras cosas, establece reglas que nos permiten establecer el momento en que se considera enviado y recibido un mensaje de datos, así; el artículo 23 de la ley en referencia nos establece que un mensaje de datos se tendrá por expedido el momento que ingresa en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste, mientras el artículo 24 en lo que concierne al momento de recepción de un mensaje de datos, contempla dos posibilidades que dependerán de si el destinatario estableció o no un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, en el caso que si hubiera establecido un sistema de información, el mensaje de datos se considera recibido una vez que ingrese en el sistema de información designado; o, sí se envió a un sistema de información que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos. La segunda posibilidad se da cuando el destinatario no ha designado un sistema de información, en cuyo caso la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario.

Por último, es necesario mencionar la presunción que establece el artículo 21 *ibídem*, al señalar que cuando el iniciador recepcione acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos.

En conclusión, para la contratación entre ausentes, plenamente aplicable al caso de la contratación por medio de correo electrónico, en los términos del código de comercio colombiano, se establece como momento de formación o perfección del contrato a falta de estipulación en contrario, aquel en que el proponente recibe la aceptación de su propuesta, se entiende de forma general que el mensaje de datos ha sido recibido una vez ingresa en el sistema de información designado por el destinatario. El legislador ha optado entonces por la teoría de la recepción para establecer el momento de perfeccionamiento de un contrato celebrado entre ausentes, matizado por la teoría de la expedición pero a favor del destinatario de la oferta, ya que la misma norma establece

⁷⁶La Ley No 527 puede encontrarse en el siguiente link: <<http://www.sice.oas.org/e-comm/legislation/col2.asp>>

que el contrato se presumirá formado si el destinatario demuestra la expedición de su aceptación.

Bolivia, el código civil boliviano establece en su artículo 455 que el contrato se forma desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte, salvo pacto o disposición de la ley en contrario, materializándose la teoría de la información o conocimiento, por otro lado, el código de comercio boliviano, en el artículo 815 expone que; los contratos que se celebran por correspondencia, se consideran perfeccionados desde el momento en el cual el proponente reciba respuesta de aceptación de su ofrecimiento, aplicándose para este supuesto la teoría de la recepción.

Luego el artículo 816 del mismo código de comercio boliviano expone, en su segundo y tercer párrafo que; “el contrato celebrado por cable, telegrama, radiograma u otro medio análogo, se considera como realizado entre no presentes, y “el celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente”, por aplicación del principio de equivalencia funcional tales disposiciones pueden ser aplicables a los contratos que se perfeccionan por medio de correos electrónicos, considerándose una relación entre ausentes.

Por último Bolivia es uno de los países latinoamericanos que más ha tardado en adoptar una legislación específica para el tratamiento de los negocios electrónicos, lo ha hecho a través de la Ley No. 164 de 8 de Agosto de 2011, que incluye aspectos sobre; Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación, en esta ley, artículo 86 se contempla la posibilidad para que las partes puedan realizar transacciones comerciales mediante documento digital, siempre y cuando la ley o el mismo contrato no excluyan expresamente la validez de los documentos digitales, luego el artículo 89 equipara el correo electrónico personal a la correspondencia postal, con la consecuente protección jurídica que abarca además su creación, transmisión, recepción y almacenamiento.

En conclusión, Bolivia adopta para sus relaciones civiles la teoría de la información o conocimiento (sin especificar si este criterio se aplica para la contratación entre ausentes o presentes) dejando a salvo la posibilidad de que otra normativa disponga otra cosa,

como en efecto sucede con el código de comercio que emplea la teoría de la recepción para la contratación entre ausentes, luego, por efectos del principio de equivalencia funcional las disposiciones mencionadas pueden ser aplicadas a los contratos celebrados por correo electrónico. Finalmente el correo electrónico tiene la misma protección jurídica que la correspondencia postal, que incluye la creación, transmisión, recepción y almacenamiento de mensajes de datos.

Perú, de forma similar a lo expuesto por la legislación de Bolivia, en el código civil peruano encontramos el artículo 1373, que textualmente indica:“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”, materializándose con esto la teoría del conocimiento

Luego, por medio de la Ley No. 27291 se modificó varios artículos del código civil peruano a fin de permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad, entre ellos el artículo 1374, que ahora establece lo siguiente:

“Conocimiento y contratación entre ausentes.-La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.”

Del análisis de estas reglas podemos colegir que, el artículo 1373 por un lado regula el momento en que se perfecciona un contrato que se celebra entre presentes, adoptando para ello la teoría del conocimiento; mientras que, el artículo 1374 regula el momento en que se perfecciona un contrato que es celebrado entre ausentes, y adopta para ello la teoría de la recepción, matizada con la teoría del conocimiento, pues basta con que la oferta o su aceptación lleguen a la dirección del destinatario, es decir sean recibidas por el mismo, para que se las considere además conocidas. Esta legislación incorpora también una herramienta que no podemos dejar de mencionar, el “acuse de recibo”, misma que nos permite presumir, para el caso de comunicaciones realizadas por medios electrónicos, el momento en que la comunicación es recibida, Jorge Muñoz Ziches, entiende que este acuse de recibo corresponde a la opción informática de “confirmación de lectura” y “confirmación de entrega”, disponibles al momento de usar los servicios

de correo electrónico, “los cuales permiten a los remitentes de comunicaciones electrónicas saber la fecha y hora exacta de la entrada al servidor del destinatario del mensaje enviado, así como la fecha y la hora exacta en que este mensaje fue abierto y por lo tanto leído por el destinatario”.⁷⁷

Finalmente el código de comercio peruano establece en su artículo 54, bajo el título “Contratos entre ausentes” que, los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde el momento en que se contesta aceptando la propuesta, podríamos entender con esto, que el código de comercio emplea la teoría de la expedición.

En conclusión, Perú adopta dos sistemas en su normativa, en el código civil y gracias a las últimas reformas legislativas, se adopta la teoría de la recepción para establecer el momento en que se considera perfeccionado un contrato celebrado entre ausentes, sin embargo en el código de comercio se mantiene vigente la teoría de la expedición para establecer el momento de perfeccionamiento del contrato.

Ecuador, el código de comercio ecuatoriano establece en su artículo 145 que: “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”, no existe en la ley una distinción para el caso de contrataciones entre ausentes o presentes, al menos en lo que al momento de perfeccionamiento del contrato se refiere, si existe tal separación cuando la norma establece el momento oportuno para aceptar una oferta, lo hace por medio del artículo 141, en el que manifiesta que “para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre” y 142 que expresa: “La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza...”.

La normativa civil tampoco contiene normas que expresamente determinen el momento de perfeccionamiento de un contrato celebrado entre ausentes o presentes.

⁷⁷ Muñoz Ziches Jorge, “El E-commerce en la legislación peruana”, en *Comercio electrónico*, Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. (Lima: Temis, 2003), 12

Adicionalmente a esto debemos mencionar que, desde el año 2002 el Ecuador cuenta con una ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos⁷⁸, en la misma se establece por medio de su artículo 46 que:“el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.”

En conclusión, la normativa ecuatoriana en análisis parecería aplicar, en los términos del código de comercio, la teoría de la expedición, esto se infiere de las palabras “*dada la contestación*”, mientras que la ley de comercio electrónico al referirse expresamente a los contratos que se celebran por medios electrónicos, dispone que ni la recepción, ni la confirmación de recepción, ni aún la apertura del mensaje de datos implica aceptación del contrato electrónico salvo que las partes dispongan lo contrario.

2.6.- SOBRE LAS TEORIAS QUE RIGEN EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES:

El problema que genera el hecho de determinar el momento en que un contrato celebrado entre ausentes se perfecciona, viene dado por la necesidad de atribuir el riesgo en las comunicaciones y las responsabilidades que se derivarían de tal riesgo.

Las teorías que se han formulado al respecto son como ya se mencionó anteriormente;

1) **TEORÍA DE LA DECLARACIÓN**(defendida por VALÉRY, RIPERT, PUCHTA y otros) de conformidad con esta teoría para que el contrato se perfeccione basta con la expresión de asentimiento del aceptante, sin que sea necesario que tal aceptación se remita siquiera al oferente; esta teoría en palabras de Ortega Juan, respondía a la necesidad vista por el legislador de dotar de agilidad y rapidez al tráfico mercantil así como de limitar la revocatoria de la oferta hasta el momento en que el destinatario emitiera su aceptación⁷⁹.

Consideramos que esta teoría olvida el carácter recepticio que tienen las declaraciones de voluntad “oferta” y “aceptación”, si bien es cierto cuando formulamos una oferta

⁷⁸Registro Oficial S. 557, de 17 de abril del 2002

⁷⁹Ortega Diaz, Juan Francisco. Contratación, notarios y firma electrónica. Temis. Bogotá, Colombia (2010):44

tenemos la intención de que la misma sea aceptada no por ello podemos someter al oferente a una situación de flagrante inseguridad jurídica, al condenarle a suponer la aceptación por parte del destinatario de su oferta.

2) **TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN**, (defendida por SERAFINI, DEMOLOMBE, AUBRY Y RAU, LYON-CAEN Y RENAULT, GIRAULT, y otros) según esta teoría para que el contrato se perfeccione no basta con que el aceptante formule la respuesta, es necesario además que remita su aceptación al oferente; de esta manera “el riesgo impuesto por la demora o la pérdida de la comunicación es soportado por el oferente”⁸⁰, sin embargo tal riesgo puede mitigarse por voluntad del mismo oferente, si este decide que la aceptación no será efectiva mientras no sea efectivamente recibida, esta teoría ha recibido aceptación general por el derecho anglosajón por medio de la llamada *mail-box rule*, en el derecho americano o *posting rule* en el derecho Británico,⁸¹ traemos al análisis el caso “*Adams Vs. Lindsell*” de 1818, mismo que sirvió de precedente o leading case en el derecho anglosajón, en este se suscita el siguiente problema: los propietarios de cierta cantidad de madera envían una oferta de venta sobre la misma a los demandantes del caso, sin embargo esta carta continente de la oferta llega tarde a la dirección de los demandantes. En atención a esta carta los demandantes responden aceptando la oferta, sin embargo para cuando llega esta aceptación los vendedores ya habían vendido toda la madera a un tercero. En la resolución de esta causa la Corte consideró que el contrato se habría perfeccionado en el momento que la aceptación fue enviada por el correo. Luego esta regla sería confirmada con el caso “*Household Firer and Carriage Accident Insurance Co. Ltd. vs Grant*”, en este caso se da la siguiente situación: Grant remite una oferta a “*H. F. and C.A. I. Co. Ltd.*”, ofreciendo comprar parte de las acciones de la compañía, el secretario del Consejo de Administración, responde a la oferta adjudicando las acciones, sin embargo la carta se pierde en el correo y nunca llega a su destinatario, luego la compañía quiebra y ante tal situación exige a Grant el pago de los valores pendientes, es decir por las acciones adquiridas, sin embargo Grant se niega a tal pago aduciendo que nunca existió un contrato vinculante, ante tal situación la Corte considera que el contrato se habría perfeccionado al momento en que el aceptante remitió la carta con la aceptación, por cuanto en ese momento salió

⁸⁰Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina (1999):425

⁸¹ Postura que fue mantenida en otros casos como *Dunlop Vs. Higginns* (1848) o *Henthorn Vs. Fraser* (1892), y aún representa la posición del derecho inglés en el siglo XXI (traducción propia). Véase: Stone, Richard y Devenney James. *Text, cases and material on contract law*. Routledge (2014): 63,64

de su esfera de control y las voluntades (oferta y aceptación) ya se encontraron perfeccionando de tal modo el contrato.

Algunos criterios que podemos extraer sobre los que se asiente esta posición serían los siguientes: 1) el momento en que el oferente decide utilizar un servicio postal para remitir su oferta, a la vez lo faculta para representarlo en recibir la aceptación. 2) el aceptante pierde el control sobre su aceptación al momento en que es enviada. 3) Se restringe la libertad del oferente de revocar su oferta en pos de otorgar protección jurídica al aceptante. 4) El oferente como dueño de su oferta es libre de condicionar la efectividad de la aceptación a la recepción de la misma, así que, si no lo hace éste se convierte en el único responsable por tal omisión y por ende deberá soportar los riesgos a consecuencia de la misma⁸².

No debemos olvidar que la aplicación de esta teoría se da a inicios del siglo XVII y pretendía otorgar una solución efectiva a los problemas que se suscitaban con los contratos que se celebraban por medio de correo (físico) o telegramas, sin embargo para inicios del siglo XXI la revolución digital era una realidad, las nuevas tecnologías paulatinamente fueron cambiando la forma en que la comunicación tenía lugar, modificándose con ello además los efectos jurídicos que de éstas se derivaban.

3) **TEORÍA DE LA RECEPCIÓN**, (defendida por CROISSANT y REGELSBERGER) esta teoría defiende que además de la remisión de la aceptación, es necesario que la misma sea recibida por el oferente; esta teoría ha recibido general aceptación en el derecho romanista y los países con su influjo, y ofrece un visión que precautela de mejor manera los intereses de oferente y aceptante al distribuir de mejor manera los riesgos en la comunicación, esto por cuanto: 1) el oferente deberá ser efectivamente comunicado de la aceptación de su oferta con lo cual se limita dejarlo indefinidamente en estado de duda sobre si se produjo o no la aceptación de su oferta. 2) la aceptación cumple su papel de declaración receptiva. 3) La recepción no implica obligatoriamente que el oferente conozca de la aceptación basta con que este la reciba, con lo cual se precautela el interés del aceptante al impedir que el oferente alegue desconocimiento de la aceptación para incumplir el contrato, la teoría de la recepción

⁸² Extraído de la tesis doctoral realizada por Durany Pich, Salvador. La formación del contrato. Universitat Pompeu Fabra (1993): 251-252.

nos permite presumir que una vez recibida la comunicación por el oferente, éste, está en la obligación de conocer su contenido por cuanto ha arribado a su esfera de control.

4) **TEORÍA DEL CONOCIMIENTO**, por último esta teoría manifiesta que no basta con que la aceptación de la oferta sea recibida por el oferente, sino que además es necesario que esta sea conocida por el oferente⁸³, se sustenta esta teoría en el siguiente argumento: si para la perfección del contrato que se celebra entre presentes, es necesario el conocimiento de la aceptación por parte del oferente ¿porqué debería de darse un tratamiento diferente a los contratos celebrados entre ausentes?⁸⁴, las deficiencias de esta postura vienen dados por los siguientes argumentos: 1) la balanza del riesgo se inclina demasiado en perjuicio del aceptante, quien luego de emitir su aceptación deberá permanecer indefinidamente en la incertidumbre de conocer si el oferente conoció efectivamente de la aceptación o no. 2) Esta incertidumbre otorgaría al oferente la posibilidad de revocar libremente su oferta en tanto y en cuanto el perfeccionamiento del contrato depende exclusivamente de su voluntad de conocer o no de la aceptación, a este le bastará con indicar que nunca conoció de la aceptación dada a su oferta. 3) ¿Si se admite la posibilidad de que el oferente conozca de la aceptación y que este conocimiento sea requisito esencial para perfeccionar el contrato, ¿porqué privar al aceptante de igual posibilidad?, es decir dotarle de la posibilidad de conocer que el oferente conoce de su aceptación, prolongando el perfeccionamiento del contrato hacia el infinito y por ende sentenciado al contrato celebrado entre ausentes a la imposibilidad de su celebración.

Debido a la radicalidad que presentan las teorías de la declaración y del conocimiento, son sus teorías intermedias; expedición y recepción, las que han sido adoptadas por la mayor parte de legislaciones a nivel mundial y las que en consecuencia generaron serios debates al momento de la discusión de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Tratado que por su carácter global buscó dotar de una respuesta legal adecuada a la realidad de los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo), Convención que al final de cuentas terminó decantándose por adoptar la teoría de la recepción, lo hizo en los siguientes términos; el artículo 23 determina que el contrato se perfeccionara en el

⁸³ Sobre los autores que defienden cada postura nos habla De Lucca Newton, en su obra *Contratación informática y telemática*: 87 citando la obra de Diniz, María Elena. *Tratado teórico e Prático dos contratos*, Sao Paulo; Editora Saravia. (2002).

⁸⁴ Ortega Díaz, Juan Francisco, *Contratación, notarios y firma electrónica*: 45

momento que la aceptación surta efecto, mientras que el artículo 18 numeral segundo, nos expresa que la aceptación surte efecto el momento en que *llega* al oferente.

No debemos olvidar que el debate generado por la adopción de la una u otra teoría tuvo su auge en una época donde el medio de comunicación entre ausentes por excelencia era el correo físico, posteriormente con la aparición de nuevas tecnologías como el fax y luego en las postrimerías del siglo XX el internet, este debate fue perdiendo su fuerza por las seguridades informáticas que los nuevos sistemas han venido ofreciendo, bajo esta perspectiva queremos rescatar un avance importante que la legislación peruana ha incorporado en su normativa, legislación que adoptando la teoría de la recepción la ha sabido matizar con un elemento tecnológico que nos permite presumir el estado de la comunicación, nos referimos con esto al *acuse de recibo*, la norma en referencia establece para el perfeccionamiento del contrato lo siguiente:

“Conocimiento y contratación entre ausentes.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el *acuse de recibo*.”

Por las razones expuestas, luego del análisis de las teorías señaladas, nos inclinamos por apoyar la teoría de la recepción, consideramos que por medio de esta, se precautela de manera más equitativa los derechos tanto del oferente como del aceptante, del oferente en la medida que se impide condenarlo a un estado indefinido de duda acerca de conocer si se produjo o no la aceptación de su oferta, una vez la aceptación ha ingresado en la esfera de control del oferente este está en la obligación de conocer su contenido salvaguardando con esto además los derechos del aceptante, por último el desarrollo tecnológico actual, nos permite enviar y recibir comunicaciones de forma instantánea, con lo que los riesgos propios de la comunicación a distancia por medios físicos se han visto atenuados, más aún el correo electrónico actual nos ofrece las herramientas *acuse de recibo* y en determinados programas el *acuse de lectura*, mecanismos que nos permiten conocer si una comunicación ha sido efectivamente recibida o aperturada.

Para concluir, si bien la teoría de la expedición contiene sólidos argumentos que justificaron su aplicabilidad en el pasado, la realidad tecnológica actual nos ofrece una serie de ventajas que nos permiten subsanar los temores que la teoría de la expedición en determinado momento subsano, el *acuse de recibo*, herramienta tecnológica que el Perú

ha sabido incorporar acertadamente dentro de su legislación y debe servir como un escaparate para el resto de legislaciones, para el caso que nos ocupa, las legislaciones de los cuatro países miembros de la CAN.

2.7.- DISPOSICIONES INTERNACIONALES RESPECTO AL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO, Y EN PARTICULAR DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

La preocupación internacional por dotar a los diferentes Estados de un marco jurídico uniforme en materia de contratación mercantil internacional, ha sido cada vez más creciente, la idea de contar con normas uniformes materializa el interés de los operadores económicos de contar con reglas de juego claras que les permita mantener y potencializar sus relaciones comerciales sin que el mapa político jurídico sea una limitante para ello. En este sentido, numerosos instrumentos jurídicos se han venido desarrollando alrededor del mundo de entre los que debemos destacar los siguientes; a nivel europeo tenemos las Directivas 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, mediante las cuales respectivamente, se establece un marco comunitario para la firma electrónica y se determinan ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y en particular del comercio electrónico intracomunitario.

La Comisiones sobre derecho y prácticas comerciales y de comercio electrónico, de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) ha aprobado las cláusulas contractuales 2004 para el comercio electrónico conocidas como ICC eTerms 2004 y la guía de la CCI para la contratación electrónica; normativas que si bien es cierto no obliga a ningún Estado, resultan de aplicabilidad práctica en la medida que la costumbre mercantil adopta muy cómodamente las reglas conferidas por estos centros de estudio.

A nivel multilateral, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL por sus siglas en inglés), ha venido desarrollando una serie de instrumentos jurídicos entre los cuales mencionamos la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), ley modelo sobre las firmas electrónicas (2001), ley modelo sobre comercio electrónico (1996), Recomendaciones dirigidas a los gobiernos y a las organizaciones internacionales acerca del valor jurídico de los registros de computadora (1985), Convención de las Naciones Unidas sobre la

utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005), Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas (2007).⁸⁵

De las normativas referidas nos serviremos de un análisis comparativo de los siguientes textos normativos; CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CISG), PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, y la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CUECIC).

Aclaremos que la comparación versará sobre los aspectos que fueron analizados anteriormente al tenor de las legislaciones de los países miembros de la CAN.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CISG).-

Naciones Unidas por intermedio de su departamento técnico especializado conocido por sus siglas en español como CNUDMI o Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional, (UNCITRAL por sus siglas en inglés), vista la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los operadores económicos en un mundo cada vez más globalizado e inspirado en el deseo de contar con textos normativos uniformes que permitan dar certeza jurídica a las operaciones comerciales que se desarrollaran entre operadores económicos privados ligados a diferentes Estados y por ende ordenamientos jurídicos, consigue desarrollar lo que ahora conocemos como Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena el 11 de abril de 1980.

Tal convención tiene por objeto dotar a los Estados y a sus operadores económicos de un texto normativo uniforme en lo que respecta a las reglas que ha de regular la compraventa internacional de mercaderías, además de serla norma que reemplazó otras normativas uniformizadoras como la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de

⁸⁵ Oviedo Albán Jorge, “Convención De Las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales”, 16-18 en: Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 7: 11-59, enero-mayo de 2006, disponible en:http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Oviedo1correg._001.pdf (fecha de consulta: 15 de mayo del 2014)

Objetos Mobiliarios Corporales, conocida por sus siglas como "LUVI" y la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales, conocida por sus siglas como "LUF", ambas convenciones objetadas de ser desarrolladas por países de la Europa Occidental sin considerar las aspiraciones de otros sistemas normativos como el norteamericano.⁸⁶

Actualmente la Convención es un texto de amplia aceptación mundial como lo demuestran sus 80 Estados parte, así pues, revisemos la normativa pertinente contenida en tal Convención en lo que respecta a los puntos objeto de nuestro tema de estudio;

OFERTA.-La Convención por medio de su artículo 14 numeral primero define a la oferta como la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación (una oferta será lo suficientemente precisa si señala las mercaderías, y si expresa o tácitamente determina la cantidad y el precio o prevé una forma para establecerlos)

DETERMINACIÓN DE LA OFERTA.- En el mismo artículo 14 numeral segundo se expresa que la propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a ofertar.

OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA.- De la lectura integral de la Convención, se infiere que la oferta es obligatoria para quien la hace, sin embargo, se establecen reglas que nos permiten conocer el momento hasta el cual el proponente puede revocar su oferta, así; de la lectura del artículo 15 tenemos que la oferta surte efecto una vez llega al destinatario, puede retirarse si el retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, luego en el artículo 16 numeral primero, prevé la posibilidad de revocar la oferta, en cuanto la misma puede ser revocada siempre y cuando la revocatoria llegue al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

ACEPTACIÓN.-El artículo 18 expone que toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación, pudiendo consecuentemente tratarse una aceptación expresa o tácita, luego aclara que el silencio por sí solo no constituye aceptación.

⁸⁶Alejandro M. Garro y Alberto L. Zuppi, "La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html>> fecha de consulta: 25/02/2014

MOMENTO DE ACEPTACIÓN EN CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PRESENTES.-El mismo artículo 18 numeral segundo establece que la aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a no ser que de las circunstancias resulte otra cosa.

MOMENTO DE ACEPTACIÓN EN CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AUSENTES.-Luego, el ya referido artículo 18 numeral segundo establece que, la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento *llegue* al oferente.

MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.- El artículo 23 determina que, el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, y la aceptación de la oferta, como vimos en el párrafo anterior, surte efecto el momento que llega al oferente, materializándose con esto la teoría de la recepción.⁸⁷

La CISG, cuenta con 80 Estados parte, para los fines que nos interesa, entre tales miembros se cuenta a Colombia, Ecuador y Perú, lamentando la ausencia de Bolivia.⁸⁸

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CUECIC)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, es un texto normativo trabajado igualmente por la Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional (CNUDMI), aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de noviembre de 2005 mediante su Resolución 60/21 y abierto para la firma el 16 de enero de 2006.⁸⁹

⁸⁷ NOTA.- Debemos señalar también la precisión terminológica que presenta la Convención en su artículo 24 donde explica que la expresión “llega” al destinatario quiere decir que le comunica verbalmente o se le entrega por cualquier otro medio personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

⁸⁸La situación actual respecto a los estados miembros ha sido tomado de la página web oficial de la UNCITRAL:<http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>Fecha de consulta: 15/03/2014

⁸⁹ Texto oficial de Naciones Unidas: Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, contiene notas explicativas: 15, en: <[http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/cduncitral/CD_content/electronic%20commerce/ECC/ECC-s\[1\].pdf](http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/cduncitral/CD_content/electronic%20commerce/ECC/ECC-s[1].pdf)>

Este texto normativo tiene por objeto principal establecer reglas que den certeza a los operadores económicos al momento de emplear comunicaciones electrónicas en sus contrataciones, una lectura del preámbulo de la Convención en análisis fácilmente nos puede reafirmar lo expresado:

“Los Estados Parte en la presente Convención,

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones de amistad entre los Estados,

Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo cual desempeña un papel fundamental en lo que respecta a promover el comercio y el desarrollo económico en los planos nacional e internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que se deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se ayudaría a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas.

Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes,

Deseosos de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos”⁹⁰

...

De allí que este cuerpo normativo no se haya centrado en incluir reglas específicas que uniformicen materia sustantiva en lo que respecta a la formación del contrato, más que aquello estrictamente necesario y siempre en atención a asegurar la eficacia de las

⁹⁰ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

comunicaciones electrónicas, por ejemplo, no encontraremos en la Convención normas que determinen el momento en que la oferta o su aceptación adquieren eficacia jurídica a efectos de la formación del contrato.⁹¹ Este texto normativo se presenta ante todo como un texto que aporte y complemente otros textos normativos internacionales como el de la CISG analizado anteriormente.

La CUECIC, ha sido suscrita por 18 estados, entre los que se cuenta Colombia (a efecto de los países involucrados en el presente estudio), de los cuales 2 han ratificado, Honduras (15/06/2010), y Singapur (07/07/2010), uno la ha aprobado, Federación de Rusia (06/01/2014), y otros dos Estados se ha adherido a la Convención, República Dominicana (02/08/2012) el Congo (28/01/2014).⁹²

Revisemos algunas de las reglas contenidas en la Convención necesarias para efectos de nuestro estudio,

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL.- En el capítulo III de la Convención, artículo 8 de la Convención, bajo el título *reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas*, se expresa que, *no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.*

PERSONAS DETERMINADAS O INDETERMINADAS.- El artículo 11 de la Convención, expresa que la propuesta de celebrar un contrato, presentada vía comunicación electrónica dirigida a una o más partes no determinadas, sino que sea generalmente accesibles para todos (incluido dentro de estos toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas) *será considerada una invitación para presentar ofertas*, excepto si el oferente demuestra claramente su intención de quedar obligado en caso de aceptación.

⁹¹Tomado de las notas contenidas en el texto oficial de Naciones Unidas: Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, tales notas han sido elaboradas por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con una finalidad puramente informativo, es decir no son parte del texto de la Convención: 15, 17, en: <[http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/cduncitral/CD_content/electronic%20commerce/ECC/ECC-s\[1\].pdf](http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/cduncitral/CD_content/electronic%20commerce/ECC/ECC-s[1].pdf)>

⁹² Portal oficial web de UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html>, Fecha de consulta: 21/04/2013.

TIEMPO DE ENVÍO Y RECEPCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.- Como ya se hizo mención en párrafos previos, la Convención no establece el momento en que la oferta o su aceptación adquieren eficacia jurídica, sin embargo de ello, en su artículo 10, si nos brinda un conjunto de reglas que permiten establecer el momento en que una comunicación electrónica se tendrá por expedida, o recibida, así; de manera general, una comunicación electrónica se tendrá por expedida el momento en que sale del sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que actúe a su nombre, mientras que se la tendrá por recibida, el momento en que ésta pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que el haya designado, se presume que el destinatario puede recuperar la comunicación en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

El Instituto para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) es un organismo multilateral creado inicialmente como un organismo técnico auxiliar de la Liga de Naciones, actualmente cuenta con 63 Estados miembros, entre los que se cuenta a Colombia y Bolivia dentro de los Estados que nos interesan en nuestro estudio⁹³.

El UNIDROIT, es un instituto que tiene como principal labor desarrollar textos normativos que permitan la unificación del derecho privado comercial de los Estados miembros, unificación que no la realiza por sí solo, el Instituto es ante todo un organismo auxiliar, con vocación académica prepara los principios que después orientarán los textos normativos que han de ser aprobados en Tratados o Convenciones internacionales.

En las líneas que siguen analizaremos los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en su versión 2010, sin olvidar que este texto jurídico constituye lo que se conoce como “*soft law*”, lo que quiere decir, que se trata de un

⁹³ Portal oficial web de UNIDROIT: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>> fecha de consulta: 22/04/2014

texto normativo que no tiene carácter vinculante pero que no por ello carezca de efectos jurídicos⁹⁴.

Así en el preámbulo mismo del texto podemos encontrar un listado de posibilidades de aplicación, como en el caso que las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, o cuando las partes hubieren acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes, o en el caso que las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Además de ello, estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, para interpretar o complementar el derecho nacional, o servir como modelo para legislaciones nacionales e internacionales.⁹⁵

OFERTA.-El artículo 2.1.2 establece la propuesta de celebrar un contrato, es oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

No existe disposición referente a la oferta dirigida a personas determinadas o indeterminadas.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.- El artículo 2.1.1, establece que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo, es decir se reconoce como formas de aceptación tanto la expresa como la tácita. Luego en el artículo 3.1.2, se prevé que todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

ACEPTACIÓN.-Sobre la forma en que debe manifestarse la aceptación, el artículo 2.1.6, expone que constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. Luego en el mismo artículo numeral (2), se indica que la aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente, es decir los principios UNIDROIT se han hecho eco de la

⁹⁴Mauricio del toro huerta, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, revista anuario mexicano de derecho internacional, México (2006): 519, en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechointernacional/6/art/art12.pdf>>

⁹⁵ Preámbulo de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, versión en el portal web oficial de UNIDROIT: <<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>

teoría de la recepción a efectos de fijar el momento en que el contrato se reputa perfeccionado. Los principios no definen lo que deberá entenderse por la expresión: “llega”.

CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE

Finalmente, a nivel regional, podemos mencionar lo expresado en la Convención de Derecho Internacional Privado celebrado en La Habana, el 20 de Febrero de 1928, que desarrollo más conocida como Código De Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante,⁹⁶ donde en su artículo 245, refiriéndose a los contratos mercantiles se establece que “*Los contratos por correspondencia no quedarán perfeccionados sino mediante el cumplimiento de las condiciones que al efecto señale la legislación de todos los contratantes*”.⁹⁷

⁹⁶ Codificación 1220, publicación: Registro Oficial Suplemento 153, fecha:25-nov-2005

⁹⁷ Para las Repúblicas que nos interesan, el código se encuentra vigente para Ecuador, Perú y Bolivia, Colombia no lo suscribió, José Luis Siqueiros, “La codificación del derecho internacional privado en el continente americano”, *Jurídica-Anuario*, No 14, México (1982): 250, en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr21.pdf>>

CAPÍTULO III

LA CAN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO POSIBILIDADES DE ARMONIZACIÓN O DE UNIFICACIÓN LEGISLATIVA.

3.1.- QUE SE ENTIENDE POR ARMONIZACIÓN, Y POR UNIFICACIÓN LEGISLATIVA

Previamente a determinar lo que se entiende por armonización o unificación legislativa citaremos las voces de diferentes autores que se han pronunciado en sentido general, sobre la necesidad de contar con normas armónicas en materia contractual, así;

Citaremos en primer lugar lo expuesto por Soto Carlos, quien hace votos porque América Latina y el mundo se pongan de acuerdo, a efectos de contemplar reglas y principios uniformes orientados a promover el comercio electrónico, con lo que se resolverían serios problemas como el de la legislación aplicable y juez competente en el caso de conflictos que se deriven de contratos electrónicos celebrados a nivel internacional.⁹⁸

En sentido similar se pronuncia Muñoz Ziches, quien se muestra promotor de la necesidad de uniformizar la legislación en un inicio al menos de los países del Pacto Andino hoy Comunidad Andina, además propone la idea de contar con tribunales internacionales especializados en la materia.⁹⁹

Vattier Fuenzalida refiriéndose a los contratos electrónicos, expone que el carácter internacional que revisten alienta la unificación legislativa internacional, muestra de ello son los textos de derecho uniforme emanados por organismos supranacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea.¹⁰⁰

Hernández Martínez, considera que en regulación electrónica:

“la mayoría de los países de la Comunidad Andina han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, normatividades o regulaciones que responden a necesidades y concepciones particulares, en últimas, que atienden una concepción nacional. En el ámbito comunitario se evidencia, y así se ha declarado, la necesidad de armonizar o unificar la normativa respecto del entorno digital, de establecer principios y medidas dentro de las organizaciones regionales

⁹⁸ Soto Coaguila Carlos Alberto, El Comercio electrónico en el derecho peruano. Pg. 148

⁹⁹ Muñoz Ziches Jorge, El e-commerce en la legislación peruana. Pg. 123-124

¹⁰⁰ Vattier Fuenzalida Carlos, Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de ley de comercio electrónico. Pg. 520

existentes, en el caso latinoamericano la Comunidad Andina (CAN), que permitan dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones electrónicas”¹⁰¹

Adriana Dreyzin de Klor, realiza una breve reseña de las teorías dominantes con respecto a la regulación que se pretende para el internet, su obra concluye exponiendo el deseo de contar con normas uniformes de derecho internacional privado, o mejor dicho: “el marco jurídico idóneo, sea en función de la certeza que reconoce, sea por su contribución a favorecer el desarrollo del comercio internacional, es la regulación generada en los foros de codificación internacional de Derecho”¹⁰²

Cárdenas¹⁰³, en su artículo periodístico sobre e-comercio andino, identifica una serie de problemas originados en el comercio electrónico para los que se precisa una solución, en tal sentido expone:

“Para superar los problemas originados en la ausencia y diversidad de legislaciones existentes en esta materia debe avanzarse en el establecimiento de un marco jurídico claro, sencillo, gradual y compatible con las normas vigentes a escala internacional, que tenga especialmente en cuenta los siguientes aspectos:

(...) Normas generales sobre la venta a distancia y especialmente sobre el momento y lugar de la celebración de los contratos. La regla general para el correcto funcionamiento del mercado interior debería ser que la oferta comercial en línea deba ajustarse a la ley de origen.
(...)

Mariana C. Silveira, referencia lo expuesto por Thomas Jefferson, en una carta fechada a julio de 1816, donde expone la necesidad de contar con leyes dinámicas que se adapten a los nuevos cambios y requerimientos sociales, paradójicamente nos muestra como en materia de contratación electrónica muchos de los códigos y leyes latinoamericanas se han estancado en regulaciones decimonónicas, tal situación, en palabras de la autora obliga a las partes a realizar un exhaustivo trabajo de interpretación y de aplicación analógica para tratar de adaptar las normas existentes al mundo del comercio electrónico Tomando las palabras de la autora, las diferencias normativas específicas, “van desde la falta total de regulación a normas de alcance disímil en cuanto

¹⁰¹ Hernández Martínez William David, “La formación del contrato electrónico en el marco de la Comunidad Andina”, 25, en <<http://www.redalyc.org/pdf/1002/100228405001.pdf>> fecha de consulta: 26/12/2013.

¹⁰² Dreyzin de Klor Adriana, “Derecho aplicable al comercio electrónico” 284-290, en: <[file:///C:/Users/davidarroba/Downloads/15195-46811-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/davidarroba/Downloads/15195-46811-1-PB%20(1).pdf)> fecha de consulta: 15/03/2014.

¹⁰³ Cárdenas Manuel José, E-comercio andino, junio del 2000 en: <<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm>>

a la validez de los documentos y firmas electrónicas. Estas discrepancias se ven exacerbadas por la falta de uniformidad de los distintos enfoques adoptados por cada país: algunas normas promueven tecnologías específicas; otras defienden el principio de neutralidad tecnológica; otras se limitan a una declaración de principios en cuanto a la necesidad de promover el avance del comercio electrónico, sin regular ningún tema en particular. En virtud de este panorama, resulta esencial el promover la uniformidad de la normativa sobre comercio electrónico en América Latina.”¹⁰⁴

Compartimos la visión de los precitados autores que abogan por caminar hacia modelos normativos comunes en pos de evitar los conflictos típicos del derecho internacional privado, veamos a continuación el marco jurídico comunitario andino, y analicemos los procesos de armonización y unificación legislativa que se gestan al interior del mismo.

Previo a continuar debemos aclarar que el derecho internacional privado ha venido trabajando en las técnicas legislativas conocidas como “de armonización” y “de unificación”¹⁰⁵, cuyo sentido general exponemos a continuación, con la finalidad de dar al lector una visión amplia que le permita diferenciar los procesos de armonización y unificación que se desarrollan al interior del marco jurídico comunitario andino, de los procesos de armonización y unificación que desarrolla el derecho de forma general.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado en general, entiéndase por **normas armonizadoras** a aquellas normas indirectas que permiten a los Estados mantener su diversidad legislativa pero adoptando un mismo criterio para entregar la competencia a un determinado ordenamiento jurídico, por ejemplo, el Art. 146 del Código Sánchez de Bustamante expresa lo siguiente: “*La capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador*”¹⁰⁶, nótese que la norma en referencia no nos expresa las condiciones que deben reunirse para que una persona sea considerada capaz, lo que nos manifiesta es que la capacidad de esta persona se regirá por su ley personal, de esta manera la armonización ha permitido que los países signatarios del tratado (Código Sánchez de Bustamante), manejen un mismo criterio para atribuir la competencia legislativa, siendo que, para todos los países signatarios la capacidad de la persona se regirá por su ley personal.

¹⁰⁴ Silveira Mariana C., “Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable”, en: <<http://app.vlex.com/#/vid/repercusiones-latina-armonizar-aplicable-123973>>, fecha de consulta: 20/03/2014

¹⁰⁵ Rodolfo Dávalos Fernández, “Derecho internacional privado, parte general”, (La Habana: Editorial Félix Varela, 2006): 51-61

¹⁰⁶ Código De Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, ratificado por el Ecuador y publicado en el Registro Oficial Suplemento 153, de fecha 25 de Noviembre de 2005.

Por otro lado, *las normas uniformes* son normas directas o materiales que traen la solución al caso de forma directa sin la necesidad de remitirnos a un ordenamiento jurídico en particular, así por ejemplo el Art. 11 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías expone: “*El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos*”¹⁰⁷, nótese que la redacción de este artículo no remite a un ordenamiento jurídico en particular o distinto para atribuir la competencia legislativa, sino que por el contrario el mismo texto de la norma nos dice de forma directa y en lo principal, que el contrato no tiene que celebrarse ni probarse por escrito.

La técnica legislativa que se adopte depende de la naturaleza misma de la materia, así por ejemplo “las reglas uniformas son deseables en ciertas materias del Derecho de obligaciones, la venta, la representación, los contratos de trabajo, los de banca y seguros, pero no en el derecho de familia, rebelde a la unificación como en el derecho sucesorio o el de los bienes”¹⁰⁸

Ahora bien, entendido el concepto de armonización y de unificación desde un sentido amplio (conceptos desarrollados por el derecho internacional privado) entraremos a analizar el marco jurídico creado con el organismo de integración conocido como la Comunidad Andina (CAN), entidad sucesora de lo que desde el 26 de mayo de 1969 conformaba el Grupo Andino, Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena, es un organismo regional de *integración y cooperación económico y social*, que actualmente se halla integrada por los Estados de Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia, además de contar con varios países asociados como son los Estados de Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y como país observador el Estado de España.

Esta Organización Internacional está conformada por Órganos e Instituciones articulados en lo que se conoce como Sistema Andino de Integración, (entre ellos tenemos; al Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, el Tribunal Andino de Justicia, el Parlamento Andino, entre otras.) De estas instituciones el Consejo Andino de

¹⁰⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>

¹⁰⁸ Stella Biocca, Sara Cárdenas, Victoria Basz, “Lecciones de derecho internacional privado, parte general”, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007): 43

Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, y la Secretaría General poseen competencias normativas, como lo veremos más adelante.

El sistema normativo de la CAN, está integrado por normas superiores o primarias como la que contiene la Constitución Comunitaria, y normas derivadas o secundarias que emanan de los órganos comunitarios y que gozan de aplicación directa e inmediata,¹⁰⁹ esta categorización (normas primarias y derivadas) la encontramos en el artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que textualmente nos dice:

Artículo 2.- Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.¹¹⁰

Según lo dispone la normativa comunitaria los órganos con competencia normativa son, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, de estos órganos, los dos primeros, tienen competencia para expedir *Decisiones*, mientras que la Secretaría General se pronuncia por medio de *Resoluciones*, estas normas derivadas (*Decisiones* y *Resoluciones*) se convierten en normas de inmediata y directa aplicación en el ordenamiento jurídico nacional de los Estados parte, derogando la normativa interna que se le oponga o supliendo los vacíos normativos internos nacionales.

Los procesos de integración comunitarios contienen aspectos que le otorgan un carácter especial, por ello las normas jurídicas que de estos procesos se derivan han alcanzado a

¹⁰⁹ Luis Carlos Plata López y Donna Yepes Ceballos, “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”. Revista de Derecho N° 31, Colombia, (2009): 219. En <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/31/8_NATURALEZA%20JURIDICA%20DE%20LAS%20N.pdf>(fecha de consulta: 5/11/2013)

¹¹⁰ Decisión 500 Gaceta Oficial Año XVII - Número 680. Lima, 28 de junio del 2001. Publicado en el Registro Oficial No. 384 de 6 de Agosto del 2001.

nivel doctrinario autonomía frente al derecho internacional público y privado en general, desallorando lo que se conoce como Derecho Comunitario o de la Integración.

En este sentido, la normativa comunitaria andina ha venido trabajando sobre normas secundarias que pueden ser clasificadas, según su alcance, en normas armonizadoras o unificadoras¹¹¹, entendiéndose por las primeras, a aquellas normas expedidas por el organismo supranacional que no ingresan al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros a normar directamente, sino que deben atravesar un proceso legislativo al interno de cada uno de estos, la normativa comunitaria armonizadora impone ciertos lineamientos básicos que la norma interna debe acoger otorgándole además un plazo para tal efecto, caso contrario, es decir a falta de tratamiento legislativo interno, la normativa comunitaria ingresa a regir en el ordenamiento jurídico nacional de forma automática.

Por otro lado, las normas unificadoras son aquellas expedidas por el organismo supranacional cuyo texto normativo contiene disposiciones de fondo y que regulan la materia de manera inmediata, sin que exista la necesidad de un tratamiento legislativo al interno por parte de los Estados implicados.¹¹²

Esta clasificación la encontramos en el artículo segundo y tercero del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que reza como sigue:

“Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.”

¹¹¹ Aquí realizamos un pequeño paréntesis, y recordamos lo expresado en párrafos anteriores cuando analizábamos la clasificación que el derecho internacional privado en su carácter doctrinario efectúa sobre sus normas, dijimos que tal clasificación las identifica como normas armonizadoras y normas unificadoras, las normas armonizadoras dijimos, son normas indirectas que atribuyen la competencia legislativa a un ordenamiento jurídico en particular para encontrar la solución de fondo, mientras que las normas unificadoras son normas directas que contienen la solución al fondo del caso.

¹¹² Esta clasificación ha sido extraída de la obra de Montaña Galarza, César: “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Armonización Legislativa: el Caso del Impuesto al Valor Agregado”: 27-29 En: José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores. *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*. Serie, Memorias y Debates, Quito (2012)

Ahora bien, a fin de determinar las materias que podrían tratarse por vía de armonización o de unificación, es necesario revisar la normativa pertinente, en tal sentido tenemos lo siguiente;

La base normativa para la “Armonización” sería la siguiente:

Art. 3, literal b) del Acuerdo de Cartagena que indica lo siguiente:

“**Art. 3.-** Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes”

Además de la precitada norma tenemos todo el Capítulo IV del mismo Acuerdo, traemos al análisis la parte pertinente;

“Art. 54.- Los países miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas.

Este proceso se cumplirá paralela y coordinadamente con el de formación del mercado subregional mediante los siguientes mecanismos, entre otros:

....

e) La armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, incluyendo el tratamiento a los capitales de la Subregión o de fuera de ella;

g) La armonización de métodos y técnicas de planificación”

Por último el artículo 58 *ibidem* que establece:

Art. 58.- La Comisión, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración subregional, así como el cumplimiento equilibrado de los mecanismos del Acuerdo, aprobará normas y definirá plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los Países Miembros que incidan sobre los mecanismos previstos en el presente Acuerdo para la formación del mercado subregional.

Respecto a los regímenes comunes tomaríamos como referencia el Art. 55 del Acuerdo que señala: “La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías”. Asimismo, el Art. 56 prevé que: “La Comunidad Andina contará con un régimen uniforme al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas.” Por último el artículo 54 antes referido, en su literal f contempla como un mecanismo que permita la formación de un mercado subregional, el de: establecer “Una política comercial común frente a terceros países”

Al margen de estos artículos puntuales, a lo largo del Acuerdo de Cartagena existen varias normas dispersas que establecen la necesidad de armonizar las políticas estatales en diversos sectores.

¿ARMONIZACIÓN O UNIFICACIÓN LEGISLATIVA?

Con estos antecedentes corresponde ahora analizar si la temática que esta tesis se propone podría tratarse por la vía de la armonización o la unificación legislativa en el marco normativo de la CAN.

Luego del análisis efectuado a la normativa comunitaria primaria de la CAN, vemos como el Acuerdo de Cartagena determina expresamente las materias que podrán tratarse por vía de armonización o de unificación legislativa, la unificación ha sido reservada para materias como: tratamiento a los capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías, empresas multinacionales andinas y política comercial frente a terceros países.

Sin embargo de lo anterior, varias materias han sido tratadas por el camino de la unificación legislativa, pese a no estar detalladas expresamente en el listado, este tratamiento ha obedecido generalmente a mandatos conferidos por convenios internacionales que así lo han previsto, para muestra de ello mencionamos las siguientes normativas comunitarias, la Decisión 460 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre Protección y recuperación de bienes culturales del patrimonio arqueológico, histórico, etnológico, paleontológico, y artístico de la Comunidad Andina, que tiene como fin el de *promover políticas y normas comunes* para la identificación, registro, protección, conservación, vigilancia y restitución de los bienes que integran el patrimonio cultural de los países de la Comunidad Andina, nace en atención al Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica y Cultural de los países de la Región Andina y otros. Otro ejemplo lo tenemos con la Decisión 391 que establece un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, tal normativa es expedida en atención a la Tercera Disposición Transitoria de la Decisión 345 de la Comisión cuyo texto expresa lo siguiente: *“Los Países Miembros aprobarán, antes del 31 de diciembre de 1994, un Régimen Común sobre acceso a los recursos biogénéticos y garantía a la bioseguridad de la Subregión, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro el 05 de junio de 1992.”*

Finalmente, la Decisión 458 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores contiene los lineamientos de la Política Exterior Común, que establece las siguientes áreas de acción: **1. Área Política** (Unidad Regional, Relaciones extraregionales, Democracia y derechos humanos, Fortalecimiento del multilateralismo, Seguridad y

fomento de la confianza, Desarrollo sostenible, Drogas, Corrupción, Terrorismo, Tráfico ilícito de armas) **2. Área económica** (Integración regional, Promoción del libre comercio, Acceso preferencial, Cooperación internacional, Promoción comercial y de las inversiones, Comercio de bienes y servicios, Inversión extranjera, Financiamiento internacional, Propiedad Intelectual, Agricultura, Energía, Transportes) **3. Área socio-cultural** (Identidad andina, Desarrollo social, Patrimonio cultural).

Como sabemos la política exterior es una materia que puede tratarse por vía de unificación legislativa de allí que los tópicos arriba señalados bien podrían también tratarse por esta vía, como en efecto ha sucedido con El Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos (Decisión 505).

Sobre el camino de la armonización, el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece los objetivos de la organización comunitaria entre los que se establece el de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano, luego en el artículo 3 establece como un mecanismo para arribar a estos fines la necesidad de armonizar gradualmente políticas económicas y sociales y aproximar las legislaciones nacionales en las materias pertinentes.

Luego el artículo 58 de la misma normativa confería a la Comisión la potestad de aprobar normas y definir los plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los países miembros, que incidan sobre los mecanismos previstos en el Acuerdo para la formación del mercado subregional.

En conclusión, en la medida que nuestro objeto de investigación no se encuentra expresamente establecido entre las materias que pueden tratarse por vía de la unificación legislativa, además de que no se trata de una materia urgente que no pueda plantearse al interno de cada estado miembro, y por cuanto la armonización busca aproximar las legislaciones nacionales en pos de fomentar el comercio exterior y la formación de un mercado subregional andino, consideramos que la armonización es la técnica legislativa más apropiada para establecer el momento en que un contrato celebrado entre ausentes debe considerarse perfeccionado.

De tal suerte, la legislación armónica comunitaria bien podría establecer un plazo para que las legislaciones de los países miembros de la CAN adopten en sus normativas internas el criterio de la recepción para determinar el momento en que un contrato celebrado entre ausentes (aplicable a la contratación off line telemática) se considere perfecto, incorporándose además la herramienta del acuse de recibo como un mecanismo que permita presumir la recepción de la comunicación.

ESTADÍSTICAS SOBRE EL TRÁFICO COMERCIAL INTRACOMUNITARIO

Previo a concluir este capítulo revisemos algunas estadísticas sobre el tráfico comercial intracomunitario, elaboradas por la Secretaría General de la Comunidad Andina:

EXPORTACIONES INTRA COMUNITARIAS 2012

(Millones de dólares)

PAIS EXPORTADOR	PAIS DE DESTINO				INTRA COMUNITARIAS
	BOLIVIA	COLOMBIA	ECUADOR	PERU	
BOLIVIA		414	184	596	1194
COLOMBIA	125		2033	1582	3741
ECUADOR	22	1055		1989	3066
PERU	555	896	897		2348
TOTAL INTRACOMUNITARIO					10349

Fuente: Sistema Integrado de Comercio Exterior, SICEXT. Decisión 511.

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina. Programa de Estadística

El tráfico comercial *intracomunitario* se ha incrementado exponencialmente en los 45 años de vida de la Comunidad Andina en cerca de 196 veces lo que era en un inicio, a diferencia de lo que ocurre con el tráfico comercial *extracomunitario* que ha tenido un crecimiento menos acelerado, pues ha crecido un aproximado de 73 veces lo que era en un inicio,¹¹³ a pesar de que no disponemos de estadísticas que demuestren el monto en que tales transacciones fueron concluidas por medio electrónicos, si contamos con cifras

¹¹³ Las referencias estadísticas fueron tomadas del documento estadístico elaborado por la Secretaría General de la Comunidad Andina signado con el número SG/de 582/Rev.1 de 6 de marzo de 2013 E.3.1, bajo el título Comercio Exterior en la Comunidad Andina 2012, disponible en: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11660.pdf>> fecha de consulta: 10/04/2014

que miden el porcentaje de la población que utilizó internet para la compra o venta de productos, así, para el año 2011, en Colombia el 5,7 por ciento de las personas usaron el internet para comprar u ordenar productos o servicios, en Ecuador lo fue del 4,3 por ciento de la población, mientras que en el Perú un 3,6 por ciento de la población. Bolivia no cuenta con información que refleje las actividades para las que se utilizó el internet.¹¹⁴

3.2.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LAS LEGISLACIONES ANALIZADAS

3.2.1.- Contratos celebrados desde una página web comercial.-

El código de comercio ecuatoriano, establece en su artículo Art. 148, que las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace, la legislación boliviana establece algo similar, en su código de comercio artículo 827, donde expresa que la oferta al público de mercaderías mediante catálogos, circulares u otra forma de publicidad, obliga al comerciante a cumplir lo expresamente indicado en ellos, y que la exposición pública de mercaderías en escaparates, mostradores u otros medios en las dependencias del negocio, con indicación del precio, obliga a su venta, en tanto estén expuestas al público, en las condiciones allí señaladas.

Por otro lado, veíamos como la legislación colombiana establecía respecto a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, que; las ofertas dirigidas a personas indeterminadas contenidas en catálogos, circulares o similares no son obligatorias salvo que el proponente quiera darles tal carácter, mientras que las ofertas dirigidas a personas no determinadas pero contenidas en mostradores o vitrinas que contengan la indicación del precio y la mercadería son obligatorias para el que las hace mientras estén exhibidas.

Por último el código de comercio peruano no contiene disposición semejante a las analizadas al respecto, sin embargo, su código civil establece, por una parte en el artículo 1388 que la oferta dirigida al público es una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente, y que si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal, por otro lado tenemos el Art. 1959 en el que se establece

¹¹⁴ Tomado de: Estadísticas de tecnologías de información y comunicación (tic) en los hogares de la comunidad andina 2011, SG/de 58 1 de marzo de 2013. E.3.1, en <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/2181_8.pdf> fecha de consulta:10/04/2014

que quien mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública, sin pretender entrar a emitir opiniones críticas sobre la normativa peruana, consideramos que para el caso en específico deberá considerarse la norma contenida en el artículo 1388 por su condición de especificidad (específicamente creada para establecer las reglas que rigen la contratación entre ausentes), mientras que la norma del artículo 1959 reviste a nuestra opinión un carácter más general.

La Convención de Viena sobre Compra venta internacional de Mercaderías (CISG) en su artículo 14 apartado primero indica que “la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa...”, es decir una propuesta para ser considerada oferta en los términos de la Convención, debe dirigirse a persona determinada. Por el contrario, según lo establece la misma convención en su artículo 14 numeral segundo “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas...” es decir cuando la propuesta no va dirigida a persona determinada, no podrá ser considerada una oferta, mientras que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, establece en su Art. 11 de forma similar a la CISG, que, “Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.” Es decir, una propuesta dirigida por medio de comunicaciones electrónicas a partes no determinadas se la considerará una invitación a hacer ofertas, excepto si la intención del proponente denota claramente su interés de obligarse con la propuesta.

OBLIGATORIEDAD DE LA PROPUESTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS	COLOMBIA	BOLIVIA	PERÚ	ECUADOR	CISG	CUECIC
OBLIGATORIO	Si la mercadería y el	Obligatorias para	Quien mediante	Obligatorias		

	precio están expuestos en vitrinas o mostradores obligatorias mientras se encuentren en exhibición	quien las propone	anuncio público promete unilateralmente una prestación queda obligado por su promesa	para quien las propone		
NO OBLIGATORIO	Catálogos o circulares, no serán obligatorias, (excepto si el proponente quiere dotarles de tal carácter)		no serán obligatorias salvo que el proponente disponga lo contrario.		Considerada como una simple invitación a hacer ofertas	Considerada a invitación a presentar ofertas

Cuadro de elaboración personal

3.2.2.- Contratos perfeccionados por medio de videoconferencia.-

Colombia, establece en el artículo 850 de su código de comercio, lo siguiente: *“La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”*, podríamos decir que a las propuestas que son realizadas por videoconferencia le es aplicable esta normativa, y que por ello las mismas deberán ser aceptadas o rechazadas de forma inmediata.

Bolivia, establece en su código de comercio, artículo 816 párrafo tercero que; el contrato *“celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente”*, no existe una disposición expresa que determine la obligación de aceptar inmediatamente en el caso de existir una propuesta de estas características, es decir realizada entre presentes.

Perú, la legislación peruana no ofrece artículos específicos al respecto, únicamente en el artículo 1373 del código civil peruano, se expresa que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, luego en el artículo 1375 del mismo texto legal, se indica que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

Ecuador, la legislación ecuatoriana establece en su código de comercio artículo 141 que *“para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre”*, tal articulado se hace extensivo a las contrataciones desarrolladas a través de una videoconferencia, donde entendemos la

comunicación se desarrollará de manera verbal, por ende la oferta manifestada de esta forma deberá ser aceptada o rechazada de forma inmediata.

La **CISG**, establece en su artículo 18 numeral segundo que la aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte cosa diferente.

3.2.3.- Contratos concluidos mediante correo electrónico, que pueden ir acompañados o no de firma digital

Colombia, para la contratación entre ausentes, plenamente aplicable al caso de la contratación por medio de correo electrónico, en los términos del código de comercio colombiano art. 864, se establece como momento de formación o perfección del contrato, a falta de estipulación en contrario, aquel en que el proponente recibe la aceptación de su propuesta, se entiende de forma general que el mensaje de datos ha sido recibido una vez ingresa en el sistema de información designado por el destinatario. El legislador ha optado entonces por la teoría de la recepción para establecer el momento de perfeccionamiento de un contrato celebrado entre ausentes. Sin embargo, ofrece también una salvaguarda legal para el aceptante, en la medida que establece la presunción de recepción cuando el aceptante pruebe la remisión de su aceptación, en este caso, la norma emplea la teoría de la expedición (a favor del destinatario de la oferta).

Bolivia, adopta para sus relaciones civiles la teoría del conocimiento (Art. 455 C.C. el contrato se forma desde el momento en que el oferente conoce la aceptación), por otro lado el código de comercio (Art. 815) emplea la teoría de la recepción para la contratación entre ausentes (los contratos que se celebren por correspondencia se perfeccionan desde el momento en que el proponente recibe aceptación de su ofrecimiento), luego, por efectos del principio de equivalencia funcional las disposiciones mencionadas pueden ser aplicadas a los contratos celebrados por correo electrónico.

Perú, el código civil peruano establece en el artículo 1373 por un lado el momento en que se perfecciona un contrato que se celebra entre presentes, adoptando para ello la teoría del conocimiento; mientras que, el artículo 1374 determina el momento en que se perfecciona un contrato que es celebrado entre ausentes, y adopta para ello la teoría de

la recepción, matizada con la teoría del conocimiento (la oferta, su revocación, la aceptación, y cualquier otra declaración contractual se consideran conocidas en el momento que llega a la dirección del destinatario), basta con que la oferta o su aceptación llegue a la dirección del destinatario, (recepción) para que además se las considere conocidas, aquí debemos señalar como una innovación legislativa la incorporación del acuse de recibo como un mecanismo que permite presumir la recepción de la aceptación. Por otro lado, el código de comercio peruano establece en su artículo 54, bajo el título “Contratos entre ausentes” que, los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde el momento en que se contesta aceptando la propuesta, podríamos inferir, que el código de comercio emplea la teoría de la expedición.

En conclusión, Perú adopta dos sistemas en su normativa, en el código civil y gracias a las últimas reformas legislativas, se adopta la teoría de la recepción (matizada por la teoría del conocimiento) para establecer el momento en que se considera perfeccionado un contrato celebrado entre ausentes, sin embargo en su código de comercio se mantiene vigente la teoría de la expedición.

Ecuador, el código de comercio ecuatoriano establece en su artículo 145 que: “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”, no existe en la ley una distinción expresa para el caso de contrataciones desarrolladas entre ausentes o presentes. Sin embargo la norma establece el momento oportuno para aceptar una oferta, lo hace por medio del artículo 141, en el que manifiesta que “para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre” y 142 que expresa: “La propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si las partes residieren en la misma plaza...”.

La normativa civil tampoco contiene normas que expresamente determinen el momento de perfeccionamiento de un contrato celebrado entre ausentes o presentes.

Sin embargo la ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, establece por medio de su artículo 46 que: “el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se

tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes”, pero “La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.”

En conclusión, la normativa ecuatoriana en análisis parecería aplicar, en los términos del código de comercio, la teoría de la expedición, esto se infiere de las palabras “*dada la contestación*”, mientras la ley de comercio electrónico al referirse expresamente a los contratos que se celebran por medios electrónicos, dispone que ni recepción, ni confirmación de recepción, ni aún la apertura del mensaje de datos implica aceptación del contrato electrónico salvo que las partes dispongan lo contrario.

Momento de perfección del contrato. TEORÍAS	COLOMBIA	BOLIVIA	PERÚ	ECUADOR	CISG	CUECIC
Declaración				El código de comercio ecuatoriano indica que el contrato se perfecciona con la aceptación pura y simple de la oferta, no hace una diferenciación clara de contratos entre ausentes y presentes		No establece el momento en que se considerará perfeccionado un contrato celebrado por medios electrónicos.
Expedición			El código de comercio peruano al referirse a los contratos entre ausentes adopta la teoría de la expedición			
Recepción	En los términos del código de comercio colombiano se adopta la teoría de la recepción como momento de perfección del contrato, con ciertos matices	El código de comercio boliviano adopta la teoría de la recepción, para aquellos contratos que se celebren por correspondencia.	Para el código civil peruano el contrato entre ausentes se considerará perfeccionado una vez la aceptación llegue al sistema de información del destinatario, se presume conocida la comunicación que llega al destinatario	La ley de comercio electrónico, plantea que ni la recepción, ni la confirmación de la recepción ni la apertura del mensaje de datos implican aceptación.	La aceptación de la oferta, que marca el momento en que se perfecciona un contrato, surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente.	
Conocimiento		En los términos del código civil boliviano el contrato se considera perfecto				

		el momento en que el destinatario conoce de la aceptación.				
--	--	--	--	--	--	--

Cuadro de elaboración personal

En este punto cabe respondernos una pregunta que nos habíamos formulado con anterioridad, ¿Qué sucede si un contrato se perfecciona por medio de un correo electrónico enviado entre dos ciudadanos domiciliado uno en Sídney Australia y otro en Quito Ecuador?, si en Quito son las 9h00 am del día miércoles 26 de marzo del 2014 (proponente), en Sídney serían la 1h00 am del día jueves 27 de marzo del 2014 (aceptante), ¿a qué hora se consideraría perfecto el contrato cuya aceptación llega al proponente a las 9h00 del día miércoles 26 de marzo del 2014?, en atención a que tanto Ecuador y Australia son Estados parte de la CISG, y la CISG adopta como criterio para fijar el momento en que se perfecciona un contrato, aquel en que el proponente recibe la aceptación, podríamos colegir entonces que el contrato se considerará perfecto a las 9h00 del día miércoles 26 de marzo del 2014, no obstante el juez que conozca la causa, deberá tener en consideración la diferencia en los husos horarios que separa a los contratantes y actuar en atención a ello.

Sin embargo, si bien esta convención nos otorga un criterio unificador que nos ha permitido establecer el momento en que el contrato se considerara perfeccionado, subsiste la duda sobre si esta disposición se hace extensiva o no a los contratos celebrados por medios electrónicos, la CISG por medio de su artículo 13 hizo extensible la expresión “por escrito” a los comunicados que expresamente se desarrollen por medio de telegrama y télex, nada dijo respecto a otras tecnologías como en el caso que nos ocupa donde la comunicación se desarrolla de forma telemática, por efecto del Principio de Equivalencia Funcional y el de inmutabilidad del derecho de las obligaciones y los contratos (referidos anteriormente) podríamos concluir que sí.

Planteamiento que nos hace visible la necesidad de que el mundo adopte la CUECIC, Convención que en esencia, refuerza por medio de la aplicación del principio de equivalencia funcional el uso de comunicaciones electrónicas en las contrataciones internacionales, dotándolas de pleno valor y eficacia jurídica.

CONCLUSIONES:

Luego del análisis doctrinal y normativo efectuado podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1) El análisis normativo comparado de las cuatro legislaciones de los países miembros de las CAN nos demuestra que cada una de estas legislaciones adopta criterios diferentes para establecer el momento en que el contrato celebrado entre ausentes se considera perfeccionado, estos criterios incluso varían al interno de las legislaciones de los países implicados, de tal suerte que incluso entre legislación civil y mercantil encontramos la aplicación de diferentes teorías.

2) Vista la disparidad normativa, bien podría la Comunidad Andina como organismo de integración, proponer la creación de una norma que utilice la técnica legislativa de la armonización por las siguientes razones: a) el objeto de nuestra investigación (momento en que se perfecciona un contrato celebrado por medios telemáticos) no se encuentra expresamente establecido entre las materias que el Acuerdo de Cartagena determina deba tratarse por vía de la unificación legislativa. b) notamos que regular el momento en que se entiende perfeccionado un contrato que se celebra por medios telemáticos no constituye una materia urgente que no pueda plantearse al interno de cada estado miembro, c) por último consideramos que la armonización como lo ha previsto la normativa andina es la técnica legislativa destinada a aproximar las legislaciones nacionales en pos de fomentar el comercio exterior y la formación de un mercado subregional andino, por estas razones, la legislación armónica comunitaria que proponemos, bien podría establecer un plazo para que las legislaciones de los países miembros de la CAN adopten en sus normativas internas el criterio de la recepción para determinar el momento en que un contrato celebrado entre ausentes (aplicable a la contratación off line telemática) se considere perfeccionado, incorporándose además en las respectivas legislaciones, la herramienta del acuse de recibo como un mecanismo que permita presumir la recepción de la comunicación.

3) El tráfico comercial *intracomunitario* se ha incrementado exponencialmente en los 45 años de vida de la Comunidad Andina en cerca de 196 veces lo que era en un inicio, a diferencia de lo que ocurre con el tráfico comercial *extracomunitario* que ha tenido un crecimiento menos acelerado, pues ha crecido un aproximado de 73 veces lo que era en un inicio.

4) El criterio de ausentes o presentes debe atender al período comunicacional en el que interactúan los contratantes prescindiendo de la distancia física que los separa, de tal suerte que un contrato celebrado entre presentes lo será cuando las partes interactúan de forma instantánea a pesar de que las mismas puedan estar situadas a kilómetros de distancia; por otra parte será un contrato entre ausentes cuando la interacción entre los contratantes se realice de manera no instantánea, a pesar de que las partes puedan encontrarse incluso en el mismo lugar.

5) Para el caso de los contratos celebrados entre presentes, aplicable a la contratación por medio de videoconferencia, la oferta deberá ser aceptada o rechazada al acto de oírse, caso contrario no causará obligatoriedad. Los contratos que se celebren por medio de portales web deben ser considerados como parte de una relación entre ausentes, los portales web como tal no constituyen ofertas sino una invitación a ofertar.

6) Para el caso de los contratos que se celebren entre ausentes, como el caso de la contratación telemática off line, consideramos que la teoría que debería prevalecer es la teoría de la recepción, matizada por la presunción de tal recepción mediante el acuse de recibo, de tal suerte que el contrato entre ausentes debería considerarse perfeccionado el momento en que el oferente recibe la aceptación de su oferta, el acuse de recibo permitirá al aceptante presumir que su aceptación ha sido recibida y que el destinatario conoce de la misma.

7) Nos inclinamos por apoyar la teoría de la recepción, por cuanto consideramos por medio de esta, se precautela de manera más equitativa los derechos tanto del oferente como del aceptante, del oferente en la medida que se impide condenarlo a un estado indefinido de duda acerca de conocer si se produjo o no la aceptación de su oferta (teoría del conocimiento), luego, si bien la teoría de la expedición contiene sólidos argumentos que justificaron su aplicabilidad en el pasado, la realidad tecnológica actual nos ofrece una serie de ventajas, como el acuse de recibo para las comunicaciones telemáticas, que nos permiten subsanar los temores que la teoría de la expedición en determinado momento subsano.

BIBLIOGRAFIA

González, Javier Carrascosa, *Globalización y derecho internacional privado en el siglo xx*. Anales de derecho, Universidad de Murcia, No. 22 (2004), 19, en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/11373/1/AD22%202004%20p%201758.pdf>

Caffera, Gerardo, *Formación del contrato electrónico*. En Siegbert Rippe comp. *Comercio electrónico análisis jurídico multidisciplinario*. Uruguay: Editorial B de F (2003).

Scotti, Luciana. *Contratos electrónicos: un estudio desde el derecho internacional privado argentino*. Argentina: Eudeba, (2012).

Menéndez Mato Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. España: J.M. Bosch editor(2005)

De Lucca Newton. *Contratación informática y telemática*. Temis. Colombia (2012).

Ángel Fernández-Albor Baltar, *Aspectos fundamentales de la contratación electrónica*. En *Comercio electrónico en Internet*. Madrid: Editorial Marcial Pons (2001).

Pinochet Olave Ruperto, *Aspectos Especiales en la formación del Contrato Electrónico*, en Iñigo de la Maza G. Editor. *Cuadernos de análisis Jurídicos Colección Derecho Privado III*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. s.f.

Vásquez Carlos Gómez, *Teoría del contrato*. Colombia: Universidad de Medellín (2010)

Betti Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*.2001. En Carlos Gómez Vásquez, "Teoría del contrato". Colombia: Universidad de Medellín. 2010.

Contreras, Raquel Sandra. *Breve reseña de la teoría del acto jurídico y el impacto de la teoría de la inexistencia y nulidades según Bonnacase* en: <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/breverese%20C3%B1adelateoriadelactojuridico.pdf>.

Peña, Peña Rogelio Enrique. *Teoría general del derecho*. Colombia: Ecoe Ediciones (2011)

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Heliasta. (2008)

Ospina Fernández Guillermo, Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*. Colombia: Editorial Temis. (1994)

Monroy, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*.Colombia: Temis (2006)

Guarinoni, Ricardo Victor. *De lo que no hay, la inexistencia jurídica*. Doxa. 25 (2002), en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_21.pdf

Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta (2003)

Alessandri Rodríguez Arturo. *De los Contratos*. Chile: Editorial jurídica de Chile. s.f.

Parrado, Diana Amazo. *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?*. Colombia: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos (2009)

Lafaille, Héctor. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, La Ley. (2009)

Torres Torres, Ana Yasmin. Aplicación del principio de equivalencia funcional en la legislación colombiana. *Revista: Contratación Electrónica*, No. 106 (2009). En:<http://app.vlex.com/#/vid/principio-equivalencia-funcional-colombiana-73993915>

Guerra, Vladimir Aguilar. *El Negocio Jurídico*. Colección de Monografías Hispalense. 5ª. Edición. Guatemala (2006). En:<http://es.scribd.com/doc/52643630/11/De-la-teoria-de-la-voluntad-a-la-teoria-de-la-declaracion>

Betti, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado*. Madrid (1968)

Galindo Garfías Ignacio. *La interpretación del contrato*. Revista de Derecho Privado. Número 11 (1993) en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/11/dtr/dtr2.pdf>

Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho civil, aproximación al derecho, derecho de personas*. 2da. Edición. Colombia: Editorial Universidad del Rosario (2010)

Fernández Fernández, Rodolfo. *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*. España: J.M. Bosch editor. (2013)

Viscasillas, María del Pilar. *Formación del contrato electrónico*. En Javier Cremades, Miguel Fernández Ordoñez y Rafael Illescas coord. *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: La Ley Actualidad (2002)

Reyes Villamizar, Francisco. *Comercio Electrónico en Colombia*. En Lorenzetti, Ricardo Luis director. *Comercio Electrónico*. Lima. Temis. (2003).

Viscasillas, Ma. Del Pilar. *Formación del contrato*, en Gema Botana García Coord., *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley Madrid. (2001)

Castillo Freyre, Mario y Pierre Martín Horn. *Tratado de la teoría general de los contratos: la plena vigencia del código civil en la contratación contemporánea*. Tomo I. Perú (2006)

Lorenzetti, Ricardo. *Comercio electrónico: documento, firma digital, contratos, daños, defensa del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. (2001)

Salgueiro, José Ovidio. *Contratación electrónica*, en: Jesús María Casal, Mariana Zerpa Morloy, coordinadores. *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso*. 1era edición. Caracas: Editorial Texto (2006)

Rincón Cárdenas Erick. *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet*. Bogotá: Centro Editorial Rosarista (2006)

LaLaguna Domínguez Enrique. *Sobre la perfección de los contratos y el código civil*. España: Universidad de Murcia. (1989)

Polanco López Hugo Armando. *Formación del consentimiento en la contratación electrónica*. Colombia: Grupo Editorial Ibañez (2010)

Menéndez Mato, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. España: J.M. Bosch Editor (2005)

Martin Samson. "Click-wrap Agreement Held Enforceable". en: http://www.internetlibrary.com/publications/cwahe_art.cfm

Brandt Gratero, Leopoldo. *Páginas Web. Condiciones y Términos Legales*. Caracas: Legis Editores. (2001)

Vattier Fuenzalida, Carlos. *Sobre la formación del contrato en el anteproyecto de ley de comercio electrónico*. en Lorenzetti, Ricardo Luis, dir.. *Comercio electrónico*. Lima: Temis (2003)

Mariano Novelli. "El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado". en: http://www.uai.edu.ar/Investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20perfeccionamiento%20de%20los%20contratos%20celebrados%20por%20medios%20electr%C3%B3nicos%20en%20el%20derecho%20argentino.pdf

Muñiz Ziches Jorge. *El E-commerce en la legislación peruana*. En Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. *Comercio electrónico*. Lima: Temis (2003)

Oviedo Albán Jorge. *Convención De Las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales*. Revista Colombiana de Derecho Internacional. Colombia N° 7: 11-59, enero-mayo de 2006. En: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Oviedo1correg._001.pdf

Garro Alejandro M. y Alberto L. Zuppi. *La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. 1997 en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html>

Del toro Huerta, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Revista anuario mexicano de derecho internacional. México (2006) En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechointernacional/6/art/art12.pdf>

José Luis Siqueiros. “La codificación del derecho internacional privado en el continente americano”. *Jurídica-Anuario*. No 14. México (1982). En:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr21.pdf>

Plata López Luis Carlos y Donna Yepes Ceballos. *Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas*. *Revista de Derecho* N° 31. Colombia, (2009). En: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/31/8_NATURALEZA%20JURIDICA%20DE%20LAS%20N.pdf

Montaño Galarza César. *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de Armonización Legislativa: el Caso del Impuesto al Valor Agregado*. En: José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón Editores. IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur. Quito (2012). En: <file:///C:/Users/davidarroba/Downloads/1vencuentro.pdf>

Dávalos Fernández Rodolfo. *Derecho internacional privado, parte general*. La Habana: Editorial Félix Varela (2006)

Stella Biocca, Sara Cárdenas, Victoria Basz. *Lecciones de derecho internacional privado, parte general*. Buenos Aires: Editorial Universidad.(2007)

Hernández Martínez William David. *La formación del contrato electrónico en el marco de la Comunidad Andina*. en:<http://www.redalyc.org/pdf/1002/100228405001.pdf>.

Dreyzin de Klor Adriana. *Derecho aplicable al comercio electrónico*. En: [file:///C:/Users/davidarroba/Downloads/15195-46811-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/davidarroba/Downloads/15195-46811-1-PB%20(1).pdf)

Cárdenas Manuel José. E-comercio andino. Junio del 2000 en: <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm>

Silveira Mariana C. *Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable*. en: <http://app.vlex.com/#/vid/repercusiones-latina-armonizar-aplicable-123973>

Barceló Rosa Julia. *Contratos electrónicos B2B, Creación de un marco jurídico <a la carta>*. en Javier Cremades, Miguel Fernández Ordoñez y Rafael Illescas coords. Régimen Jurídico de Internet. Madrid: La Ley Actualidad (2002)

Carrasco Blanc Humberto Rolando. *Contratación electrónica y contratos informáticos*. Santiago de Chile: Editorial La Ley (2000)

Moreno Morejón Fernando, *El Perfeccionamiento de los Contratos*. En:http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/717_DOC_DR.%20nando%20moreno.pdf

Camacho Clavijo Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid: Editorial Reus (2005)

Forno Florez, Hugo. La oferta al público: razones para una discrepancia. En:http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art60.PDF

Soto Coaguila Carlos Alberto. *El Comercio electrónico en el Derecho peruano*. En Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. *Comercio electrónico*. Lima: Temis (2003)

Vieira Manuel, *El derecho internacional privado frente al proceso de integración latinoamericano*.

En:http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/012-Estudios_03.pdf

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. (1999)

Ortega Diaz, Juan Francisco. *Contratación, notarios y firma electrónica*. Colombia: Temis. (2010)

Stone, Richard y Devenney James. *Text, cases and material on contract law*. Routledge (2014)

Tesis doctoral realizada por Durany Pich, Salvador. *La formación del contrato*. Universitat Pompeu Fabra (1993)

FUENTES NORMATIVAS

Perú, Código Civil, Decreto Legislativo No. 295

Colombia, Código de comercio, decreto 410 de 1971

Bolivia, Código de comercio boliviano, decreto ley n° 14379

Ecuador, Código de Comercio ecuatoriano, Registro Oficial S. 1202 de 20 de agosto de 1960

UNCITRAL, Convención de Viena sobre Compra venta internacional de Mercaderías, Registro Oficial del Ecuador No. 822 de 28 de Noviembre de 1991, su adhesión se produjo mediante Decreto Ejecutivo No. 2906-A, publicado en Registro Oficial 837 de 20 de Diciembre de 1991 y su ratificación ocurrió el 27 de enero de 1992

Ley n° 164 de 8 de agosto de 2011

Ley N° 27291 o Ley que modifica el código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica

Ecuador, Ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Registro Oficial S. 557, de 17 de abril del 2002

Bolivia, código civil, Decreto Ley No 12760 de 06 agosto de 1975, publicado en la Gaceta N° 800 del 15 de Agosto de 1975

Colombiana, ley No. 527, ley de comercio electrónico, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico, firmas digitales, publicada en el Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999

UNCITRAL, Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

CIDIP, Código De Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, Codificación 1220, publicación: Registro Oficial Suplemento 153, fecha:25-nov-2005

Decisión 500 Gaceta Oficial Año XVII - Número 680. Lima, 28 de junio del 2001. Publicado en el Registro Oficial No. 384 de 6 de Agosto del 2001.

Decisión 460 Gaceta Oficial Año XV - Número 444 Lima, 1 de junio de 1999 sobre Protección y recuperación de bienes culturales del patrimonio arqueológico, histórico, etnológico, paleontológico, y artístico de la Comunidad Andina

Decisión 391 Gaceta Oficial Año XII - Número 213 Lima, 17 de julio de 1996 Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos

Decisión 345 Gaceta Oficial Año X - Número 142 Lima, 29 de octubre de 1993, Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

Decisión 505 Gaceta Oficial Año XVII - Número 680 Lima, 28 de junio del 2001 sobre Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos

Decisión 458 Gaceta Oficial Año XV - Número 444 Lima, 1 de junio de 1999 sobre Lineamientos de la Política Exterior Común