



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

***“La formación del consentimiento en los contratos
internacionales”***

Propuesta de reformas al Derecho chileno.

**Memoria para optar al Grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales.**

Jorge Antonio Schleyer Alt
Profesor Guía: Mario Ramírez Necochea

Santiago, Chile

2011

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO AUTÓNOMO CHILENO

Código Civil y Código de Comercio

1. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual.

2. Oferta.

2.1. Aspectos generales.

2.2. Concepto.

2.3. Requisitos de la oferta.

2.3.1. Contrato determinado.

2.3.2. Completa.

2.3.3. Persona determinada.

2.3.4. Seriedad.

2.3.5. Precio.

2.4. Efectividad de la oferta.

2.5. Eficacia de la oferta.

2.6. Extinción de la oferta.

2.6.1. Revocación de la oferta.

2.6.2. Caducidad de la oferta.

3. Aceptación.

3.1. Concepto.

3.2. Requisitos de la aceptación.

3.2.1. Oportunidad.

3.2.2. Aceptación pura y simple.

3.2.2.1. Aceptación condicional.

3.2.3. Manifestación de la aceptación.

3.2.3.1. Valor del silencio.

4. Formación del consentimiento.

4.1. Aspectos generales.

4.2. Momento en que se perfecciona el contrato.

4.3. Lugar de formación del consentimiento.

4.4. Prueba del contrato. Valor probatorio.

4.5. Contratos sujetos a condiciones generales.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO CONVENCIONAL Y LEX MERCATORIA

Convención de Viena sobre CIM de 1980 y Principios de UNIDROIT 2004 sobre Contratos Mercantiles Internacionales

1. Introducción a la Convención.

- 1.1. Antecedente histórico.
 - 1.2. Estructura.
 - 1.3. Ámbito de aplicación.
 - 1.4. Compraventas excluidas.
 - 1.5. Materias excluidas.
 - 1.6. Carácter dispositivo de la Convención de Viena.
 - 1.7. Disposiciones generales.
 - 1.8. Interpretación de la voluntad de las partes.
 - 1.9. Usos y prácticas del comercio internacional.
 - 1.10. Usos objetivamente aplicables.
2. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual.
3. La oferta.
 - 3.1. Concepto. Propuesta de contratar.
 - 3.2. Requisitos.
 - 3.2.1. Efectuarse a persona determinada.
 - 3.2.2. Precisión de la oferta.
 - 3.2.3. Intención del oferente de quedar obligado.
 - 3.3. Temas discutidos.
 - 3.3.1. El problema de los precios implícitos.
 - 3.3.2. El contenido variable de la oferta.
 - 3.3.3. Las propuestas a personas indeterminadas.

3.3.4. Condiciones generales de contratación.

3.4. Efectividad de la oferta.

3.5. Eficacia e ineficacia de la oferta.

3.5.1. Retiro.

3.5.2. Revocación.

3.5.3. Extinción de la oferta.

4. Aceptación.

4.1. Concepto.

4.2. Clases de aceptación.

4.2.1. Valor del silencio e inacción.

4.3. Requisitos de la aceptación.

4.3.1. Concordancia con la oferta.

4.3.2. Tempestividad de la aceptación.

4.4. Medios para expresar la aceptación.

4.5. Efectos de la aceptación.

4.6. Retiro de la aceptación.

5. Formación del consentimiento.

5.1. Momento y lugar de celebración del contrato.

5.2. Forma y prueba de la formación del contrato.

6. Condiciones generales de contratación y problemas derivados de su uso.

7. Contratos de consumo.

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

1. Aspectos generales.

1.1. Comercio electrónico.

1.2. Diferencias entre comercio tradicional y comercio electrónico por INTERNET

1.3. Contratación electrónica.

1.4. Contrato electrónico.

1.5. Contratos informáticos.

1.6. Comparación entre tipos de contratos señalados.

1.7. La declaración de voluntad electrónica.

1.8. Declaración de voluntad electrónica y nuevas tecnologías de la información. Análisis particular.

1.9. El silencio y las nuevas tecnologías de la información.

2. El consentimiento electrónico.

2.1. Fase precontractual.

2.1.1. El deber de información previa.

3. La formación del consentimiento.

3.1. La oferta electrónica.

3.2. La aceptación electrónica.

3.3. Aceptación electrónica y condiciones generales de contratación.

3.4. Perfeccionamiento del contrato electrónico.

3.4.1. Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico.

3.4.2. Lugar de formación del consentimiento electrónico.

CAPÍTULO CUARTO

CRITICAS AL SISTEMA CHILENO

Propuesta de reformas

Introducción.

1. La oferta.

2. Forma de las declaraciones de voluntad.

3. Aceptación.

4. Contratos internacionales de consumo.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN.

El comercio internacional ha crecido de manera exponencial dentro del último tiempo. La incorporación de nuevos actores relevantes, nos permite afirmar que dicho fenómeno no decrecerá, sino que, más bien, alcanzará niveles extraordinarios, a escalas inimaginables hace poco tiempo.

Los beneficios generados en base al fenómeno descrito son innegables, así como los desafíos que ello presenta.

Desde un punto de vista jurídico, este enorme desarrollo ha generado una serie de problemas, los cuales, han derivado en profundos cambios a lo largo del tiempo.

Dentro de una primera etapa, “el instrumento técnico jurídico a través del cual se trató de superar el carácter nacional del Derecho mercantil fue el recurso a la norma de conflicto”¹. Dicho método, sin embargo, “se mostró del todo insuficiente para solucionar adecuadamente las dos exigencias fundamentales nacidas del comercio internacional: la fijación con antelación suficiente de las normas a las que han de conformarse las conductas de las partes y la determinación con certidumbre y antelación necesarias de la jurisdicción que las ha de aplicar”².

La búsqueda por suplir estas deficiencias, derivó en un interés creciente en torno a configurar un Derecho de carácter uniforme para el comercio internacional. Como se ha sostenido “este método de la unificación se adecúa mucho mejor a las necesidades del comercio internacional que el conflictual: satisface, cuanto menos, la exigencia del pleno conocimiento previo por las partes del alcance de

¹ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Navarra, España, Aranzazi Editorial) 35 pp.

² VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Navarra, España, Aranzazi Editorial) 35 pp.

las obligaciones contraídas, de los derechos adquiridos y del requerimiento solutorio”³. En base a esto, los contratantes, en instancias previas, sabrán o al menos podrán saber exactamente a qué atenerse dentro de una relación comercial internacional. Ello deriva en una mayor conciencia respecto de las obligaciones asumidas y por consiguiente, aunque eventual, en una mayor eficacia en torno al cumplimiento de las mismas.

A objeto de dar adecuada solución a lo anteriormente señalado, es que surge, fruto de arduos, extensos e infructuosos intentos anteriores, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías suscrita en Viena, Austria, en 1980.

Sin embargo, como se ha sostenido correctamente, “la Convención no creó un sistema *ex nihilo*, sino que partió de la experiencia, coronada por el éxito, de una norma uniforme, si bien de carácter interno, el *Uniform Commercial Code* (UCC) norteamericano”.

Dicho cuerpo legal, más que una codificación, corresponde a una “compilación de usos y prácticas comerciales”, donde estos últimos prevalecen sobre la norma dispositiva. Esto último, en gran parte, le ha permitido ser un texto vivo, evolutivo, dotado de la flexibilidad necesaria para el cumplimiento de sus objetivos. Lo anterior, nos lleva a pensar que, en base a lo propuesto por la norma uniforme citada, nos encontramos ante un “Derecho eminentemente empresarial, dictado por y para satisfacer las necesidades de los operadores profesionales empresariales, y que, por consiguiente, debe ser interpretado y aplicado teniendo en cuenta las finalidades y necesidades de dichos operadores”⁴.

Comparando ambos sistemas, podemos observar que todas las características descritas son asimiladas de manera satisfactoria por la Convención. Ella asume los criterios rectores originados en base a los usos y

³ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Navarra, España, Aranzazi Editorial) 36 pp.

⁴ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, (Navarra, España, Aranzazi Editorial) 37 pp.

prácticas del comercio internacional, y los plasma de esa manera en su texto, a la vez que dota de gran vigor funcional al principio de autonomía de la voluntad. Esto último, unido a las extensas negociaciones verificadas en su génesis, ha permitido la confluencia de dos sistemas, que históricamente han sido incompatibles: el derecho continental europeo y el *common law*, circunstancia que ha representado un avance inconmensurable en torno al cumplimiento de su objetivo máximo cual es uniformar la legislación comercial internacional, habida consideración de la disparidad de criterios legislativos existentes al efecto.

Como se sabe, la normativa referida forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el día 11 de marzo de 1990. Ello implica, que a menos que las partes hayan optado por una legislación aplicable diversa, la Convención de Viena de 1980 se convierte en la ley aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías, sustituyendo de esa manera las legislaciones internas sobre compraventa cuando existen elementos internacionalmente relevantes en la relación jurídica.

OBJETIVO.

Como establece el título del presente trabajo, el objetivo del mismo, consiste en analizar la formación del consentimiento a la luz del comercio internacional, tomando como referencia al instrumento uniformador más prolífico, creado a este respecto: la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Es pertinente comenzar dicho análisis en nuestra legislación interna. Así, será necesario estudiar las normas contenidas dentro nuestro ordenamiento, las cuales, según ha estimado de modo prácticamente unánime la doctrina, se encuentran dentro de los artículos 96 a 106 del Código de Comercio. Dicha normativa es la más relevante al efecto, mas no la única.

En un primer momento, será imprescindible abordar las etapas previas a la formación del consentimiento, materia que comprende la fase de los tratos previos y la responsabilidad precontractual.

Posteriormente, se analizarán en forma exhaustiva las etapas sucesivas que, copulativamente deben concurrir al efecto, con el fin de verificar la efectiva formación del consentimiento, y consiguientemente del contrato. Para ello, analizaremos cada uno de los requisitos exigidos, desde el punto de vista legal y doctrinario, tanto para formación de la oferta como de la aceptación y su confluencia, tanto temporal como espacial, sin olvidar, por supuesto, las particularidades y discusiones que se presenten.

Todo lo anterior, será realizado teniendo en especial consideración lo dispuesto por la doctrina y jurisprudencia nacional más relevante al efecto.

En una segunda etapa, intentaremos acercar al lector a la Convención de Viena, normativa que, como ya hemos señalado, goza de innegable valor práctico y aplicación universal. Para ello, será preciso hacer una breve referencia a la historia de su creación, a su estructura, disposiciones generales y ámbito de aplicación. Posteriormente, y referido a esta misma materia, analizaremos cada una de las etapas e instituciones que conforman el consentimiento. Lo anterior, será realizado basándonos en la misma estructura utilizada para analizar dicho proceso dentro de nuestra legislación interna, sin olvidar, por supuesto, las particularidades que se presenten.

En una tercera fase, efectuaremos el debido contraste entre ambas normativas, haciendo resaltar las diferencias que de este deriven, proponiendo, en uno u otro sentido, las modificaciones que se estimen pertinentes.

Con posterioridad a ello haremos referencia a la realidad tecnológica actual, procurando resaltar la manera en que ella ha afectado la concepción tradicional que existe respecto del negocio jurídico y del comercio internacional. Abordaremos, principalmente, la contratación electrónica, tema que, desde un punto de vista jurídico presenta innegable interés y constante desarrollo a lo largo

de todo el orbe. Por motivos de extensión, el fenómeno será abordado principalmente en consideración, a las nuevas tecnologías de la información.

Por último, enunciaremos las conclusiones que surjan del presente estudio, intentando constituir un aporte al tratamiento de estas materias dentro del ámbito jurídico.

Considerando lo enunciado, el presente trabajo busca, una vez más, abrir nuestros ojos y los de la doctrina y jurisprudencia nacional y hacernos entender que debemos asumir nuestra pertenencia a un mundo cada vez más conectado, donde el concepto de “aldea global” tiene más valor que nunca, y donde las barreras temporales y espaciales han sido derribadas debiendo, inevitablemente, proceder a relacionarnos con el resto de sus integrantes. Un modo de concretar ello se verifica adscribiendo, tanto formal como materialmente, y de manera efectiva, a normativas uniformes que permitan cumplir dicho objetivo. En la medida en que logremos interesarnos más en el tema y podamos aportar a ello, en las instancias entregadas por los organismos internacionales creados al efecto, podremos, efectivamente, formar parte de un sistema que busca el fortalecimiento del comercio internacional, entendiéndolo como un derecho creado por y para los actores del comercio internacional.

Considerando que la Convención de Viena de 1980 forma parte de nuestra legislación desde hace más de dos décadas, es que, en base al estudio realizado, intentaremos demostrar que el objetivo perseguido a través de su incorporación a nuestro ordenamiento, no ha sido cumplido. Por diversas razones, entre ellas la falta de conocimiento de la norma misma y su consiguiente la falta de aplicación por los tribunales nacionales, hemos dejado a un lado un instrumento que presenta innegables ventajas prácticas, con normas flexibles, creadas por y para los operadores del tráfico internacional, quienes en definitiva, y por razones lógicas, deben regir el asunto.

Creemos firmemente que la situación anteriormente descrita puede y debe cambiar.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO AUTÓNOMO CHILENO

Código Civil y Código de Comercio

SUMARIO.

1. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual. 2. Oferta. 2.1. Aspectos generales. 2.2. Concepto. 2.3. Requisitos de la oferta. 2.3.1. Contrato determinado. 2.3.2. Completa. 2.3.3. Persona determinada. 2.3.4. Seriedad. 2.3.5. Precio. 2.4. Efectividad de la oferta. 2.5. Eficacia de la oferta. 2.6. Extinción de la oferta. 2.6.1. Revocación de la oferta. 2.6.2. Caducidad de la oferta. 3. Aceptación. 3.1. Concepto. 3.2. Requisitos de la aceptación. 3.2.1. Oportunidad. 3.2.2. Aceptación pura y simple. 3.2.2.1. Aceptación condicional. 3.2.3. Manifestación de la aceptación. 3.2.3.1. Valor del silencio. 4. Formación del consentimiento. 4.1. Aspectos generales. 4.2. Momento en que se perfecciona el contrato. 4.3. Lugar de formación del consentimiento. 4.4. Prueba del contrato. Valor probatorio. 4.5. Contratos sujetos a condiciones generales.

1. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual.

“Es una realidad actualmente que los contratos no se generan en un solo acto. Surgen más bien de encuentros preliminares, debates, borradores, reuniones, conversaciones, averiguaciones, indagaciones, negociaciones preliminares, tanto de las partes futuras del contrato como de sus auxiliares”⁵.

Antes de encontrarnos en presencia de una oferta propiamente tal, se producen una serie de tratativas o tratos preliminares que cumplen, entre otras funciones, el sentar las bases o preparar la ruta a través de la cual la voluntad expresa su intención real y efectiva de quedar obligada.⁶ En ellas se busca, principalmente, otorgar a las partes un espacio de discusión acerca de los términos jurídicos y económicos del negocio que se proponen celebrar, dotado de la libertad suficiente para explicitar dichos términos sin encontrarse obligadas a manifestar su voluntad. A su vez, se le atribuye una función interpretativa del contrato para el caso de que este llegue a perfeccionarse, por cuanto permite

⁵ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “*Los tratos preliminares en la relación precontractual*”. Disponible en: http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf [fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]

⁶ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial* (Navarra, España, Aranzazi Editorial) 36 pp.

STIGLITZ-STIGLITZ, los concibe como aquellos “...diálogos preliminares que, en el íter negocial se ubican en una fase que precede al perfeccionamiento del contrato”. Igualmente señalan los mismos autores que “su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias”. OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009): “*Estudios de derecho mercantil internacional*”(1ª edición, Bogotá, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez), 124 pp.

indagar por la real voluntad de las partes frente a cualquier discrepancia que se verifique durante su ejecución. Dentro de la doctrina nacional, se ha definido a esta etapa como, el "período en que las partes desarrollan una multiplicidad de conductas tendientes a conocer sus puntos de vista respecto de un negocio que se proyecta, sin que por ello entiendan quedar obligadas"⁷. Como se puede apreciar, lo común o normal es que durante esta instancia, las partes puedan negociar libremente, sin incurrir en responsabilidad alguna por sus actos, derivada de un compromiso formalmente establecido. Lo anteriormente señalado, se funda en que el principio sobre el que se sustenta o basa la regulación de los contratos es el de la autonomía de la voluntad⁸, el cual encuentra consagración legal en el artículo 1545⁹ del Código Civil, lo que ha sido ratificado a nivel doctrinario como jurisprudencial¹⁰.

Además así se encuentra configurado dentro del Código de Comercio, cuerpo legal que regula la formación del consentimiento en nuestro país. Se sostiene que dentro del Código de Ocampo¹¹, se "recogen los postulados de la doctrina contractual clásica sobre la materia, regulando únicamente el período posterior a la formación de una oferta seria y concreta de celebrar un contrato"¹². En otras palabras, se parte del supuesto que las obligaciones surgen sólo desde el

⁷ ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979): *"Algunas Consideraciones Sobre la Responsabilidad Precontractual"*. (Valparaíso, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso), 33 pp.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940): *"De los Contratos"*. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile), 10 pp.

⁹ Artículo 1545 Código Civil "todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por consentimiento mutuo o por causas legales". D.F.L. número 1, Código Civil. Diario Oficial, 16 de Mayo de 2000.

¹⁰ Se ha resuelto que "el artículo 1545 del Código Civil consagra el principio fundamental en materia de actos jurídicos de carácter patrimonial: el de la libertad de las convenciones, que permite todo acto jurídico que no vaya contra una prohibición expresa de la ley, ni sea contraria al orden público o a las buenas costumbres". En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXII, 1934, 2ª parte, sección 2ª, 39 pp.

¹¹ Desde que se organiza la República se ve la necesidad de dictar normas de la más diversa índole, que reflejen la nueva situación política y económica. En 1846 se nombra una comisión para que elabore un proyecto de Código de Comercio, la que tuvo pocos resultados. En vista de ese fracaso, se encomendó en 1852 la redacción de un proyecto de Código al jurista argentino Gabriel Ocampo, que en 1861 presenta el fruto de su labor, que fue promulgado en 1865 y comenzó a regir en 1867. Es por ello, le denominación entregada por este trabajo.

¹² En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004): *"Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones Contractuales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales"*. (Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile), 114 y 115 pp.

momento en que es presentada una oferta (retractación tempestiva) o una aceptación extemporánea (obligación de informar acerca de falta de oportunidad de la aceptación). Ello ha sido sustentado por parte de la doctrina que estima que son los individuos quienes deben estar dotados de la facultad de discutir los términos de los contratos que desean celebrar y que se ajusten de la mejor manera posible a sus intereses¹³.

En base a lo anteriormente señalado, es necesario determinar si el nacimiento de responsabilidades entre las partes, sólo es posible a partir de la existencia de un vínculo negocial formal, como la presentación de la oferta, o si por el contrario podemos establecer algún tipo de responsabilidad previa a ello. Si esto último resultase ser válido, debemos a su vez, determinar cuándo procede y por supuesto, que naturaleza jurídica estatuto o régimen de responsabilidad resulta aplicable.

La responsabilidad precontractual puede ser definida, como aquella que surge durante las tratativas previas, en que, al ponerse término de forma unilateral e injustificada las negociaciones efectuadas, se genera en la contraparte un daño, materializado en los gastos (y costos de oportunidad) en que ésta ha incurrido con miras a la celebración de un acuerdo o contrato. Para ello debe considerarse la legítima expectativa que se ha generado, derivada de la razonable presunción, basada en la buena fe y el estado de las negociaciones existente, sobre la certeza de su celebración. La jurisprudencia ha reconocido este tipo de responsabilidad, señalando que “en doctrina es aquella que nace de la equidad comercial, que obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del

¹³ Así, el profesor Arturo Alessandri rechaza el establecimiento de la responsabilidad precontractual pues considera que “sería, además, coartar la facultad de los individuos para discutir libremente las condiciones de sus contratos y pactar éstos en las condiciones que estimen más convenientes” ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940) op. cit. 156 pp. En la misma línea, don Hugo Rosende sostiene que la doctrina tradicional “ha sostenido que habida consideración a la libertad de que gozan las partes en el curso de los tratos y la ausencia de la intención de obligarse, nada puede reprocharse al precontratante que se desiste unilateralmente de las conversaciones y, por ende, ninguna responsabilidad puede hacerse efectiva en su patrimonio en razón de pérdidas sufridas por el otro precontratante con motivo de la ruptura de tratos”. ROSENDE ALVAREZ, Hugo (1979) op. cit., 51 pp.

contrato o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquel se perfeccionará (...)"¹⁴.

Para iniciar el análisis sobre esta materia, es necesario señalar que la reglamentación contenida dentro del Código de Comercio y del Código Civil es escasa. Así, podemos verificar que, como se ha indicado, "ni siquiera se efectúa un tratamiento sistemático del proceso de preparación y formación de los contratos"¹⁵. Lo anteriormente señalado encuentra respaldo en el hecho de que "nuestro Código Civil se limita a reglamentar los requisitos de existencia y validez del consentimiento contractual, pero no se refiere en modo alguno al proceso de generación del acuerdo de voluntades entre las partes, suponiendo que ya se han efectuado todos los actos preparatorios previos a la celebración del contrato"¹⁶. Es por ello, que los mayores avances dentro de esta materia, no han venido del cuerpo legal en comento, sino de aportes doctrinarios. Se sostiene, que antes de los momentos señalados en los cuerpos legales citados, surgen obligaciones que emanan del principio de la buena fe contractual, como por ejemplo el negociar en forma leal, considerando las legítimas expectativas que en definitiva llevan a las partes a iniciar una actividad o negocio en común. En cuanto a esto, el artículo

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia pronunciada con fecha 25 de Agosto de 1948, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pág. 49 y sgtes.

¹⁵ En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit.115 pp.

¹⁶ Las mismas autoras sostienen, que el Código Civil chileno, al igual que la mayoría de las codificaciones que encuentran su fuente en el Código Civil francés de 1804, carece de una regulación orgánica de la responsabilidad nacida durante el período de formación del consentimiento, ignorando absolutamente la fase de negociaciones contractuales, y limitándose a regular las hipótesis de nulidad contractual por vicios del consentimiento". En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit.115 pp. Asimismo hacen referencia al autor Francisco Saavedra Galleguillos, quien da cuenta de este fenómeno en los siguientes términos: "El consentimiento como producto de la unidad de las voluntades de los agentes, debe tener un proceso de generación, pero sucede que el Código Civil chileno, al igual que su modelo, el francés, no se refiere a él, no ha dicho cuando ni como se forma, sino que reglamenta los caracteres que debe tener para su existencia y validez, partiendo de la base que ya está formado, de manera que supone todos los actos preparatorios, que permiten que se produzca el acuerdo de voluntades en que consiste". SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco (1994): "Teoría del Consentimiento", (Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur) , 264 pp. Asimismo señala las autoras en comento, que en esa línea se ha pronunciado la jurisprudencia nacional. Esta ha señalado que "el Código Civil no se ha referido a la formación del consentimiento en los contratos, sino al consentimiento ya formado. Aquella materia ha sido tratada en los artículos 97 a 106 del Código de Comercio". Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada con fecha 5 de Agosto de 1935, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXIV, 2ª parte, sección 2ª, pág.28. Ello en CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit.115 pp

1546 del Código Civil obliga a ejecutar de buena fe lo establecido en un acuerdo voluntariamente celebrado, mas no se establece expresamente el deber de comportarse de buena fe durante las tratativas preliminares.

En rigor, y en base a lo precisado, debemos partir de la base que nuestra legislación no reconoce de manera expresa la existencia de un estatuto especial de responsabilidad precontractual, o si se quiere, de uno que imponga un determinado deber de conducta durante esta etapa¹⁷. Sin embargo, y frente a ello, “tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país se han mostrado dispuestos a admitir la procedencia de responsabilidad por los comportamientos indebidos ocurridos en la etapa precontractual”¹⁸.

Ello constituye un reconocimiento a la etapa previa a la oferta, que permite configurar un deber de obrar de manera correcta dentro de ella, que se ampara en las expectativas creadas y a las decisiones tomadas en base a ello. Pero, ¿cuál sería la justificación de una institución que, en definitiva, impone trabas o limitaciones a la autonomía de la voluntad, manifestada en el caso concreto a través de una de sus variantes: la libertad contractual?

A este respecto, podemos decir, que su determinación "ha sido arduamente discutida por la doctrina, planteándose posturas de la más variada índole. Muchas de ellas no son incompatibles entre sí y pueden coexistir pacíficamente"¹⁹. Dentro de las posturas planteadas encontramos instituciones como: el abuso del derecho²⁰, la doctrina de los actos propios²¹, la contravención al principio de la

¹⁷ Al contrario, a diferencia de otros sistemas jurídicos comparados donde se habla de forma genérica del "derecho de daños", dentro del nuestro se establece un régimen típico de responsabilidad, es decir, donde sólo surge ésta en los casos en que la ley, o las partes expresamente a través de un contrato, así lo hayan establecido. Entonces, podemos reconocer dos estatutos de responsabilidad: a) contractual: que regula la responsabilidad de las partes desde el momento en que nace válidamente el contrato; y b) extracontractual o aquiliana: que regula la responsabilidad que surge básicamente en todos los demás casos en que una persona, actuando de forma dolosa o culpable, causa un daño a otro (establecida en el art. 2314 del Código Civil)

¹⁸ En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 121 pp.

¹⁹ ZULOAGA, Isabel (2006): *“Teoría de la Responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos”* (Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis), 317 pp.

²⁰ Se ha señalado que “desde esta perspectiva, se considera que incurre en un abuso de su derecho a poner término unilateralmente a las negociaciones contractuales, quien lo hace en forma abrupta e injustificada, causando con ello daño a la parte que se encontraba interesada en la

buena fe y la infracción a deberes de cuidado que deben observar las partes. Por razones de extensión, realizaremos un análisis más detallado, sólo en lo referente a las dos últimas formas de justificación indicadas.

conclusión del acuerdo proyectado (...) se debe reconocer a las partes el derecho a romper las negociaciones como derivación del principio de libertad contractual, pudiendo atribuirse responsabilidad a quien interrumpe los tratos contractuales sólo en aquellos casos en que su conducta puede ser calificada como abusiva". CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 127 pp. Así lo ha manifestado cierto sector de la doctrina. Ellos han señalado "que el desistimiento es un derecho que le cabe como manifestación de la libertad contractual, que contiene lógicamente la de no contratar. Pero como ocurre con todo derecho que no sea absoluto, su ejercicio no ha de ser abusivo y dañoso". A su vez, sostiene que "es posible que una de las partes se retire sin motivo o abusivamente de los tratos. Y es entonces que surgirá para la parte lesionada con tales conductas, el derecho a reparación de los daños que con tales conductas se le hayan producido". DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1996): "*Comentarios de Jurisprudencia: Responsabilidad Precontractual*", (Concepción, Chile, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, n°199, Enero-Junio) 199 pp. Ello ha sido adoptado en ciertas ocasiones por los tribunales de la República para justificar la indemnización de perjuicios proveniente de una interrupción abrupta de las negociaciones. La Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que "la libertad contractual no constituye un derecho absoluto, de donde se sigue que no puede ejercerse en forma abusiva causando con ello daño a la contraparte". Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de junio de 1999, comentada en DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1996) op. cit. 187 pp. De igual modo, la Corte de Apelaciones de Talca ha admitido la tesis del abuso de derecho al pronunciarse respecto de un caso de venta de terrenos. Luego de llegar a un acuerdo verbal sobre los términos aplicables a la transferencia del inmueble en cuestión, rechazaron suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. Ante esto la Corte de Apelaciones referida resolvió que: "Si bien en tanto no se haya perfeccionado el respectivo contrato persiste la facultad de retractación, ésta no puede ejercitarse abusivamente, es decir, (...) fundándose en el contenido de normas que se aplican con un superado criterio literal". Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca y revocada por la Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, publicada en Gaceta Jurídica N° 257, 2001, sentencia n°5. Sin embargo, esta doctrina ha sido fuertemente criticada por otros autores nacionales que estiman que la posibilidad de abandonar las negociaciones no puede calificarse como derecho subjetivo susceptible de ser ejercido en forma abusiva. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 129 pp. Autores como el profesor Hugo Rosende han señalado que "el ejercicio de esta facultad, en principio, no puede acarrear responsabilidad alguna para su titular, sin que sean valederos ni aún razonamientos fundados en el abuso de los derechos, doctrina que, cualquiera fuese el criterio con que se interpretara, no tendría cabida en este caso". En ROSENDE, Hugo (1979) op. cit., 51 pp.

²¹ Se ha señalado que "se considera que incurre en un comportamiento contradictorio quien pone término a un proceso de negociaciones contractuales sin motivo alguno, después de haber suscitado en la otra parte la impresión de que la realización del contrato era segura". CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 130 pp. En apoyo a esto, don Enrique Barros Bourie, estima que puede verificarse, ante la ruptura injustificada de negociaciones, una situación de abuso del derecho basada en contradicción de actos propios. En BARROS BOURIE, Enrique (1999): "*Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho*", (Santiago, Chile, Revista de Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N°7, Santiago) 11-37 pp. Las autoras anteriormente citadas señala "que por esta vía, lo que se pretende es evitar la defraudación de la confianza creada, atribuyendo responsabilidad a quien se ha comportado de un modo que no se condice con las expectativas ciertas que su propio comportamiento había generado y que han provocado que la otra parte incurra en gastos o desaproveche oportunidades de negocios alternativos". CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 130 pp.

En cuanto a la contravención del principio que obliga a las partes a comportarse de acuerdo a la buena fe, es preciso señalar, que ello descansa en la confianza recíproca generada entre las partes (elemento basal en la generación de negocios), con miras a concretar un objetivo común. Por ello, se ha sostenido, que “las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ellas incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta socialmente valorable y exigible”²². Esto último cuenta con apoyo jurisprudencial²³ y doctrinario.

Sobre esta base, se ha sostenido, se configuraría un escenario especial de responsabilidad extracontractual en que el factor que determina su procedencia, la culpa, se confundiría con el deber de proceder o actuar de buena fe. Se ha afirmado, que al ser la culpa un elemento objetivo, su análisis debe efectuarse en abstracto, es decir, en consideración a un estándar jurídico determinado, apreciado en base a las circunstancias particulares del caso, lo que se vincula con el respeto al proceder de buena fe, especialmente en lo relativo a los deberes de lealtad y honestidad²⁴. En concordancia a lo señalado, cierta parte de la doctrina, ha postulado que incluso “debe concurrir el llamado deber de protección, ya que precontractualmente es perfectamente concebible, a vía de ejemplo, que al ensayar o probar un vehículo a motor sucedan daños personales o accidentes que

²² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008) op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf [fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]

²³ Se sostiene que “la empresa que, sin notificar a la otra que negocia a la vez con una tercera y se retira en una negociación preliminar avanzada desde el punto de vista de las negociaciones debe indemnizar los perjuicios que ha causado con ese retiro intempestivo e inoportuno. Esos perjuicios son los gastos realizados por la parte que guardó sus deberes, gastos consentidos por la parte diligente y observante de la buena fe, parte que por otro lado no hizo sino interpretar correctamente las negociaciones preliminares. Este es el caso Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra. (1996) Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996, autos rol civil 374-93. Dicho fallo tuvo la redacción del ministro Sr. Guillermo Silva Gundelach y voto favorable ministro Sres. Fidel Henríquez Saavedra y abogado integrante, Sr. René Vergara Vergara”. DOMÍNGUEZ, Ramón et al. (1998) “Responsabilidad precontractual. Ruptura injustificada de negociaciones avanzadas. Daños causados”, (Concepción, Chile, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 204) 187-188 pp.

²⁴ GOLDBERG, Isidoro (1993): “Indemnización por Daños y Perjuicios”. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi), 165 pp.

perjudiquen a un eventual comprador”²⁵. Un grupo considerable de autores plantean la necesidad de existencia de un deber de seguridad o protección²⁶. Podemos afirmar entonces, que de este deber de lealtad, surgirían los presupuestos básicos que llevarán al ámbito de la responsabilidad precontractual. Ello, por supuesto, para quienes ven la justificación de la institución en el quebranto al actuar de buena fe.

Se ha establecido incluso, que “en consecuencia, la buena fe exige comportamientos adecuados, justos y reales. Esta buena fe no es sólo la subjetiva de creencia o situación psicológica, sino la objetiva, de comportamiento honrado y justo”²⁷. Esto encuentra asidero tanto en jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, como de Corte de Apelaciones²⁸.

²⁵ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf [fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]

²⁶ Se hace referencia a “deberes de protección o seguridad, referidos a la integridad corporal y a la propiedad de la contraparte, como ocurre con el control de riesgos de accidentes que puedan sufrir visitantes de un local comercial”. BARROS BOURIE, Enrique (2006): *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp.1001 y ss.

²⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf [fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]

²⁸ En sentencia Video Show System S.A con Metrópolis Intercom S.A Corte Suprema, 11 de Junio de 2007 (Recurso de casación en el fondo, rechazado. Improcedencia del recurso como vía para la modificación de los hechos del proceso. Juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios) Número Identificador LexisNexis: 36568. 2005. Ahí se establece “Que la conclusión anterior se impone igualmente si se considera que el principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituida por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto. Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto. Esta es empleada como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad. Es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico, orbitando todo el íter contractual, desde los tratos preliminares, celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales. Es así como el artículo 1546 del Código Civil señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, e incluso agrega, que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Ante tales exigencias la demandada no ha podido, además, ignorar su actuar propio en las relaciones con la actora, limitando sus compromisos sólo a las vinculaciones formales, no obstante que su conducta, voluntad y proceder la exceden, queriendo desligarse de todo un comportamiento previo al contrato de 1 de agosto de 1996, el cual forma parte de un conjunto de vinculaciones con diferentes sociedades prestadoras del mismo servicio, continuadoras de la actividad propia del giro de la demandada, la que ciertamente no las inicia y, por lo mismo, no puede desconocerlas.” Junto con lo anteriormente señalado, se ha dicho, dentro de la experiencia jurídica comparada, que “en su expresión negativa, formulada en el caso del Common Law *“Edgington v. Fitzmaurice”* por Lord Bowen en 1885, “se trata de evitar conductas

En base a lo expuesto, podemos afirmar, como se ha sostenido, que la “buena fe precontractual supone un complejo de normas jurídicas que no poseen una regulación positiva concreta y aunque no se hayan formulados por el legislador, surgen de la integración de lo que han de concretar: un contrato. Tan cierto es lo anterior que la operatividad de la buena fe en la fase de preparación del contrato se justifica gracias a variadas normas en nuestro derecho, por lo pronto, por la aplicación analógica del artículo 1546 C.C y su extensión a la etapa precontractual a propósito de la ejecución de los contratos, verdadera cláusula de integración y de las normas del Código de Comercio sobre oferta y aceptación”²⁹.

Sin embargo, se ha señalado que “bajo esta concepción, los autores consideran como ilícito cualquier comportamiento ocurrido en la fase de preparación del contrato que pueda calificarse como contrario al deber de corrección y lealtad que deben observar quienes se involucran en un proceso de negociación contractual”³⁰. A su vez, han existido autores que han propuesto

abusivas, que muestren grave desconsideración con los intereses de la contraparte, aunque no exista una intención de dañar”. Ello se encuentra en Lord Bowen en *Edgington v. Fitzmaurice*, Court of Appeal, 29 Ch. D. 459, 483 (1885). BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf [fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]. La misma idea se expone en un fallo de la Corte de Apelaciones de nuestro país. Ello se encuentra en DOMÍNGUEZ, Ramón et al (1998). Op.cit. pp. 187-188

²⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf

³⁰ CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 131 y sgtes. pp. Algunos autores sostienen que la buena fe es exigible durante la formación del contrato, incluyendo la parte previa a aquello. En esta línea se encuentra Hugo Rosende. ROSENDE ALVAREZ, Hugo (1979) op.cit. 69 pp. Mediante una argumentación similar, don Carlos Ducci, señala que la esencia de la responsabilidad extracontractual reside en no actuar con la buena fe que el derecho exige, quebrando la confianza creada. DUCCI CLARO, Carlos (1980). *“Derecho Civil. Parte General”*, (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 340 y sgtes. Corroborando ello, los profesores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo, quienes consideran que el principio general de buena fe rige en nuestro ordenamiento jurídico con un alcance amplio que cubriría tanto los supuestos contractuales como la etapa de formación del contrato. Asimismo, la jurisprudencia ha estimado que la justificación de la indemnización corresponde a la violación del deber de actuar de buena fe dentro de las etapas preliminares. Así se ha señalado que “la buena fe es el fundamento de esa responsabilidad precontractual, pues las partes han de comportarse, durante las negociaciones, de modo honesto, veraz y leal, con arreglo a la necesaria colaboración que exige una sana negociación. El comportamiento deshonesto o desleal de una de ellas, le obliga a reparar los perjuicios que ha causado a la otra que, atendido el avance de las negociaciones, creyó en la conclusión del contrato y por ello efectuó gastos durante las tratativas. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 5 de Junio de 1996, ratificada por la Corte Suprema, mediante resolución de fecha 28 de Enero de 1999. En Revista de Derecho de Universidad de Concepción, N° 203, Enero-Junio, 1998, pág. 179. Jurisprudencia más reciente, de Corte de Apelaciones de Concepción de 1999, ha sostenido que

incluso modificaciones que lo establezcan de manera expresa³¹. Frente a esta corriente doctrinaria, nos manifestamos a favor de promover un actuar de buena fe, como creemos lo haría cualquier persona sensata, mas no a juzgar de manera tan severa toda desviación de éste. Un concepto tan amplio como es la buena fe, cumpliría su función de manera correcta en probablemente un número considerable de casos, pero nos enfrentaríamos a un riesgo potencial, cuya verificación tendría altas probabilidades: caer en un exceso de regulación, en una etapa en que debe primar la libertad. Ello, como se ha dicho, “entorpecería el tráfico económico jurídico, que no puede obstaculizarse con requisitos inútiles”³². A su vez, el mero actuar en contravención de la buena no puede generar, por sí sólo responsabilidad. Es necesario para ello la concurrencia de un daño en la persona del otro contratante. Sin embargo, consideramos que la libertad señalada debe ser morigerada en sus efectos.

En concordancia con lo anterior, y como se ha sostenido “la noción fundamental a la que recurre la mayoría de los autores nacionales para atribuir responsabilidad precontractual al autor de la ruptura de las negociaciones es la infracción al estándar de comportamiento que se impone a todos los individuos del tráfico jurídico”³³. En concordancia con lo anterior “lo que se reprocha a quien interrumpe un proceso de negociaciones avanzadas es el hecho de haber causado un daño a la parte que se encontraba interesada en concluir el contrato proyectado, en forma dolosa o negligente, violando el deber de no causar daños

en la etapa de las conversaciones encaminadas a la celebración de un contrato, las partes intervinientes tienen la obligación de obrar dentro de los límites de la buena fe que debe manifestarse en una conducta leal, poniendo cada una lo necesario para que el contrato se llegue a perfeccionar. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. pp. 131 y sgtes.

³¹ Así, Álvaro Puelma, ha llegado a sostener la necesidad de establecer expresamente la exigencia de buena fe en las tratativas previas. Tomando en consideración lo establecido en el Código Civil Italiano de 1942, este jurista, propone incluso alterar el artículo 1545, incluyendo el inciso que sigue: “Los interesados en las negociaciones contractuales tendientes a celebrar un contrato deberán actuar de buena fe, y deberán indemnizar de todo perjuicio a la otra parte en caso contrario”. PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000). “Seminario sobre Contratos Preparatorios. “Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Fundación Fernando Fueyo Laneri”. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 245 y sgtes.

³² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, op.cit. Disponible en http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf

³³ CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 135 pp.

imputablemente a otro”³⁴. Lo anteriormente señalado nos permite establecer, que “la razón por la cual se atribuye responsabilidad precontractual a quien interrumpe las negociaciones contractuales, radica en que se estima antijurídica la conducta de quien no ha observado la razonable consideración que las partes se deben recíprocamente por estar involucradas en una relación preparatoria”. En definitiva, “bajo esta perspectiva el criterio de atribución de la responsabilidad por los daños derivados del quiebre de las negociaciones se identifica con la infracción del deber de cuidado exigible a las partes durante el período de formación del contrato”³⁵. En concordancia con lo expresado, el profesor Arturo Alessandri afirma que “la responsabilidad precontractual, cuya existencia no puede desconocerse en nuestro Derecho, toda vez que hay textos legales que la consagran expresamente, tiene por fundamento, o la ley (...) o un hecho ilícito, la culpa o el dolo del contratante a quien es imputable la no celebración del contrato”³⁶. El mismo autor, nos señala que sin embargo “esa ruptura no engendraría responsabilidad si su autor la provoca porque, después de reflexionar prefiere no celebrar el contrato

³⁴ En concordancia con lo señalado, las mismas autoras, en una nota explicativa, señalan citando a un autor que “en este sentido, se considera dolosa la conducta de quien entra en negociaciones con el único fin de dañar a su contraparte, con el objetivo de disuadirla de negociar con otros individuos o para obtener la revelación de determinados secretos o informaciones confidenciales en el curso de los tratos contractuales. De igual modo, puede estimarse dolosa la actitud de quien prolonga indebidamente las negociaciones, induciendo a su contraparte gastos e inversiones por confianza y a dejar pasar otras oportunidades de negocio conveniente a sus intereses, habiendo ya perdido la intención de concluir la transacción que está negociando. En estos casos, la ruptura de las negociaciones puede calificarse como intencional, ya que una de las partes negociadoras ha provocado deliberadamente el fracaso intempestivo de las tratativas precontractuales, previendo que el resultado de su conducta sería la frustración injusta del contrato proyectado”. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 135 pp. Se hace referencia a su vez a que “en el derecho comparado, algunos autores han postulado que únicamente el dolo debiera ser considerado como antecedente de responsabilidad precontractual, por estimar que la sanción de la mera negligencia en la hipótesis de la ruptura de negociaciones comprometería seriamente el principio de autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria del contrato y podría llevar a un retraimiento en los contactos negociales”. Todo lo anteriormente señalado en ALONSO PÉREZ, M. (1971): “*La responsabilidad precontractual*”. (Santiago, Chile, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario) pp. 890. Las autoras citadas en un principio, señalan que “sin embargo, la intención de mantener una esfera de libertad de negociación para que las partes valoren la conveniencia de realizar la transacción proyectada no puede llevar a concluir que sólo se debe imponer responsabilidad precontractual por los daños causados a la contraparte concurriendo una conducta dolosa del autor de la ruptura, sino que se debe responder siempre que se haya infringido el deber de cuidado exigible, lo que ocurre aún en los casos en que sólo concurre la culpa o negligencia de ese sujeto. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 135 pp.

³⁵ CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. 137 pp.

³⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940) op. cit. 157 pp.

proyectado por no convenirle o porque decide contratar con otra persona que le da más garantías de solvencia o seriedad o le ofrece condiciones más ventajosas”³⁷. Esto último encuentra un generalizado respaldo, tanto desde la doctrina³⁸, como de la jurisprudencia³⁹. En relación con esto, podemos entonces afirmar que existe un interés por limitar, sólo lo absolutamente necesario en cuanto a la libertad de contratación. En otras palabras, se admite una limitación, pero ella debe interferir en el menor grado posible, para evitar restricciones nocivas al desarrollo de negocios⁴⁰. En síntesis, muchos autores adhieren a la noción de buena fe, pero establecen como justificación principal, el antijurídico derivado de la desviación del estándar de conducta ya explicado. Es decir, se genera un híbrido, que, como se ha afirmado “no contribuye a clarificar cuál es el deber de comportamiento exigible a las partes durante el período de formación del contrato”⁴¹.

Así, en cuanto a la primera interrogante, se puede concluir que la responsabilidad precontractual presenta, dentro de nuestro derecho, una gran acogida, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Sin embargo, se reconoce que debe existir o privilegiarse la existencia de una libertad necesaria y trascendente para el negocio jurídico, la cual no puede ser ilimitada, debiendo radicarse tal limitación en la concurrencia de una actuación notoriamente

³⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940) op. cit. 157 pp.

³⁸ La mayoría de los autores nacionales adhieren a ello. Se ha planteado que la sanción debe establecerse cuando una de las partes, después de haber inducido a su contraparte a confiar en el proyecto planteado, pone término a las tratativas. DUCCI CLARO, Carlos (1980) op.cit. pp. 340 y sgtes.

³⁹ La jurisprudencia nacional ha exigido la verificación de un hecho ilícito culpable para imponer responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones. Se identifica la infracción al estándar de cuidado como el fundamento de atribución de responsabilidad. En concordancia con lo expresado, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “ en el período de formación del consentimiento tendiente a perfeccionar un contrato de compraventa de un bien raíz ha ocasionado un daño a la parte demandante, interesada en comprar dicho bien raíz, como consecuencia de un hecho ilícito de aquella, ya sea doloso o culpable, deberá responder por los perjuicios sufridos por la parte demandante y que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido”. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada con fecha 25 de Agosto de 1948, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pág.49. En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI (2004) OP.cit. 139 pp.

⁴⁰ En este sentido don Hugo Rosende. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. “La responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes”. Instituciones Modernas del Derecho Civil. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, pág. 337 y sgtes. Asimismo Avelino León. LEÓN HURTADO, Avelino (1979): “*Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos*”. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica), 45 pp.

⁴¹ En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI (2004) OP.cit.142 pp.

desviada del estándar de conducta exigible para el caso particular. Ello debe ser apreciado tomando en consideración factores como “el grado de confianza efectivo que ha surgido entre las partes, el estado de avance de las negociaciones, el tipo de prestación objeto del contrato que se negocia, la existencia de transacciones previas entre las partes, la calidad de profesionales o inexpertos de los negociadores e incluso las razones invocadas por el autor de la ruptura para poner término a las negociaciones”⁴². A su vez puede verificarse la concurrencia de factores eximentes de responsabilidad, como “la existencia de una situación objetiva del mercado que hace inconveniente la contratación, el surgimiento de la oportunidad de hacer un mejor negocio o la existencia de una divergencia objetiva de los intereses económicos de las partes negociadoras”⁴³.

Basándonos en la respuesta afirmativa a la primera interrogante plantada al inicio, debemos proceder a dar respuesta a la segunda, es decir, debemos establecer el régimen aplicable a este tipo de responsabilidad.

Para comenzar, es necesario señalar, que debemos atenernos a la voluntariedad del vínculo, lo que genera dos órdenes de responsabilidad: contractual y extracontractual. Ahora, debemos establecer, dentro de una primera fase, el momento que determina la aplicación de uno u otro régimen. Dicha delimitación se halla, como ya se señaló, en la formación misma del consentimiento, por lo que, dentro del sistema jurídico nacional, no habría muchas dudas en torno a establecer como régimen aplicable, el de responsabilidad extracontractual⁴⁴ o *aquiliana* (arts. 2284, 2314⁴⁵ y 2329)⁴⁶. Sin embargo, en una

⁴² En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI (2004) OP.cit.161 pp.

⁴³ En CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI (2004) OP.cit.161 pp.

⁴⁴ Dentro de la doctrina nacional existe una mayoría abismante, que deriva prácticamente en unanimidad, en torno a considerar a la responsabilidad precontractual como de carácter extracontractual. El único autor que sostiene la existencia de responsabilidad contractual es Manuel Risueño. Se trata claramente de una opinión aislada, que tiene su fundamento en la adhesión del autor citado a los postulados de Ihering, quien sostenía esta tesis. RISUEÑO, Manuel (1933) “*De las Obligaciones Precontractuales. Memoria de Prueba*”, (Santiago, Chile, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, 1ª parte) pp.47-132.

⁴⁵ Este artículo nos otorga una noción amplia de ilícito extracontractual, por lo que la responsabilidad precontractual podría configurarse en base a lo establecido en éste, ya que, según el precepto citado, cualquier tipo de daño producido por un delito o cuasidelito civil es indemnizable, cuando se cumplen los requisitos generales que determinan su procedencia.

segunda fase, podemos establecer que existen ciertas particularidades a considerar y que redundan en el establecimiento de un tipo especial de responsabilidad, dentro del estatuto extracontractual. Existen características especiales que determinan la singularidad en la aplicación de este tipo de responsabilidad dentro de los tratos previos. A nuestro juicio, la más relevante, está representada en el hecho de que, aún sin existir un acuerdo pleno respecto del negocio eventual que capta la atención de las partes, existe un vínculo generado en torno a la expectativa legítima de concretar y formalizar un acuerdo. A este respecto resulta clarificador el ejemplo entregado por el profesor Iñigo de la Maza Gazmuri⁴⁷. En éste, debemos visualizar dos situaciones distintas: en la primera, un sujeto advierte que un automovilista pretende salir marcha atrás del estacionamiento de un centro comercial, acción que inevitablemente derivará en el choque con un poste, y decide no avisarle, verificándose las consecuencias previstas; en la segunda, una empresa que, habiendo negociado varios meses con otra la venta de un predio maderero, que a su vez invirtió para ello dinero y recursos en estudios de títulos y suelos, viajes y otros, le comunica a su contraparte en el negocio, sin haberle dado aviso previo del hecho de haber

⁴⁶ En este sentido se ha manifestado Arturo Alessandri, quien señala que dado que las tratativas o negociaciones contractuales no son reguladas expresamente, se deben aplicar las reglas relativas a la responsabilidad delictual. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983): *“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno”* (Santiago, Chile, EDIAR editores, Tomo I, 2ª edición, n° 29) pp. 57. Ello es compartido a su vez por don Hugo Rosende y Ramón Domínguez, quienes señalan que para estos casos deben aplicarse los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979) op. cit. 37 pp y sgtes. DOMÍNGUEZ ÁVILA, Ramón (1977) *“Teoría General del Negocio Jurídico”*. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 50 y sgtes. Así también Carlos Ducci Claro, que al igual que René Abeliuk, estima que la responsabilidad contractual se aplica solamente a los casos en que exista incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato. DUCCI CLARO, Carlos (1980) op. cit. pp. 340 y sgtes. ABELIUK MANASEVICH, René (2001) *“Las Obligaciones. Tomo II”*, (Santiago, Chile, 4ª Edición, Editorial Jurídica) pp. 823. La jurisprudencia ha sustentado esta argumentación. La Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció a favor de su aplicación, precisando que “si bien es cierto que en el Código Civil no existen disposiciones que contemplen específicamente el caso de la responsabilidad precontractual, -que en doctrina es aquella que nace de la equidad comercial, que obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquel se perfeccionará (...) - no es menos cierto que dicho cuerpo de leyes contempla expresamente las obligaciones que se contraen sin convención estatuyendo que ellas nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes”. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia pronunciada con fecha 25 de Agosto de 1948, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVI, 1949, 2ª parte, sección 2ª, pág. 49 y sgtes.

⁴⁷ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006) *“El Silencio de Los Inocentes: Hacia una caracterización del deber jurídico de informar”*. (Santiago, Chile, Jornadas de Derecho Civil) pp. 14

sostenido negociaciones paralelas con un tercero, que ya vendió el predio a otra empresa indicando como justificativo, el hecho de que ésta última le había ofrecido una mayor cantidad de dinero.

Como se puede apreciar, en ambas situaciones nos encontramos frente a casos de responsabilidad extracontractual, toda vez que podemos afirmar que ello es así en base a la concurrencia del criterio determinante establecido para la aplicación de un régimen u otro: el consentimiento de las partes. En estos casos no existe entre las partes contrato alguno que los ligue, por lo que debemos preguntarnos: ¿corresponde atribuir responsabilidades en ambos casos? La respuesta, en base al sentido común, pareciera ser afirmativa sólo respecto del segundo ejemplo, pues, en el primer caso no existe vínculo alguno entre las partes, configurándose una relación extracontractual tradicional. En estas relaciones, el deber de conducta de las partes se reduce a los mínimos necesarios para mantener una adecuada convivencia social.

Sin embargo en el segundo ejemplo la situación es distinta. En éste, podemos apreciar en las partes una intención común: llevar a cabo un negocio que derivará en la satisfacción mutua de necesidades, al cual, aún sin estar formalizado debe reconocérsele su aptitud en cuanto existen justos motivos para establecer que, lógicamente tomando en consideración las circunstancias del caso, se llevará a cabo.

En base a lo referido, se puede sostener que dentro de nuestro derecho, existe un reconocimiento, tanto desde el plano doctrinal como jurisprudencial, en orden a aceptar la procedencia de la responsabilidad precontractual, fijando como régimen de responsabilidad aplicable, el extracontractual. Se justifica la procedencia, a nuestro entender de manera errónea, en criterios eclécticos que no hacen más que generar mayor confusión al momento de establecer responsabilidades. Todo esto, en base a lo explicitado dentro del análisis en cuestión. Ello concuerda con la necesidad de asegurar a las partes el máximo de libertad posible, por lo que “se debe actuar con suma cautela al admitir la

procedencia de responsabilidad ante la interrupción de un proceso de negociaciones”⁴⁸.

2. Oferta.

2.1. Aspectos Generales.

Como se ha dicho “el tráfico mercantil, caracterizado por la rapidez con que circulan los bienes, valores y servicios y por la cantidad de bienes en circulación, privilegia el empleo de los contratos consensuales...”⁴⁹. Lo anteriormente señalado, se corresponde a la generalidad de los casos dentro del derecho nacional, en desmedro de las otras categorías contractuales definidas en base al criterio de perfeccionamiento del contrato establecido en el artículo 1443 del Código Civil.

Como ya se ha señalado dentro de este trabajo, en cuanto a la formación del consentimiento en los contratos, elemento que de no verificarse su existencia deriva en la imposibilidad de estos de generar efectos jurídicos, el cuerpo legal rector, ante el silencio del Código Civil, es el Código de Comercio. La doctrina, casi unánimemente, se ha inclinado por la aplicación general de los preceptos 96 a 106 del Código en comento. Sin embargo, dentro de la jurisprudencia la uniformidad no ha sido total⁵⁰, excluyéndose determinadas materias. Se ha

⁴⁸ CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) op. cit. pp. 163.

⁴⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007): “*Manual de Derecho Comercial. Contratos mercantiles, Reglas generales, Compraventa, Transporte, Seguro y Operaciones bancarias*”. Tomo III Volumen 1. Quinta edición. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile). pp. 7 y 8.

⁵⁰ El autor nos señala que no ha existido uniformidad absoluta, por parte de la jurisprudencia, en cuanto a la determinación del campo de aplicación de lo establecido por el Código de Comercio en lo relativo a la formación del consentimiento. Para ello hacer referencia a una serie de fallos: “El Código de Comercio no es ley vigente para la formación del consentimiento en contratos civiles, como el arrendamiento de bienes raíces. Y si bien las normas de los artículos 97 a 106 de ese cuerpo legal contienen los principios aplicables a todos los contratos, su eventual trasgresión no

sostenido, en base a las reglas señaladas, “que las soluciones que ellos consagran están conformes con la equidad y con los principios generales del derecho y, en defecto de ley, es misión de los tribunales fallar con arreglo a uno y otros (arts. 24 y siguientes del Código Civil y art. 193 N° 5 del Código de Procedimiento Civil”⁵¹).

En cuanto al consentimiento mismo, éste nace “por la concurrencia de dos actos jurídicos unilaterales, sucesivos y copulativos, que son la oferta y la aceptación”⁵². Como se ha sostenido “es este concurso, producido mediante la

hace admisible la casación en el fondo, porque ésta ha de fundarse, no en la violación de principios, sino en la de leyes” (Corte Suprema, 26 de julio de 1971, R., t. LXVIII, sec. 1ª, p. 217; C. 18, p. 221). El Mensaje con que fue presentado el Proyecto de Código de Comercio dice expresamente que las normas de los artículos 97 a 106 “han llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”. Es de presumir que los congresales aprobaron dicho Proyecto en esa inteligencia, porque no hay testimonio de que los “conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados” impugnaran dicha afirmación. Por lo demás, es bien sabido que la naturaleza general o especial de los preceptos jurídicos dimana de ellos mismos y no del cuerpo legal o del título en que están ubicados. ¿Acaso la misma Corte Suprema no ha llevado una norma del derecho patrimonial al de la familia? Aquí están sus palabras: “Si bien la opinión de los tratadistas no es uniforme, atendidos los términos tan generales y comprensivos del artículo 707 del Código Civil, parece incuestionable que debe aplicarse a todos los casos de tal exigencia legal (la buena fe), aunque se encuentre en el Título ‘De la posesión y sus diferentes calidades’, Título que también alude al justo error en materia de hecho, que es uno de los requisitos constitutivos del matrimonio putativo” (Corte Suprema, 24 de junio de 1906, R., t. III, sec. 1ª, p. 426, y 10 de octubre de 1931, R., t. XXIX, sec. 1ª, p. 73). Y nótese que la norma del artículo 707 establece una presunción legal y toda presunción legal es de derecho estricto. En cuanto a concederles a los artículos 97 a 106 del Código de Comercio sólo categoría de principios en materia civil, es claro que si se parte de semejante base, su eventual transgresión en el campo civil no podrá llevar a la casación. Los Códigos Civil y de Comercio no contienen precepto alguno que resuelva si, en el silencio del Código Civil sobre una materia determinada, deben o no aplicarse las normas que existan al respecto en el Código de Comercio. Los artículos 97 a 106 del Código de Comercio deben aplicarse en materia civil, porque así convienen al espíritu general de la legislación (C. Temuco, 5 de agosto de 1935, R., t. XXXIV, sec. 2ª, p. 28). No es posible aplicar por analogía disposiciones legales de excepción, como son los artículos 101 inc. 1º y 102 del Código de Comercio (C. Santiago, 25 de agosto de 1948, R., t. XLVI, sec. 2ª, p. 48). El Mensaje con que fue presentado el Proyecto de Código de Comercio dice: “Frecuentemente ocurre la necesidad de fijar el momento y el lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos. Para obviar dificultades de tanta trascendencia, el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia, y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”. En SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op.cit. pp. 8 y 9.

⁵¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009): “*De los contratos*”. (Santiago, Chile, Editorial Jurídica). Reimpresión. 1ª edición. pp.88

⁵² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op.cit. pp. 9

reunión de la oferta y la aceptación, el que produce el consentimiento que genera a la vida del Derecho el contrato (...). Así como la corriente negativa puesta en contacto con la positiva produce la chispa; del mismo modo la oferta, o sea la voluntad de una de las partes, y la aceptación, o sea la voluntad de la otra, cuando concurren sobre un objeto determinado producen el contrato⁵³.

Tanto la oferta como la aceptación, en cuanto manifestación de voluntad, son actos jurídicos pues “concurren en ellos los requisitos propios de todo acto de esta especie: voluntad e intención de producir un efecto jurídico”⁵⁴. Por ende, son aplicables los artículos 1709 y siguientes del Código Civil.

Cabe, por consiguiente, abocarnos al primer elemento en verificarse dentro de esta relación: la oferta.

2.2. Concepto.

Doctrinariamente, es posible encontrar una serie de definiciones acerca de este concepto, concordando la mayoría de los autores, en catalogarla como un acto jurídico unilateral. Dentro del abundante número de definiciones aportado por la doctrina, es necesario referirnos a algunas de ellas.

Alessandri define a la oferta como “el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas”⁵⁵

Claro Solar define a la oferta, como “el acto por el cual una persona invita a otra a celebrar una determinada convención”⁵⁶. De esta definición, se desprende el carácter unilateral y propositivo de la oferta. Se busca generar un acuerdo, que

⁵³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) “De la compraventa y de la promesa de venta” (Santiago, Chile, Editorial Jurídica) pp. 125

⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op.cit, pp.88

⁵⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op.cit, pp.88

⁵⁶ CLARO SOLAR, Luis (1979) *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen V, Tomo undécimo, De las Obligaciones II*, (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 56.

se presume mutuamente satisfactorio, a través de la aceptación de la propuesta inicial efectuada por una de las partes.

Ricardo Sandoval López, a su vez, define a la oferta como “el acto jurídico unilateral por el cual una persona propone la celebración de un negocio a otra”⁵⁷. Esta definición no difiere de la entregada por Claro Solar, por lo que no es necesario analizarla en mayor profundidad.

Francisco Javier Saavedra Galleguillos, señala que es “una declaración unilateral de voluntad negocial por medio de la cual, una persona propone, en firme, a uno o varios destinatarios determinados o determinables la celebración de un contrato”⁵⁸. Esta definición agrega el requisito de firmeza de la oferta, ligado a su seriedad, que establece que sólo bastará la simple aquiescencia del destinatario para su perfeccionamiento.

Para Avelino León “la oferta, policitud o propuesta, es la manifestación de voluntad que una persona hace a otra proponiéndole celebrar una convención determinada que puede quedar perfecta con la simple aquiescencia de ésta”.⁵⁹

En definitiva, la doctrina nacional coincide en establecer varios de sus elementos primordiales. Por un lado, el carácter unilateral de ésta, es decir, corresponde a la manifestación (entendida como el acto de declarar, dar a conocer o exteriorizar un deseo o intención) de un individuo, que persigue, a objeto de satisfacer su intención inicial, la manifestación, asimismo unilateral, del destinatario de la misma. Por otro lado, se busca generar la realización de un proyecto común (el cual se ve materializado a través de la celebración de un contrato), que tiene su fundamento en el acuerdo de voluntades, el cual se verifica, como ya se indicó, a través de la aceptación. A su vez, el contrato debe

⁵⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 11.

⁵⁸ SAAVEDRA GALLEGUILOS, Francisco Javier (1994): “*Teoría del Consentimiento*” (Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur) pp. 270.

⁵⁹ LEÓN HURTADO, Avelino (1991): “*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*” (Santiago, Chile, Editorial Jurídica). Cuarta Edición actualizada pp. 57

encontrarse determinado en cuanto a sus elementos esenciales, con lo cual se da estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 1444⁶⁰ del Código Civil.

En cuanto al tratamiento legal, como ya se indicó, éste se encuentra establecido dentro del Código Comercio. El cuerpo legal en comento no la define expresamente, sino que ello se deriva de la interpretación de los artículos 97, 98 y 105⁶¹. A su vez, el Código de Comercio se refiere indistintamente al acto ya referido como oferta o propuesta⁶².

2.3. Requisitos de la oferta.

Como se ha señalado a este respecto, “para la validez de la proposición se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que verse sobre un contrato determinado; por ejemplo, compraventa, arrendamiento, mandato, mutuo, etcétera; b) que se indiquen todos los requisitos esenciales del contrato que se propone (completa); y c) que se haga a persona determinada”⁶³.

2.3.1 Contrato determinado.

⁶⁰ “Art. 1444. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente...”.

⁶¹ El Código de Comercio chileno en el artículo 97 dispone “Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso”. El artículo 98 del mismo Código establece “La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de 24 horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aún cuando hubiere sido aceptada. En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños o perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación” Asimismo, el artículo 105 señala “Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace. Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”.

⁶² Así, los artículos 97 a 104 hablan de propuesta y el artículo 105 se refiere a la oferta.

⁶³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op.cit. pp. 10

En cuanto al primer requisito señalado, esto es, que verse sobre un contrato determinado, su significado es claro, por lo no requiere de mayor explicación a objeto de comprender su sentido y alcance.

2.3.2 Completa.

Se ha señalado, en segundo término, que la oferta debe ser completa. En palabras de un reconocido autor, ello significa, que debe contener todos los requisitos esenciales del contrato que se propone, es decir, debe existir precisión en cuanto a su contenido a objeto de establecer la plena certeza acerca del acto que se pretende celebrar⁶⁴. En concordancia con ello, se ha sostenido que “deben considerarse como meras proposiciones todas aquellas ofertas o sugerencias de contratar que una persona haga a otra u otras y que, por su imprecisión o vaguedad, por las circunstancias en que se formulan o por la costumbre del lugar, no envuelven una verdadera oferta”⁶⁵.

2.3.3. Persona determinada.

La tercera exigencia señalada establecida por el autor, genera mayor controversia, por lo que surge la necesidad de efectuar un análisis más exhaustivo. Al respecto se ha señalado que “en conformidad con lo previsto en el artículo 105 del Código de Comercio, las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o, en general, en cualquier otra especie de anuncios impresos, en principio no son obligatorias para

⁶⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op.cit. pp. 10

⁶⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 88

quien las formula. No obstante cuando los anuncios se dirigen a personas determinadas, la oferta es válida, pero queda sujeta a la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio y de que existan en el dominio del oferente”⁶⁶. A su vez, Arturo Alessandri ha señalado que una oferta es indeterminada “cuando se dirige al público en general”⁶⁷. El autor citado, nos señala que esta oferta se hace “ordinariamente por publicación de avisos en los diarios, carteles, circulares, catálogos, notas de precios corrientes o prospectos distribuidos en la vía pública o dirigidos a domicilio, por etiquetas puestas en las mercaderías, por gritos proferidos en las calles o en la puerta del respectivo almacén”. En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia nacional⁶⁸. A contrario sensu, el mismo autor establece que se configura una oferta determinada “cuando se dirige a una persona individualizada, sea o no conocida del proponente”⁶⁹. A nuestro entender, incurre la norma citada en un error conceptual al referirse a “ofertas indeterminadas”, ya que ellas quedarían excluidas de toda regulación puesto que, en rigor no podrían considerarse ofertas porque su operatividad queda supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. Efectuaremos un análisis más preciso dentro del capítulo referido al contraste entre la legislación nacional y la Convención de Viena.

Ahora, la doctrina ha entendido lo señalado en dicho artículo como ofertas a personas indeterminadas, y ha establecido, que las ofertas por anuncios, dentro de nuestra legislación, carecen *per se*, de obligatoriedad alguna. Dicha afirmación surge del carácter condicional de las mismas, es decir, sólo estaremos ante ofertas obligatorias cuando al tiempo de la aceptación los objetos o efectos no

⁶⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op.cit. pp. 11

⁶⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op.cit. pp. 89.

⁶⁸ Se ha sostenido que “las expresiones *sin compromiso por precios y fecha de entrega* que se contiene en los pedidos de mercaderías hechos de acuerdo con el agente de una casa exportadora y dirigidos a ésta, no tienen fuerza obligatoria entretanto no se perfecciona el contrato interviniendo una nueva declaración de voluntad de dicha casa tendiente a aceptar los precios ofrecidos y a hacer la entrega de los artículos en determinadas fechas”. Corte Suprema, 21 de septiembre de 1933, R. t. XXXI, sec.1ª, pp.26.

⁶⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op.cit. pp. 89.

hubieren sido enajenados, cuando no se haya verificado una alteración en su precio y cuando ellos existan.

2.3.4 Seriedad.

A su vez, la doctrina nacional⁷⁰ establece que la oferta, igualmente, debe cumplir con otro requisito: la seriedad de la misma⁷¹, es decir, la existencia de una voluntad decidida y categórica de celebrar el contrato. Se ha sostenido que la oferta "...constituye una manifestación de voluntad definitiva y en términos tan precisos y concretos que basta la mera aceptación de la otra parte para que el contrato se forme"⁷². En definitiva, "para que haya oferta el proponente debe realizar una manifestación de voluntad que, razonablemente, y de acuerdo con los usos, costumbres y las circunstancias del caso, indique la intención clara de obligarse en caso de que el destinatario la acepte"⁷³. Ello se relaciona directamente con la existencia de un componente volitivo, con una voluntad que se encamina, a través de su exteriorización, a captar la intención latente de un receptor potencial. Dicha exteriorización inicial, al igual que la del receptor, deberá estar revestida de la seriedad suficiente para configurar el acuerdo necesario con objeto de la satisfacer los intereses mutuos.

2.3.5. Precio.

En cuanto al contrato de compraventa propiamente tal, es necesario hacer referencia al precio. Aunque ello exceda de nuestro análisis, puesto que no corresponde efectuar un análisis de todos los requisitos de existencia del contrato,

⁷⁰ LEÓN HURTADO, Avelino (1991) op. cit. pp. 57.

⁷¹ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1994) op. cit. pp. 272.

⁷² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op.cit. pp. 86

⁷³ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1994) op. cit. pp. 272.

sino sólo lo referente al consentimiento, ello constituirá una ayuda relevante al momento de abordar este tema dentro de la CV.

El artículo 139⁷⁴ del Código de Comercio establece que, faltando acuerdo entre las partes en cuanto a éste no habrá compraventa. Se aplica entonces el aforismo "*sine pretio nulla est venditio*". Este elemento es un elemento esencial del acuerdo, mas no de la oferta misma. Ello queda establecido tanto de la lectura del precepto citado, como de lo establecido en el artículo 1808 del Código Civil. Lo señalado tiene validez no sólo a nivel de compraventa mercantil, sino también en cuanto a aquéllas que no revistieren dicho carácter. En definitiva, no constituye para la legislación nacional un elemento que determine la aptitud de la oferta⁷⁵, más si de la existencia del contrato mismo. Por lo mismo, debe quedar establecido en las fases de conclusión del contrato, pues, de no verificarse su concurrencia, el contrato no nace a la vida jurídica. Ello se desprende de lo establecido en los artículos 139 del Código de Comercio y 1444 del Código Civil.

Analizándolo desde una perspectiva práctica y de realidad del comercio, tanto en su variante nacional como internacional, resulta a lo menos extraño celebrar un contrato de compraventa sin considerar su precio. Ello, pues constituye un elemento fundamental en cuanto a la obtención de ganancias, uno de los móviles más trascendentes del negocio mismo.

Como señalamos, el precio debe configurarse mediante la convergencia de voluntades. Sin embargo, por razones diversas, puede ocurrir que dicha etapa sea obviada por los contratantes. Frente a esto, el Código establece, dentro del mismo artículo 139, que de no existir acuerdo en cuanto al precio, la compraventa no se verificará, salvo que la cosa, objeto del contrato, hubiere sido entregada. En tal caso el precio se presumirá y será fijado en consideración de las circunstancias

⁷⁴ "Art. 139. No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. Habiendo diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador deberá pagar el precio medio. Esta regla es también aplicable al caso en que las partes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato".

particulares existentes dentro del ámbito comercial en el cual se desarrolle la compraventa. Se establece, como criterio determinante, el precio corriente que la cosa tenga el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. En síntesis, verificándose la excepción establecida, el ordenamiento legal de encarga de suplir la la concurrencia de voluntades convergentes y establece, mediante el criterio indicado, el precio a objeto de consolidar la relación negocial. Ello, sólo sería aplicable a la compraventa comercial⁷⁶, no la que revistiera carácter civil.

2.4. Efectividad de la oferta.

De la lectura del artículo 101⁷⁷ del Código de Comercio, y específicamente de la expresión “Dada la contestación...” se ha establecido unánimemente por la doctrina, que dicho precepto presenta plena concordancia con lo establecido en la teoría francesa de la declaración o aceptación⁷⁸, en la que el contrato se forma por la simple verificación de este hecho. Es decir, la oferta, como acto jurídico unilateral, adquiere efectividad, cuando es aceptada por el destinatario. Una vez

⁷⁶ Don Ricardo Sandoval complementa esto al señalar que “según la codificación mercantil, si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. Agrega que en el caso de haber diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador pagará el precio medio. Esta misma regla se aplica en el evento de que los contratantes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato. Asimismo, en la situación en la que las partes han confiado el señalamiento del precio a un tercero y éste no lo determina por cualquier motivo y el objeto vendido ha sido entregado, el contrato de compraventa se lleva a cabo por el precio que la cosa tuviere el día de su celebración, y en caso de variación de precio, por el precio medio. Esto sólo tiene lugar tratándose de la compraventa comercial, porque en la de carácter civil, como ya señalamos, puede dejarse la fijación del precio al arbitrio de un tercero, pero si éste no lo determina puede hacerlo otra persona en la que convienen los contratantes y en caso de no convenirse, no habrá compraventa. Por último, el Código de Comercio contempla el caso de compra de mercaderías por el precio que otro ofrezca. En esa situación el comprador, en el acto de ser requerido por el vendedor, puede llevarla a efecto o desistir de ella. Pasados tres días sin que el vendedor requiera al comprador, el contrato queda sin efecto. Sin embargo, cuando el vendedor hubiere entregado las mercaderías, el comprador deberá pagar el precio que aquellas tuvieren el día de la entrega (art. 141 del Código de Comercio)”. Sandoval López, Ricardo (2007) op.cit. pp. 11

⁷⁷ “Art. 101. Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la propuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente”.

⁷⁸ CLARO SOLAR, Luis (1979) op. cit. pp. 75.

que ello ocurre el contrato se perfecciona y nace a la vida jurídica la intención común plasmada en él. A objeto de efectuar un correcto análisis, es necesario establecer la existencia de dos momentos cronológicamente consecutivos. El primero, posterior en el tiempo y analizado brevemente dentro de este apartado, es la efectividad. El segundo, anterior, dice relación con la eficacia y consiguiente vigencia de la oferta, es decir, aquella que determina desde qué momento en adelante puede considerarse que la aceptación tornará efectiva la oferta. El tema lo abordamos a continuación.

2.5. Eficacia de la oferta.

A modo de definir correctamente el concepto de eficacia de la oferta, un destacado autor colombiano nos señala que “con la utilización de la expresión eficacia de la oferta, se hace referencia a que la misma, una vez que cumpla con los mínimos legales, debe tender a la producción de su efecto natural y obvio, que es el de conducir al cruce de voluntades que se traduce en la formación del contrato”⁷⁹.

Es decir, y en relación al apartado anterior, que una vez dotada de eficacia, la oferta se torna efectiva al verificarse una aceptación, en que se dé cumplimiento a todos los requisitos establecidos para tal efecto, es decir, una aceptación eficaz. La eficacia entonces, corresponde al primer paso dado en búsqueda de la efectividad y consecuente perfeccionamiento del contrato.

Como ya señalamos, es trascendente tener en consideración que la oferta producirá su efecto natural, al ser aceptada mientras se encuentre vigente. En nuestro Código de Comercio, la eficacia se encuentra determinada en ese sentido. En base a la teoría de la declaración asumida por este cuerpo legal, la oferta está dotada de eficacia desde el momento en que es emitida o declarada. Desde ese

⁷⁹ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009), op. cit. pp. 146.

momento entendemos, y verificado el cumplimiento de los requisitos que la configuran, ella no puede ser retirada, más puede revocarse, asumiendo la indemnización de perjuicios contenida expresamente dentro del artículo 100 del cuerpo legal en comento.

En cuanto a este tema, es necesario analizar la clasificación que el Código de Comercio hace de la oferta misma. El legislador establece en los artículos 97⁸⁰ y 98⁸¹ la existencia de dos órdenes de ofertas: la oferta verbal y la oferta escrita. La verbal, de acuerdo a lo establecido en el articulado correspondiente, genera obligación para el proponente sólo cuando es aceptada de manera inmediata por la persona a la cual va dirigida. El mismo precepto establece que de no mediar la aceptación, el proponente queda liberado de todo compromiso.

A su vez, respecto de la oferta escrita, el cuerpo legal en comento nos sitúa en dos escenarios. El primero, relativo al caso de la oferta realizada a quien reside dentro del mismo lugar del proponente. Se fija, para este plazo, un límite de aceptación por parte del destinatario de 24 horas desde el acto en que es conocida. El segundo escenario, se refiere a los casos en que el lugar de residencia del destinatario fuere diverso al del oferente. En este caso, se establece como criterio delimitador la denominada "vuelta de correo"⁸², criterio a todas luces, indeterminado.

⁸⁰ "Art. 97. Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso".

⁸¹ "Art. 98. La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada. En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación".

⁸² La expresión "a vuelta de correo" empleada por el artículo 98 del Código de Comercio, no importa un concepto jurídico definido por el legislador, ni se contienen en la ley otros elementos que pudieran determinar su naturaleza y extensión, por lo cual debe quedar entregado a la prudente apreciación de los falladores de la instancia resolver, en cada caso, si la propuesta hecha por escrito fue adoptada dentro de ese término. En consecuencia, no infringe el citado precepto legal la sentencia que, para acoger la acción de cumplimiento del contrato intentada, tiene presente la consideración de orden subjetivo de estimar que el plazo de veinticuatro horas que medió entre la proposición escrita del demandado y la respuesta del actor, encuadra dentro de la expresión "a vuelta de correo" y rae. por consiguiente, esta última no puede ser calificada de extemporánea. Corte Suprema, 25 de octubre de 1961, R., t. LVIII, sec. I^a, p. 425.

2.6. Extinción de la oferta.

La oferta está destinada a tener una vida breve, ya sea porque se verifica su aceptación y se da vida al contrato, cuestión que analizaremos con posterioridad dentro de este capítulo, o por el contrario, se extingue sin producirlo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por verificarse su revocación o retractación o su caducidad.

2.6.1. Revocación de la oferta.

La revocación o retractación “es el acto por el cual el proponente revoca la oferta antes que haya sido aceptada por la persona a quien va dirigida”⁸³. El autor citado hace una referencia indistinta a ambos conceptos, estableciéndolos como sinónimos. En doctrina comparada, el término utilizado para la situación descrita, es el de retiro, puesto que se reserva el uso del vocablo revocación, para los casos en que la relación jurídica contractual se ha perfeccionado. Se analizará con mayor detalle más adelante dentro de esta obra. Volviendo al tema, existe un momento posterior a la presentación de la oferta, en que quien la efectuó puede arrepentirse de ello, por los motivos que fueren. Se ha sostenido que “mientras la oferta no haya sido aceptada, su autor puede retractarla libremente y sin expresar causa, en cualquier momento, aún después que su destinatario la haya conocido”⁸⁴. Ello es reconocido por el legislador, pero bajo la concurrencia de determinados requisitos. Así, se ha dicho que “el retiro de la proposición debe ser tempestivo, mientras no intervenga la aceptación. Así, en el evento de que el oferente se hubiese comprometido a esperar contestación o a no disponer del

⁸³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 12.

⁸⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 93.

objeto del contrato, sino después de desechada la proposición, o de transcurrido un determinado plazo, no puede retractarse en tanto no se cumplan esas condiciones, y si lo hace antes que ello ocurra, la revocación tiene el carácter de intempestiva”⁸⁵. El Código de Comercio, en su artículo 100, impone a quien revoca la oferta el pago de la indemnización de los daños y perjuicios provocados por su acción. Dicha sanción se encuentra expresamente establecida. A modo de ejemplo, si “el destinatario de la oferta remitió las mercaderías pedidas junto con recibir aquélla o si en vista de la oferta se privó de venderlas a otro haciendo una utilidad, etc., el proponente deberá indemnizarle, en el primer caso, los gastos que originó el envío de las mercaderías, y, en el segundo, el lucro cesante”⁸⁶. El autor citado justifica dicha indemnización en base a razones estrictamente legales, establecidas por “razones de equidad y justicia como sanción a la obligación legal que pesa sobre el proponente de esperar respuesta dentro del plazo señalado al efecto, y sometida por lo mismo, a las reglas de la responsabilidad contractual”⁸⁷. A nuestro parecer, dicha solución no es la óptima, pues estimamos que en base a la teoría de la declaración asumida por el Código de Comercio, la oferta presenta plena eficacia desde el momento en que es emitida, obligando por ende al oferente. El problema surge en determinar precisamente en qué momento existe o se configura la aceptación misma, no obstante ello a que se configure la responsabilidad precontractual pertinente. Profundizaremos esto con posterioridad dentro de este trabajo.

La revocación oportuna de la oferta, tiene como efecto principal, la privación de vigencia de la misma, lo cual, como se ha sostenido, “obsta para que el consentimiento se forme y para que el contrato surja, por ende, a la vida jurídica. Por el contrario, el arrepentimiento inoportuno del proponente no impide la formación del consentimiento, porque el contrato se ha perfeccionado entre las partes y tiene para ellas el carácter de ley (art. 1545 del Código Civil)”⁸⁸.

⁸⁵ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 12.

⁸⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 94.

⁸⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 94.

⁸⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 12.

La retractación de la oferta, al igual su formulación, debe hacerse en términos formales y explícitos. Ello se ve corroborado por lo establecido en la ley, pues ahí se señala que “el arrepentimiento no se presume” (art. 99 inc. final del Código de Comercio).

2.6.2. Caducidad de la oferta.

Este constituye “otro motivo que determina la pérdida de su vigencia. Ella se produce, a su turno, por muerte del proponente, incapacidad sobreviniente del mismo, quiebra y expiración del plazo legal o convencional”⁸⁹.

⁸⁹ Don Ricardo Sandoval López, analiza cada una de tales situaciones de manera separada. “a) Muerte del proponente: puede suceder que el oferente fallezca antes que se acepte su proposición en orden a celebrar un determinado contrato. En este caso desaparece conjuntamente con él su voluntad, por lo que el consentimiento, que es esencialmente un acuerdo de voluntades, no llega a formarse. Cuando el peticionante se ha obligado a esperar respuesta dentro de un determinado plazo y pendiente este último fallece antes que se haya dado la aceptación, se discute si esa obligación se transmite a los herederos y un sector de la doctrina se orienta por una respuesta positiva. b) Incapacidad sobreviniente del oferente: si en el tiempo que media entre la formulación de la oferta y la aceptación de la misma, el proponente sufre una incapacidad que le prive de la libre administración de sus bienes (por ejemplo, declaración de interdicción), la proposición de contrato caduca. Sabemos que los requisitos de validez deben concurrir al tiempo de formarse el consentimiento, y si así no sucede, éste no surge para dar vida al contrato. c) Quiebra del peticionante: En el evento de que el oferente sea declarado en quiebra antes que se haya aceptado su oferta de celebrar un determinado contrato, caduca asimismo la proposición y el consentimiento no llega a formarse. La quiebra produce como efecto inmediato, desde que se pronuncia, el desasimiento del deudor fallido, que queda inhibido de la administración de los bienes comprendidos en el concurso, por lo que no puede celebrar actos jurídicos válidos. El contrato que no alcanzó a perfeccionarse no puede celebrarlo el quebrado después de su declaratoria en falencia, a menos que se trate de algún bien no comprendido en el desasimiento. No puede perderse de vista que la naturaleza jurídica del desasimiento es la de una simple inhibición temporal de administrar los bienes de la quiebra, establecida en favor de los acreedores, y no una incapacidad. d) Expiración del plazo legal o convencional. Si la proposición se sujeta a un término legal o convencional, la expiración del mismo sin que la aceptación se haya dado, origina la caducidad de la oferta. La aceptación dada una vez transcurrido el plazo carece de efectos jurídicos; el consentimiento no logra formarse, porque la proposición ya había caducado. El término al que la peticionación puede quedar supeditada es, generalmente, de naturaleza convencional, acordado entre el proponente y la persona a quien va dirigida su oferta. El oferente debe respetar el plazo convenido y no puede retractarse válidamente antes de su vencimiento. La ley contempla, no obstante, una hipótesis de plazo legal, respecto de la propuesta hecha por escrito, que deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiera sido aceptada (art. 98 incisos 1º y 2º del Código de Comercio). La determinación de la época en que es

3. La aceptación.

3.1 Concepto.

La aceptación ha sido definida por Ricardo Sandoval, como “el acto jurídico por el cual la parte a la cual se ha dirigido una proposición, la admite consintiendo en la celebración del negocio jurídico propuesto”⁹⁰.

Otra definición, esta vez Francisco Saavedra Galleguillos, no señala que la aceptación puede definirse como “la manifestación de voluntad negocial que emite el destinatario de una oferta con el objeto de comunicar al oferente su plena conformidad con los términos de la propuesta, determinándose, por tanto, la perfección del contrato. Es una declaración unilateral, recepticia, que se dirige al autor de la oferta, por la cual el destinatario le manifiesta su asentimiento al negocio que aquél le propuso”⁹¹.

La profesora María Dora Martinic Galetovic, en tanto, la define como “un acto jurídico unilateral por el cual el destinatario acepta pura y simplemente la oferta”⁹².

Arturo Alessandri nos indica, que la aceptación “es un acto por el cual la persona a quien se dirige la oferta manifiesta su conformidad con ella”⁹³.

De las definiciones citadas, es posible extraer varios elementos comunes. En primer lugar, el carácter unilateral de la manifestación de voluntad. En segundo lugar, podemos apreciar que el efecto de una aceptación, prestada conforme a los requisitos que a continuación se expondrán, es el de generar el consentimiento o

dada la aceptación, en estos casos, es una cuestión de hecho que debe quedar entregada a la apreciación de los tribunales”. Sandoval López, Ricardo (2007) op. cit. pp.13 -15.

⁹⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 15

⁹¹ SAAVEDRA GALLEGUILOS, Francisco Javier. *Teoría del...*cit. En cita 22. Pág. 281

⁹² MARTINIC GALETOVIC, Dora. Apuntes sobre formación del consentimiento. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2000, pág. 6.

⁹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 91.

acuerdo de voluntades. El destinatario consiente y declara su conformidad con la oferta, lo que configura un escenario en el cual nacen derechos y obligaciones para y entre las partes.

Como ya se indicó, para que la aceptación se configure como tal y pueda, en definitiva, originar la formación del consentimiento, es preciso que cumpla con determinados requisitos.

3.2. Requisitos de la aceptación.

De acuerdo a la mayoría de la doctrina, la aceptación debe ser oportuna, debe ser pura y simple y debe exteriorizarse⁹⁴.

3.2.1. Oportunidad.

A nuestro parecer, el requisito de oportunidad en la aceptación, tiene relación directa con la vigencia de la oferta. Una aceptación que deviene en inoportuna, es aquella que no se ha verificado dentro de la oportunidad dada para que ello se configure, es decir, cuando ella ha perdido eficacia, por falta de vigencia.

La aceptación debe verificarse durante la vigencia de la oferta, para que así se produzca la formación del contrato en la forma establecida en el artículo 101 del Código de Comercio.

Como señala un autor “la aceptación que se otorga una vez caducada la oferta, carece de relevancia para el proceso formativo del consentimiento. Sin embargo, el inciso final del artículo 98 del Código de Comercio dispone que en

⁹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 16

caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación”⁹⁵. Ello se justifica, como se ha sostenido, en base a que el aceptante “puede interpretar el silencio del proponente como voluntad de mantener la oferta”⁹⁶. La ley no establece para este caso, un plazo preciso, ya que sólo se limita a indicar que debe darse “pronto aviso”. Dicho término genera incertidumbre, pues, como ya señalamos, nuestra legislación no contempla como criterio para su determinación (del “pronto aviso”) la razonabilidad aplicada al caso concreto. Dicho criterio, permite variar los plazos exigibles en función del caso particular, exigiendo plazos más breves o prolongados dependiendo de las circunstancias particulares. En cuanto al aviso, se ha sostenido que reviste el carácter de obligatorio “sólo cuando el proponente no ha señalado plazo para la aceptación”⁹⁷. A su vez, la aceptación extemporánea no impide el acuerdo de voluntades, cuando el proponente está conforme con ella.

Sin embargo, de no verificarse lo anteriormente señalado, y aún para el caso de dar cumplimiento a todos los demás requisitos establecidos, la regla general, es que la aceptación extemporánea, de acuerdo a la interpretación de los artículos 99 y 101 del Código de Comercio, es que no habría contrato, pues “no se habría producido la concurrencia de voluntades”⁹⁸.

A modo de ejemplo, podemos mencionar los plazos, ya señalados en el apartado referido a la eficacia de la oferta, establecidos para los casos de la oferta verbal o escrita. Se ha sostenido⁹⁹, que “dada la aceptación dentro de los plazos indicados, es oportuna, aunque en el hecho no llegue a poder del proponente o le llegue con posterioridad al vencimiento de los mismos” (...) “estos plazos son para dar la aceptación y no para que esta llegue a manos de aquél” (...) “al aceptante incumbe probar que la respuesta llegó a poder del proponente. Así se ha

⁹⁵ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 16.

⁹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 99.

⁹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 99.

⁹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 93.

⁹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 98.

fallado¹⁰⁰”. Lo anteriormente señalado respalda lo señalado, en orden a la asunción de la teoría asumida por nuestro Código de Comercio para la eficacia de las manifestaciones de voluntad. Ello, pues la mera declaración de la aceptación respecto de la oferta deviene en el nacimiento de un vínculo jurídico, sin importar si la persona del oferente tiene conocimiento de tal hecho.

3.2.2. Aceptación pura y simple.

Este requisito dice relación con la concordancia plena que debe darse entre la oferta y la aceptación. Ello se deriva de la lectura de los artículos 101 y 106¹⁰¹ del Código de Comercio.

Como se ha sostenido la aceptación “debe coincidir exactamente con la oferta tanto en cuanto a las personas, como a la cosa a que se refiere y a todas las demás circunstancias o modalidades que contenga”¹⁰². Por ende, cualquier alteración, produce el efecto de constituir esa supuesta aceptación, en una nueva propuesta o contraoferta. Esta última nacerá, en la medida que se cumplan todos

¹⁰⁰ Gaceta Jurídica, año 1892, tomo II, sentencia 3178, pág. 1008. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 98.

¹⁰¹ “Art. 106. El contrato propuesto por el intermedio de corredor se tendrá por perfecto desde el momento en que los interesados aceptaren pura y simplemente la propuesta”.

¹⁰² El autor citado, coloca otros casos hipotéticos. Señala que “la oferta a persona determinada deberá ser aceptada por aquella a quien se hace y no por otra; la aceptación, en principio, debe emanar del destinatario de la oferta. Hechas por varias personas a una sola, deberá ser aceptada respecto de todas y no de una o algunas únicamente, a menos que la oferta así lo autorice. Hecha a varias a la vez, deberá ser aceptada por todas; de lo contrario, el contrato no se forma ni aun respecto de las que aceptaron la oferta, salvo que otra cosa resulte de la intención de las partes”. Agrega que “si la oferta se refiere a cantidades, la aceptación de una cantidad mayor o menor que la ofrecida obsta igualmente a la formación del contrato, a no ser que en la intención de sus autores basten la aceptación de una parte de la cantidad ofrecida, para que aquel se forme en esa parte”. “Lo mismo cabe decir si la oferta comprende varias cosas: a menos que en la intención de las partes aquéllas hayan sido consideradas separadamente, de modo que cada una sea objeto de una oferta independiente, la aceptación debe ser total y referirse a todas. De lo contrario no habrá contrato”. De lo sostenido por este autor, y en general por la doctrina nacional, se colige que dentro de nuestro sistema se asume que el consentimiento se forma sobre la base de una concordancia perfecta entre oferta y aceptación. se asemeja a la regla del espejo sostenida en sistemas del *Common Law*, en los cuales, cualquier desviación, por mínima que sea, deriva en que el contrato no se perfeccionará. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) cit. op. pp. 99.

los requisitos establecidos para su configuración, de acuerdo a lo expresamente establecido en el artículo 102¹⁰³.

De lo anterior, se puede concluir que nuestro Código de Comercio establece un sistema de gran rigidez en cuanto a la aceptación. En efecto, cualquier desviación, por mínima que fuere deriva en una nueva oferta potencial. Es decir, debiera producirse una etapa de negociación de gran acuciosidad para configurar una oferta plenamente concordante con los intereses de ambas partes. De no verificarse ello, por los motivos que fueren, en especial en lo relativo al uso de cláusulas o condiciones generales, estaríamos ante un grave problema, que podría incluso, llegar a la anulación del contrato, cuestión a todas luces evitable.

3.2.2.1. Aceptación condicional.

Cuando una aceptación se verifica en los términos del artículo 102, esto es, con modificaciones a lo planteado en la oferta, deviene, en palabras de nuestra doctrina, en una aceptación condicional. En este caso se sostiene que “las voluntades de ambas partes no han concurrido”¹⁰⁴.

Se constituye, entonces, una nueva propuesta, la que deberá cumplir con los requisitos, ya señalados, establecidos para dar vida a una nueva oferta, por lo que le son plenamente aplicables las reglas establecidas al efecto por el Código de Comercio. Estaremos ante un consentimiento válido, cuando el proponente primitivo, y actual destinatario, manifieste su aceptación de manera pura y simple.

3.2.3 Manifestación de la aceptación.

¹⁰³ “Art. 102. La aceptación condicional será considerada como una propuesta”.

¹⁰⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 100.

El tercer requisito establecido es la exteriorización de la aceptación, tema que no presenta objeciones dentro de la doctrina. La regla general dentro de nuestro Derecho es que dicha exteriorización puede manifestarse de cualquier forma, “ personalmente o por medio de representantes, intérpretes, corredores o mensajeros, sea de palabra, emitida verbalmente, por teléfono, radio, fonógrafo o gramófono, sea por escrito, mediante instrumento público o privado, manuscrito, impreso, dactilografiado o reproducido o transmitido por cualquier medio mecánico (fotografía, telegrama, cablegrama, radiograma), sea por hechos, signos o actitudes que la revelen de un modo inequívoco”¹⁰⁵. La mayoría de la doctrina estima que “lo dicho se entiende sin perjuicio de las reglas relativas a la prueba (...), porque una cosa es la forma cómo puede manifestarse la voluntad y, otra muy diferente, la forma cómo esta voluntad puede ser acreditada. Las reglas que rigen ambas no son las mismas”¹⁰⁶. Las partes pueden, en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad, establecer las formas que ellas consideren convenientes para el caso concreto, debiendo estarse a lo convenido en virtud de la aplicación del artículo 1545 del Código Civil, sin prescindir de los requisitos establecidos en la ley. Excepcionalmente el contrato puede ser de aquellos que la ley clasifica como solemne, con lo cual, la manifestación deberá efectuarse dando en la forma establecida por la ley.

La aceptación puede manifestarse de forma expresa o tácita. Así lo reconoce la ley en diversos preceptos¹⁰⁷(artículos 142, 1241, 1449, 1693, 2123, 2124, 2136, 2164, 2494 del Código Civil y 103 del Código de Comercio). Como se ha señalado “es expresa cuando se manifiesta en términos formales y explícitos. Tácita es la aceptación cuando el asentimiento de la persona a quien va dirigida la propuesta, resulta de la verificación de ciertos actos que involucran inequívocamente su propósito de admitirla, como sucede cuando da comienzo a la ejecución del contrato propuesto”¹⁰⁸. En cuanto a la aceptación tácita, se ha sostenido que “es esencial que estos hechos sean tales que denoten en su autor

¹⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 72.

¹⁰⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 72-73.

¹⁰⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 73.

¹⁰⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 16.

la voluntad inequívoca de celebrar el contrato, que no admitan otra interpretación que el propósito de contratar”¹⁰⁹. Corroborando esto, el mismo autor nos señala que “el consentimiento no puede ser presunto o supuesto: sea expreso o tácito, debe ser siempre cierto”¹¹⁰. Respalda dicha afirmación de lo dispuesto en los artículos 142, 1241, 1449, 1695, 1904, 1956, 2124, 2164 y 2494 del Código Civil.

Ambas formas de aceptación, sin embargo, están sujetas a las mismas reglas y producen los mismos efectos. Para casos en los que estemos en presencia de una controversia, corresponderá al “juez determinar, en el caso concreto sometido a su decisión, si ha intervenido o no aceptación tácita. Se trata de una cuestión de hecho que debe ser acreditada en la causa por quien la invoque y decidida por los jueces del fondo”¹¹¹. Otro autor nos señala que “determinar si ha habido voluntad de contratar manifestada eficazmente es una cuestión de hecho que los jueces de fondo establecen de forma soberana. Pero si la ley ha señalado los actos que constituyen aceptación tácita, como en los casos de los arts. 138, 1241, 1449, 1904, 2164 y otros, sólo es cuestión de hecho establecer la existencia de tales actos”¹¹².

A su vez, existen casos en que la aceptación tácita es inadmisibles. Ellos son principalmente dos casos. En primer lugar, cuando la declaración es de tal importancia para los contratantes que debe darse de manera expresa (arts. 1511, 1635, 1637, 1907, 1946, 1956, 1981, 2068, 2135, 2144, 2209 y 2454) y en segundo lugar, cuando las partes, en virtud de lo establecido 1545, así lo han convenido.

Junto con todo lo anteriormente señalado, puede verificarse la existencia de un conflicto entre la voluntad expresamente manifestada por una persona y su voluntad tácita. Cuando nos encontremos ante ello, se afirma que “deberá

¹⁰⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 74.

¹¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 74

¹¹¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 17.

¹¹² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 75.

preferirse aquélla (la expresa); es la más directa”¹¹³. Ello encuentra sustento en lo establecido en el artículo 1244¹¹⁴ del Código Civil.

Sin embargo, en base a la teoría de la declaración, dicha manifestación de asentimiento produce efecto desde el momento mismo en que es efectuada, sin importar si ella fue puesta en conocimiento del oferente, o si al menos fue colocada dentro de su esfera de control. Es decir, tiene un carácter eminentemente subjetivo, y, por lo demás, muy difícil de demostrar.

3.2.3.1. Valor del silencio.

Existen casos en que, ante la oferta o proposición de celebrar un contrato efectuada a una determinada persona, ella no manifiesta su voluntad de aceptarla o rechazarla, en términos de que la persona “no manifieste su voluntad con relación a un acto jurídico en forma alguna, ni de palabra ni por signos, ni por actos o hechos de los cuales pueda inducirse una voluntad tácita”¹¹⁵. Si ello se verifica, estamos frente a un caso de silencio. En términos jurídicos el silencio “supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aún tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento a favor o en contra del contrato que se le propone”¹¹⁶.

En cuanto a sus efectos, es innegable que el silencio, en base a lo preceptuado en ocasiones por el legislador, produce efectos jurídicos concretos¹¹⁷.

¹¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 76.

¹¹⁴ “Art. 1244. La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizada por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal”.

¹¹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 76.

¹¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 76.

¹¹⁷ En materia civil, podemos citar el silencio o la inacción en los casos de a) prescripción (art. 2514), b) en los casos de delito o cuasidelito (arts. 368, 477 y 667), c) como fuente de responsabilidad contractual, específicamente en lo relativo a los vicios redhibitorios (arts. 1858 n° 3 y 1861) y las turbaciones de derecho que sufra el arrendatario (art. 1930 inciso 4°), d) como aceptación de: un estado civil (art. 212), de ciertos hechos (art. 195) o de la factura entregada por el vendedor (art. 160 del Código de Comercio), e) como repudiación de un derecho (art. 1233) o e)

Sin embargo, ello no constituye la regla general. El silencio es, por naturaleza, equívoco. Como nos dice don Arturo Alessandri, “no puede desprenderse que el silencio sea siempre y en toda ocasión fuente de efectos jurídicos y que el adagio *quien calla otorga* tenga el valor de una regla de derecho”¹¹⁸. El autor citado propone alterar dicho adagio y enunciar como regla general la frase “*quien calla otorga cuando ha podido y debido hablar*”¹¹⁹.

En materia contractual, el consentimiento puede presumirse sólo en los casos expresamente establecidos en la ley. Frente al caso en que el precepto legal nada mencione, la doctrina estima que el silencio no puede originar un vínculo contractual, puesto que dicha inacción no puede estimarse como una manifestación de voluntad eficaz para producir dicho efecto. Sin embargo, ello no significa que el silencio no pueda constituir, en ciertos casos, una manifestación de voluntad estimada como suficiente para generar un contrato. En este caso, se ha aceptado por la mayoría de la doctrina, que “el silencio constituye una manifestación de voluntad suficiente para generar un contrato cuando va acompañado de otras circunstancias que permitan considerarlo, sin ambigüedades, como expresión de la voluntad de la persona de que se trata”¹²⁰. Es lo que los autores denominan *silencio circunstanciado*. Dichas circunstancias pueden ser de diverso tipo, como por ejemplo, la existencia entre las partes, de relaciones de negocio anteriores. Su procedencia como manifestación de voluntad, será apreciada por los jueces del fondo.

caducidad del nombramiento de albacea. En materia procesal, el silencio puede llegar a constituirse en: a) confesión (arts. 384 y 457 del Código de Procedimiento Civil), b) aceptación de las resultas de un litigio (art. 22 del Código de Procedimiento Civil) o de lo obrado en él (art. 83 del Código de Procedimiento Civil), c) reconocimiento de la autenticidad de un instrumento (arts. 331 n° 3 y 335 n°3 del Código de Procedimiento Civil) y d) voluntad de ser pagado un crédito con el precio de la subasta (art. 514 del Código de Procedimiento Civil). El silencio, incluso, puede ser considerado como voluntad suficiente para generar un contrato, como en los arts. 2125 y 2195 inciso 2° (aceptación del cargo de una persona que por su profesión u oficio se encarga de negocios ajenos, o en el segundo caso, esto es, comodato precario). ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 77.

¹¹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 78.

¹¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 78.

¹²⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 80.

A su vez, el silencio será considerado como manifestación válida de voluntad cuando las partes así lo determinen o convengan. Ello se verifica, por ejemplo, en los contratos de arriendo, trabajo o de sociedad, cuando ninguna de las partes expresa su intención de ponerle fin al término de cada uno.

En definitiva, el silencio puede considerarse como manifestación de voluntad cuando así lo han establecido las partes, cuando así lo ha establecido la ley y en los casos de silencio circunstanciado.

4. Formación del consentimiento.

4.1. Aspectos Generales.

Nos hemos referido de manera exhaustiva durante este capítulo a las instituciones que, de manera secuencial y copulativa, generan o configuran el consentimiento. La importancia de la oferta y la aceptación, en cumplimiento estricto de los requisitos establecidos para su existencia, es trascendental, pues en ausencia de cualquiera de estos componentes, el consentimiento, lisa y llanamente, no se formará. Lógicamente, ello conlleva la inexistencia del contrato, cualquiera sea éste, pues, el elemento en cuestión, corresponde a uno de los requisitos de existencia de cualquier acto jurídico bilateral. Como se ha dicho, “lo que constituye el contrato es este acuerdo”¹²¹.

Es necesario, pues, definir el concepto y analizarlo de manera concreta.

El consentimiento es, básicamente, “el acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico”¹²². Así define este momento don Arturo

¹²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 83

¹²² En la nota al pie, el autor hace referencia a la influencia recibida, principalmente de autores de habla francesa. Dentro de los autores citados, encontramos, por ejemplo, a Gaudemet, Colin, Capitiant, Josserand, Planiol y Ripert. También, dentro de la doctrina comparada, cita a De

Alessandri, tomando como referencia a un gran número de autores de derecho comparado. A ello agrega que “es este acuerdo el que constituye el contrato” y “que éste (el contrato) no podría existir sin él” y “que el contrato es un acto es un acto esencialmente bilateral”¹²³.

Sin embargo, el mismo autor citado nos señala que lo anterior no corresponde a la acepción utilizada por el legislador, donde “la voz consentimiento es sinónima de voluntad”. En la misma línea, según el Código, “consiente quien acepta quedar ligado por un acto jurídico, quien manifiesta su aquiescencia al contrato que se trata”¹²⁴.

Sobre dicho acuerdo, formado en base a la concurrencia de la oferta y la aceptación, se ha establecido, que “debe recaer sobre todos los puntos que son materia del contrato, sean esenciales o meramente accidentales (...) en principio, el desacuerdo de las partes sobre cualquiera de ellos obsta a la formación del contrato”¹²⁵.

4.2. Momento en que se perfecciona el contrato

Fijar el momento en que se perfecciona el contrato presenta gran relevancia por muchas razones. Por una parte, nos permitirá establecer las leyes aplicables al caso, pues, dentro de nuestra legislación, de acuerdo al artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, en todo contrato se entienden incorporadas todas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Por otra, permite determinar si las partes contaban con los requisitos necesarios para ser capaces de obrar en la vida jurídica, celebrando el contrato. Lo mismo puede decirse respecto de la licitud del objeto del contrato. Un autor nos señala además, que es trascendental

Ruggiero y Giorgi. En cuanto a los autores nacionales, se hace referencia a don Luis Claro Solar. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 66.

¹²³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 66

¹²⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 66

¹²⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 83

en cuanto a determinar si el contrato “se celebró antes o después de la declaratoria de uno de los contratantes, cuál de los dos compradores o arrendatarios de una misma cosa, que les ha sido vendida o arrendada separadamente y que no se ha entregado a ninguno, deberá ser preferido (arts. 1817 y 1922), desde cuándo son de cargo del acreedor los riesgos del cuerpo cierto objeto del contrato y exigibles los derechos y obligaciones que engendra, hasta qué momento el proponente puede retractarse de su oferta, hasta qué momento la muerte o incapacidad legal de una de las partes obsta a la formación del mismo, ya que, perfeccionado el contrato, esa retractación no es posible y esa muerte o incapacidad carece de toda influencia, etc.”¹²⁶

Para dar respuesta a la pregunta sobre el momento en que se perfecciona el contrato, es necesario proceder a distinguir entre contrato “entre presentes”¹²⁷ y “entre ausentes”.¹²⁸

Tratándose de un contrato perteneciente a la primera categoría, la aceptación deberá, entregarse inmediatamente, formándose en ese instante el consentimiento. Ello no genera mayores dudas ni conflictos. A su vez, cuando el contrato es “entre ausentes”, el tema es más complejo. El contrato entre ausentes puede definirse como “aquel en que, al darse la aceptación, las partes o sus personeros no se hallan en presencia una de otra”¹²⁹. Es indiferente que, al hacerse la oferta o en cualquier otro momento del período precontractual, las

¹²⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 101.

¹²⁷ Se establece que “para algunos autores son tales los que se verifican estando ambas partes, proponente y aceptante, en el mismo lugar y al mismo tiempo; en otros términos, “de cuerpo presente”. En una noción menos estricta y más acorde con las facilidades de comunicación de nuestros días, se consideran contratos “entre presentes” aquellos en que, no obstante que las partes no se encuentran físicamente en el mismo lugar, pueden comunicarse sus decisiones de inmediato. Así, un contrato acordado mediante una comunicación telefónica o de otra forma semejante, es un contrato entre presentes. En consecuencia, en los negocios entre presentes basta que la emisión de la oferta pueda ser seguida de inmediato por la aceptación, aun cuando medie distancia física entre las partes.” SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 17.

¹²⁸ Esta terminología no es aplicada por el Código de Comercio, sino que es obra de la actividad doctrinaria. El Código utiliza los términos *oferta verbal* (artículo 97) y *oferta escrita* (artículo 98). La clasificación enunciada en el texto, se hace plenamente operativa en concordancia por lo establecido en el Código, puesto que cuando estamos en presencia de una oferta verbal, entendemos que ella se efectúa entre presentes, en la manera explicada en la cita anterior, y cuando hablamos de contrato entre ausentes, entendemos que ella encuadra en la categoría de oferta entre ausentes.

¹²⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 102

partes hayan estado presentes¹³⁰. Lo esencial en este tipo de contratos, es que la aceptación no llegue a conocimiento del proponente en el acto mismo de ser emitida, “de modo que entre ella y su conocimiento por el proponente hay siempre un espacio de tiempo apreciable”¹³¹. Es esto último lo que determina el carácter de ausencia. En principio, todo contrato puede celebrarse entre ausentes. Incluso encontramos contratos solemnes dentro de ellos¹³², exceptuándose sólo aquellos contratos, como por ejemplo el matrimonio, en que se requiere la presencia simultánea de ambas partes¹³³.

Nuestro ordenamiento jurídico, establece como criterio para determinar la formación del consentimiento, el instante mismo de la aceptación. Ello se deriva de la interpretación del artículo 99¹³⁴ del Código de Comercio. En él se establece que respecto de la oferta, eficaz desde el momento de su declaración, su retractación sólo podrá efectuarse en un momento anterior a la aceptación. Ahí radica la importancia de la determinación de este momento, puesto que según este sistema “el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante manifiesta su aceptación, aunque el proponente la ignore o el instrumento que la

¹³⁰ Según esto, no sólo es contrato entre ausentes aquel en que la oferta y la aceptación se hacen por escrito, que es el que contempla el art. 98 del C. de C, sino también aquel en que la oferta se hace verbalmente, pero la aceptación se da por escrito, por haberlo acordado así las partes o porque se otorgó al aceptante un plazo para que contestara y, al hacerlo, aquéllas ya no se hallan presentes. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 102.

¹³¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 102

¹³² Nada se opone a que yo venda un inmueble a Pedro por una escritura pública en que comparezca yo únicamente. La venta se perfeccionará cuando Pedro declare aceptarla en otra escritura pública, siempre que hasta ese momento no haya ocurrido mi retractación, muerte o incapacidad legal (art. 101 C. de C): Rev. 34. La ley no ha exigido en parte alguna, para la validez de los contratos solemnes, que las partes comparezcan simultáneamente en una misma y única escritura. Por el contrario, el art. 448 del C. de C. autoriza expresamente la incorporación de nuevos socios a una sociedad anónima ya establecida, en cuyo caso quien pretende hacerlo deberá otorgar una escritura en que acepte el contrato social en todas sus partes, y el art. 1412 C.C, al exigir que la aceptación del donatario sea notificada al donante, admite la posibilidad de que esta aceptación se realice separadamente de la declaración de voluntad del donante, y la donación es, en muchos casos, un acto solemne, puesto que debe otorgarse por escritura pública (arts. 1400, 1403, 1404 y 1407). ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 102

¹³³ Las cuales en este caso pueden concurrir personalmente o a través de sus mandatarios. Lo anterior se encuentra contenido dentro del artículo 17 de la Ley de Matrimonio Civil.

¹³⁴ “Art. 99. El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume”.

contiene no llegue a su poder”¹³⁵. Debemos reiterar, que como toda declaración de voluntad, para que la aceptación surta efecto, junto con los demás requisitos establecidos para su eficacia, ella debe manifestarse, pues como se ha señalado “el derecho no toma en cuenta la voluntad que queda en el fuero interno de su autor, el *propositum in mente retentum*”¹³⁶. Una vez que la voluntad trasciende la mente del autor y se exterioriza, se verifica el concurso de voluntades, aún cuando ello no sea conocido por el oferente. Lo anterior se corrobora en base a lo establecido en el artículo 101.

Sin embargo, existe una excepción, pues “tratándose de las donaciones entre vivos, en conformidad con el artículo 1412 del Código Civil, se admite la doctrina del conocimiento o información, porque requiere que la aceptación haya sido notificada al donante”¹³⁷. Es decir, por una parte, se entiende que rige la teoría de la aceptación, aquella que indica que el contrato se perfecciona una vez que el destinatario de la oferta acepta, sin considerar si esta aceptación ha sido conocida por el oferente, y por otra, existen casos como el del precepto citado, perteneciente al Código Civil, que nos señala que rige la teoría del conocimiento o la información, aquella que establece que el consentimiento se forma una vez que el oferente adquiere conocimiento de la aceptación del aceptante. Ante esta divergencia aparente, debemos considerar al artículo 1412 como una excepción y asumir que la regla rectora determinante del momento en que se forma el consentimiento, es la que se obtiene de la aplicación de la teoría de la aceptación¹³⁸. Ello, pues la excepción citada, es precisamente eso, una excepción a la regla general, y por ende, derecho estricto.

Cabe señalar, que la teoría de la información o del conocimiento nos indica, que “para que exista el consentimiento se exige que el oferente sepa que su

¹³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 103.

¹³⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 103.

¹³⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 19.

¹³⁸ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. En este sentido Dora Martinic, al afirmar que “sólo en una materia específica, en relación a la donación entre vivos, el Código sigue el sistema del conocimiento, es decir, el consentimiento se forma una vez que el donante ha tomado conocimiento de la aceptación por parte del donatario, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil”. MARTINIC GALETOVIC, Dora (2000) cit. op. pp. 9. En la misma línea, SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 18.

propuesta ha sido aceptada. La formación del acuerdo de voluntades queda aplazada hasta el instante en que la aceptación llega a conocimiento del oferente”¹³⁹. A su vez, se sostiene que “los dos sistemas tienen variantes, porque en algunas legislaciones se adopta la doctrina de la emisión, con la modalidad que el consentimiento se forma en el momento de la expedición de la respuesta, con lo cual se facilita la prueba que haya de producir cualquiera de las partes en caso de controversia. La teoría de la información se complementa por algunos autores admitiendo que el consentimiento se forma en el instante en que el proponente ha hecho recepción de la aceptación, aunque tome conocimiento de ella más tarde”¹⁴⁰.

Del momento en que se perfecciona el contrato se derivan muchas consecuencias, aparte de las ya mencionadas dentro de este trabajo. Por una parte se ha sostenido que “la retractación, la muerte o la incapacidad legal del proponente o del aceptante, posteriores a la aceptación carecen de toda influencia...”. A su vez y “en lo sucesivo, el contrato no podrá ser modificado, ni dejado sin efecto, sino de común acuerdo o causas legales (artículos 1545 y 1567)”. En tercer lugar, se establece que “los derechos y obligaciones que engendre serán exigibles desde ese momento, a menos que sean a plazo o condicionales”. Por último, tiene consecuencias respecto del lugar de la formación del contrato entre ausentes, puesto que “para todos sus efectos legales, y salvo estipulación en contrario, el contrato se entenderá celebrado en el lugar de la residencia del aceptante”¹⁴¹.

¹³⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 18.

¹⁴⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 19.

¹⁴¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 106

4.3. Lugar de la formación del consentimiento

En Chile, de acuerdo a lo establecido en el artículo 104¹⁴² del Código de Comercio, aplicable para el caso de los contratos en que las partes residieren en lugares distintos, o contrato "entre ausentes" el consentimiento se forma en el lugar donde tenga su residencia el aceptante de la oferta primitiva o de la modificada. En definitiva, el lugar donde se verifique la aceptación, determinará el lugar de formación del contrato. Ello tiene relevancia desde varios puntos de vista.

En primer lugar, fija la competencia de los tribunales. Como nos señala un autor, "en primer término, el lugar donde se entiende perfeccionado el contrato determina la competencia relativa de los tribunales que deban conocer de los litigios que se susciten entre las partes"¹⁴³.

El mismo autor, nos indica que "tiene relevancia desde el punto de vista del derecho internacional privado, donde impera el principio "lex locus regit actum", para determinar la legislación aplicable a la forma que debe asumir el acto o contrato"¹⁴⁴. Sin embargo, en virtud de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden establecer de común acuerdo, la designación de un domicilio civil a efectos de llevar a cabo lo establecido en el contrato, tanto en lo relativo a materias judiciales como extrajudiciales. Así lo establece expresamente el artículo 69¹⁴⁵ del Código Civil.

En tercer término, el lugar en que se forma el consentimiento determina los usos y costumbres que pueden utilizarse a objeto de interpretar o ejecutar el contrato. Como nos señala un autor, "no puede perderse de vista que en derecho

¹⁴² "Art. 104. Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada".

¹⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 106.

¹⁴⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 106

¹⁴⁵ "Art. 69 Se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato".

comercial, la costumbre es fuente formal del derecho, porque suple el silencio de la ley (art. 4¹⁴⁶ del Código de Comercio). Las costumbres según la ley (art. 2¹⁴⁷ del Código Civil) e interpretativa (art. 6¹⁴⁸ del Código de Comercio), también juegan un rol significativo”¹⁴⁹.

4.4. Prueba del contrato. Valor probatorio.

En primer lugar, en cuanto al valor probatorio de los instrumentos privados, el Código de Comercio de nuestro país, consagra una notable excepción al derecho común. Ello pues “permite que los libros de comercio, que tienen dicho carácter, puedan hacer prueba en favor de los comerciantes en las causas mercantiles que agiten entre sí (art. 35)”¹⁵⁰.

El artículo 127¹⁵¹ del Código de Comercio establece expresamente que las escrituras privadas conformes con lo establecido en libros de los comerciantes, hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703¹⁵² del Código Civil, regla general dentro del derecho común. Ello, pues la contabilidad es considerada por el Código de Comercio, “como el espejo en que se refleja vivamente la conducta del comerciante, el alma del comercio de

¹⁴⁶“Art. 4° Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

¹⁴⁷ “Art. 2°. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

¹⁴⁸ “Art. 6° Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

¹⁴⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 20.

¹⁵⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 34.

¹⁵¹ “Art. 127. Las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil”.

¹⁵² “Art. 1703. La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal”.

buena fe”¹⁵³. Para que hagan fe de la manera indicada, estos libros deben llevarse de acuerdo a lo establecido en artículo 31¹⁵⁴ del Código de Comercio, es decir, acatando las prohibiciones que ahí se establecen. Todo esto que se ve complementado por el artículo 419¹⁵⁵ del Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a la prueba testimonial, dentro del derecho común, ella se ve limitada según establecen los artículos 1708, 1709 y 1710¹⁵⁶ del Código Civil. A grandes rasgos, dichas limitaciones consisten en la consignación de ciertas obligaciones por escrito, en virtud de la ley o atendido el valor de la cosa que ha de entregarse o que se promete en el acto o contrato. Al contrario, se ha establecido que “tratándose de acreditar los derechos y obligaciones provenientes de un acto o contrato mercantil, la prueba de testigos es admisible cualquiera sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exige escritura pública (art.128 del Código de Comercio)¹⁵⁷”. Dicha admisibilidad de la prueba de testigos “sin limitación al importe de la obligación que se trata de acreditar, se justifica en los negocios mercantiles, porque en la gran mayoría de ellos no se requieren formalidades para celebrarlos, perfeccionándose por el sólo consentimiento de los contratantes”¹⁵⁸

¹⁵³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 35.

¹⁵⁴ “Art. 31. Se prohíbe a los comerciantes: 1° Alterar en los asientos el orden y fecha de las operaciones descritas; 2° Dejar blancos en el cuerpo de los asientos o a continuación de ellos; 3° Hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas en los mismos asientos; 4° Borrar los asientos o parte de ellos; 5° Arrancar hojas, alterar la encuadenación y foliatura y mutilar alguna parte de los libros”.

¹⁵⁵ “Art. 419. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1703 del Código Civil, la fecha de un instrumento privado se contará respecto de terceros desde su anotación en el repertorio con arreglo al presente Código”.

¹⁵⁶ “Art. 1708. No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito. Art. 1709. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una Art. 6° cosa que valga más de dos unidades tributarias. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida. Art. 1710. Al que demanda una cosa de más de dos unidades tributarias de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda. Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos unidades tributarias, cuando se Art. 6° declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue.

¹⁵⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 35.

¹⁵⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 35.

4.5. Contratos sujetos a condiciones generales.

Los contratos sujetos a condiciones generales, nacen de “las necesidades propias de la actividad económica, caracterizada por el volumen de las transacciones y la velocidad de circulación de los bienes y servicios durante la era industrial y sobre todo en la posindustrial”¹⁵⁹.

Dentro de la doctrina nacional el tratamiento sobre la materia es escaso. Al respecto, se ha señalado que “si se les quiere dar a las condiciones generales el carácter de contenido contractual, es preciso sustituir la noción de voluntad contractual como elemento químicamente puro, por la idea de que el contrato es un instrumento de autorregulación de intereses, que nace de la iniciativa privada (libre iniciativa privada) en la realización de las actividades económicas y que exige, también, una gran dosis de justicia de la regulación que de él resulte”¹⁶⁰.

El mismo autor establece que “al respecto se requiere distinguir entre contratos en los que impera una voluntad contractual plena y contratos que se celebran mediante negociación. En los primeros no existen las condiciones generales porque todo su contenido se estipula entre las partes, que discuten una a una sus cláusulas, expresando su voluntad respecto de ellas; en los segundos, sí existen dichas condiciones porque se cierran por negociación y generalmente en forma masiva, por lo que una parte adhiere a las condiciones que fija la otra”¹⁶¹.

A su vez, “aunque el adherente no manifiesta una voluntad plena sobre el contenido de las cláusulas contractuales, porque está enfrentado al dilema de aceptar todo el contrato o rechazarlo, renunciando al bien o al servicio que pretendía obtener, de todas maneras existe voluntad contractual, por lo que hay que reconocer que estamos en presencia de un contrato de adhesión, sometido a

¹⁵⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 37.

¹⁶⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 37.

¹⁶¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 38.

condiciones generales, lo que permite resolver en mejor forma los problemas que se pueden plantear”¹⁶².

En la actualidad dentro de “la doctrina contemporánea predomina la idea de que el contrato es un instrumento de libre iniciativa privada y de autorregulación de intereses, poniendo en crisis el dogma de la plenitud de la voluntad y, sobre todo, la idea de que es necesaria una concurrencia perfecta de voluntades”¹⁶³.

El mismo autor citado, complementa lo anteriormente señalado, indicando que “las nuevas tendencias legislativas y doctrinarias acerca del carácter contractual de las condiciones generales encuentran su origen en las reglas sobre formación del contrato contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena en 1980 y elaborada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, suscrita en esa oportunidad por Chile y más tarde ratificada, por lo que constituye derecho interno aplicable en la materia. (...) Es precisamente en los contratos de adhesión sujetos a condiciones generales donde se incluyen las cláusulas abusivas que perjudican al consumidor y que las legislaciones modernas de protección del consumidor se proponen dejar sin efecto”¹⁶⁴

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO CONVENCIONAL Y LEX MERCATORIA

Convención de Viena sobre CIM de 1980 y Principios de UNIDROIT 2004 sobre Contratos Mercantiles Internacionales

SUMARIO.

¹⁶² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 38.

¹⁶³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 38.

¹⁶⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 38.

1. Introducción a la Convención. 1.1. Antecedente histórico. 1.2. Estructura. 1.3. Ámbito de aplicación. 1.4. Compraventas excluidas. 1.5. Materias excluidas. 1.6. Carácter dispositivo de la Convención de Viena. 1.7. Disposiciones generales. 1.8. Interpretación de la voluntad de las partes. 1.9. Usos y prácticas del comercio internacional. 1.10. Usos objetivamente aplicables. 2. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual. 3. La oferta. 3.1. Concepto. Propuesta de contratar. 3.2. Requisitos. 3.2.1. Efectuarse a persona determinada. 3.2.2. Precisión de la oferta. 3.2.3. Intención del oferente de quedar obligado. 3.3. Temas discutidos. 3.3.1. El problema de los precios implícitos. 3.3.2. El contenido variable de la oferta. 3.3.3. Las propuestas a personas indeterminadas. 3.3.4. Condiciones generales de contratación. 3.4. Efectividad de la oferta. 3.5. Eficacia e ineficacia de la oferta. 3.5.1. Retiro. 3.5.2. Revocación. 3.5.3. Extinción de la oferta. 4. Aceptación. 4.1. Concepto. 4.2. Clases de aceptación. 4.2.1. Valor del silencio e inacción. 4.3. Requisitos de la aceptación. 4.3.1. Concordancia con la oferta. 4.3.2. Tempestividad de la aceptación. 4.4. Medios para expresar la aceptación. 4.5. Efectos de la aceptación. 4.6. Retiro de la aceptación. 5. Formación del consentimiento. 5.1. Momento y lugar de celebración del contrato. 5.2. Forma y prueba de la formación del contrato. 6. Condiciones generales de contratación y problemas derivados de su uso. 7. Contratos de consumo.

1. Introducción a la Convención.

Antes de proceder a efectuar el análisis de la materia que nos compete dentro de este capítulo, la formación del consentimiento dentro de la Convención de Viena, es necesario hacer una breve referencia a la historia, estructura, ámbito de aplicación y disposiciones generales de ésta, a objeto de tener una concepción más clara de este cuerpo legal. En cuanto a la regulación misma del contrato y a las disposiciones finales (artículos 25 a 101), no haremos referencias puesto que ello excede el objetivo perseguido a través de este trabajo.

1.1. Antecedente histórico.

Como consta en la historia de su creación, a través de su entrada en vigor, verificada el día 1 de enero de 1988, “se puso fin a una larga serie de trabajos que se remontan a 1929 (...) Ernest Rabel inició bajo los auspicios de UNIDROIT (el

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), los trabajos de redacción de una norma destinada a regir las compraventas internacionales”¹⁶⁵.

Los esfuerzos continuaron y dieron como resultado la promulgación de las denominadas Leyes Uniformes de La Haya: la Ley Uniforme sobre Contrato de Compraventa Internacional y la Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato de Compraventa Internacional. Dichas leyes, sin embargo, no fructificaron¹⁶⁶ en su objetivo por razones diversas, entre las que podemos destacar, “su carácter eurocéntrico, desconocedor de las aportaciones del *common law* y de las necesidades de los países en vías de desarrollo, así como su inadaptación a las exigencias de la práctica”¹⁶⁷.

Así, en el año 1968, y dentro del seno de UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), se constituyó “un grupo de trabajo con la finalidad de redactar unos proyectos basados en las Leyes Uniformes de La Haya. Ambos proyectos se fusionaron en uno solo y dieron lugar al Proyecto de 1978”¹⁶⁸. En 1980 la Asamblea General de Naciones Unidas convocó a una Conferencia diplomática, la cual tenía como objetivo debatir en torno al contenido de dicho proyecto. La instancia se llevaría a cabo a partir del día 10 de marzo del mismo año. Es en este contexto cuando, con fecha 11 de abril de 1980, se aprueba el texto de la Convención, el cual permanece vigente a hasta nuestros días. Su entrada en vigor, en tanto, se produce el 1 de enero de 1988, tras cumplirse con los requerimientos establecidos en su artículo número 99 el cual dispone como requisito para el efecto la ratificación de diez Estados. Desde ese momento el éxito de la Convención ha sido evidente, existiendo, al presente, 76 Estados Parte¹⁶⁹.

¹⁶⁵ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): pp.33

¹⁶⁶ Como señala el autor citado, ellas “sólo fueron ratificadas por nueve Estados (Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Italia, San Marino, Alemania, Gran Bretaña, Ghana e Israel)” En VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): op. cit. pp. 34

¹⁶⁷ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): op. cit. pp.

¹⁶⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000): op. cit. pp. 34

¹⁶⁹ Uncitral en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [Última visita: 20 Diciembre 2010]

Nuestro país firma esta Convención el día 11 de abril de 1980, ratificándola el día 7 de febrero de 1990. El cuerpo citado, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en base a lo establecido en la propia Convención, desde el día 11 de marzo del mismo año.

1.2. Estructura.

La Convención se encuentra compuesta por un preámbulo y cuatro partes. La Parte I (artículos 1 a 13) establece el ámbito de aplicación de la Convención y establece una serie de disposiciones de carácter general. La Parte II (artículos 14 a 24) se encarga de reglamentar la formación del contrato. La Parte III (artículos 25 a 88) es la más extensa y se encarga de establecer las normas sustantivas regulatorias de la compraventa. La última parte (artículos 89 a 101) dice relación con las disposiciones finales que regulan las obligaciones de los Estados Contratantes.

Dentro del preámbulo, se indican los motivos y principios aplicables a la Convención. Cabe destacar dentro de las ideas rectoras, la promoción del desarrollo del comercio internacional a través de la instauración de un orden jurídico común, cimentado sobre la base de la igualdad y beneficio mutuo, siendo necesario para ello fomentar las relaciones amistosas entre las naciones. Dicho orden jurídico debe tener como objetivo el suprimir todo obstáculo o barrera para el comercio internacional, teniendo para ello en consideración los distintos sistemas existentes al efecto.

1.3. Ámbito de aplicación.

Este apartado puede ser dividido en dos grupos. El primero, referido al ámbito de aplicación (artículos 1 a 5) y el segundo, relativo a las disposiciones generales (artículos 6 a 13).

En cuanto al primer grupo, dentro de él se establecen tres factores que determinan su aplicación: espacial, temporal y material.

a) El ámbito de aplicación espacial se encuentra determinado dentro del artículo 1¹⁷⁰ de la CV. En dicho precepto se establece el criterio más relevante al efecto, que determina el carácter internacional de la compraventa: el lugar donde las partes tienen sus establecimientos. Se excluyen criterios como la nacionalidad, el lugar de cumplimiento del contrato, el carácter civil o comercial de las partes o del contrato, el lugar donde se encuentran las mercaderías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega.

Así, se ha establecido que “la Convención de Viena se aplica a las compraventas de mercaderías entre personas con establecimientos en distintos Estados (art. 1.1), con independencia de la nacionalidad del comprador y del vendedor (art.1.3)”¹⁷¹. Sin embargo, de acuerdo al artículo 1.2 de la CV, “no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración”. Se ha sostenido que el objetivo de esta norma es “proteger la buena fe y, en general, la seguridad del

¹⁷⁰ “Artículo 1:1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

¹⁷¹ CALVO CARAVACA y MASCOW citados en CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004): *“Estudios de Contratación Internacional: Régimen Uniforme e Internacional Privado. Seminario 16. “Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, (Parte I de la Convención de Viena)”*. (Bogotá, Colombia, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana) pp. 349.

tráfico, evitando que se aplique la Convención de Viena y se sorprenda así a la parte que contrató con la creencia de que se trataba de un supuesto de puro tráfico interno”¹⁷².

Así, el único elemento que internacionaliza un contrato de compraventa, a objeto de ser regido por la CV es que las partes contratantes tengan sus establecimientos en Estados distintos.

En cuanto al término establecimiento, este resulta bastante ambiguo, pues puede darse el caso de que una empresa internacional funcione en países diversos y tenga por consiguiente, más de un establecimiento. A su vez, la CV no define el término, por lo que, en opinión de cierta doctrina “hay que entender por establecimiento toda instalación de una cierta duración, estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios”¹⁷³. El mismo autor nos señala que no es necesario que éste goce de autonomía jurídica, como establecimiento principal, ni que esté sometido a una dirección empresarial. Es decir, se incluyen simples sucursales, oficinas o filiales. A su vez, cuando una parte posea más de un establecimiento en diversos Estados, sin importar si son contratantes o no, la CV nos entrega la solución en su artículo 10¹⁷⁴.

Una vez determinado el carácter internacional de la compraventa, es necesario analizar su aplicabilidad, pues no se aplica indistintamente a toda compraventa internacional por parte de los Estados contratantes, sino “sólo a aquellas compraventas que tengan conexión suficiente con los Estados contratantes”¹⁷⁵. Se establecen a este respecto dos situaciones de aplicabilidad: directa e indirecta.

¹⁷² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 349

¹⁷³ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 350.

¹⁷⁴ “Artículo 10: A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual”.

¹⁷⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 351.

La aplicabilidad directa¹⁷⁶ (artículo 1.1.a) es aquella basada en el sistema de reciprocidad, es decir “la Convención de Viena de 1980 es plenamente aplicable a todas las compraventas internacionales en que las partes tengan sus establecimientos en diversos Estados contratantes, si se satisfacen las exigencias de los arts. 1 a 6 del texto uniforme”¹⁷⁷. Podemos sin embargo, encontrarnos ante el caso de que las partes establezcan expresamente la aplicación de la CV, aún cumpliéndose estos requisitos. Ello genera como efecto, simplemente, el evitar que dicha aplicación sea excluida, puesto que, cumpliendo con el mandato de los artículos 1 a 6, ella deberá aplicarse de oficio por los jueces de los Estados parte¹⁷⁸.

Lo anteriormente expresado puede apreciarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, aún cuando la CV tiene carácter dispositivo de acuerdo al artículo 6, resulta derecho plenamente aplicable, salvo que las partes excluyan su aplicación¹⁷⁹. En segundo lugar, las normas de la CV son “autoejecutivas (*self-executing*)”, es decir “crean derechos y deberes para las partes, invocables directamente por éstas”¹⁸⁰.

La aplicabilidad indirecta¹⁸¹ (artículo 1.1.b), en tanto, es aquella que se verifica cuando una de las partes no tiene su establecimiento en un Estado

¹⁷⁶ Queda constancia de ello en “Sentencia LGZ Graz, 30 abril 1992; Laudo arbitral de la CCI, núm. 7531/1994; Sentencia HG Zürich, 29 diciembre 1994; Sentencia tribunal Federal de Australia, 28 abril 1995; Sentencia LGZ (Austria), 28 de junio 1995; Sentencia BG, 18 enero 1996; Sentencia LG Saarbrücken, 26 marzo 1996; OLG Wien, 25 octubre 1996; Sentencia 20 marzo 1997; Sentencia OGH, 18 junio 1997; Sentencia OLG Hamm 5 noviembre 1997; Sentencia OLG Hamm, 23 junio 1998; Sentencia hg des Kantons Zürich, 10 febrero 1999; Sentencia Corte Apelación de París, 21 mayo 1999; Sentencia ogh, 27 agosto 1999; Sentencia Corte de Apelación Grenoble, 21 octubre 1999; Sentencia del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, núm. 269/1998, de 27 octubre 1999; Sentencia Rechtbank van Koophandel Kortrijk, 4 abril 2001; Sentencia Rechtbank van Koophandel Kortrijk, 3 octubre 2001; Sentencia Rechtbank van Koophandel Ieper, 18 febrero 2002; Sentencia U.S. District Court for the Northern District of Illinois, Eastern División (sic), 28 marzo 2002; Sentencia ag Viechtach, 11 abril 2002”. En CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 351

¹⁷⁷ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 351.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, número 226/1999 de 11 de febrero del año 2000.

¹⁷⁹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 352.

¹⁸⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 353.

¹⁸¹ Respaldo jurisprudencial en “Sentencia OLG Koblenz, 27 septiembre 1991; Sentencia Tribunal comercial Bruxelles, 13 noviembre 1992; Sentencia OLG Karlsruhe, 20 noviembre 1992; Sentencia OLG Düsseldorf, 12 marzo 1993; Sentencia BGH, 23 julio 1997; Sentencia Hoge Raad, 7

contratante y se determina la aplicación de la CV en base a lo establecido por las reglas del Derecho Internacional Privado, estableciéndose entonces como derecho aplicable, la legislación de un Estado contratante.

Frente a esto último, la CV en su artículo 95¹⁸², en relación con el 1.1.b, establece la posibilidad para los Estados de formular una reserva, en base a la cual el Estado que la formule no quedará obligado a aplicar el cuerpo vienés cuando las partes no tengan establecimientos en distintos Estados contratantes.

b) En cuanto al ámbito de aplicación temporal, debemos distinguir “de una parte, la aplicación de la Convención con respecto a los Estados que la han ratificado, y de otra parte, su aplicación a un contrato determinado en función del momento de su entrada en vigor en cada uno de los Estados parte”¹⁸³. En cuanto a la primera de las situaciones, rige principalmente lo establecido en el artículo 99¹⁸⁴ en sus numerales 1 (entrada en vigor de la CV), 2 (ratificación posterior a entrada en vigor de la CV) y 6 (espera de plazo para efectuar denuncias). Deben tenerse en consideración a su vez los artículos 94.1¹⁸⁵(Estados con reglas

noviembre 1997; Sentencia ap Barcelona, 7 junio 1999”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 353.

¹⁸² “Artículo 95: Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención”.

¹⁸³ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 358.

¹⁸⁴ “Artículo 99: 1) La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92. 2) Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.(...) 6) A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer, en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones hayan surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los Países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto”.

¹⁸⁵ “Artículo 94: 1) Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación

jurídicas comunes), 92.1¹⁸⁶(denuncia parte II y III). En cuanto a la segunda, es necesario distinguir entre la formación y los efectos del contrato de compraventa. A este respecto, son importantes las disposiciones contenidas en los artículos 1.1^a) y b), 4 y 100.1.

c) En cuanto al ámbito de aplicación material, es necesario, en primer lugar, proceder a la delimitación de los contratos de compraventa. La Convención no define qué debe entenderse por contrato de compraventa, por lo que ello deberá inferirse de su texto. La doctrina he entendido por contrato de compraventa, “todo contrato sinalagmático en virtud del cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio”¹⁸⁷.

A su vez, debe entenderse por “mercaderías” a los objetos muebles corporales. En virtud de esto, “la CV de 1980 sólo se aplica a las compraventas internacionales de mercaderías (...), por tanto la compraventa de bienes

cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas”.

¹⁸⁶ “Artículo 92: 1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención”.

¹⁸⁷ La autora citada agrega que “además de todas las modalidades de contratos en que se cosas por dinero quedan incluidos en el ámbito de aplicación material de la Convención de Viena, ciertos *contratos mixtos*, como *ad ex.*, los contratos de arrendamiento y compra o de *leasing* con opción de compra”. Agrega el mismo autor que “incluso, la CV ha sido considerada aplicable a los acuerdos o contratos de distribución de las mercaderías, siempre y cuando se puedan considerar cláusulas accesorias a los acuerdos de venta (Sentencia de la Corte de Casación italiana, 14 de Diciembre de 1999) o que se trate de contratos marco en donde se incluyan la celebración de contratos de compraventa. Ahora bien, si el acuerdo de distribución no prevé la venta de una cantidad determinada de mercancías a un precio establecido no queda regulado por la CV (Sentencia U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 29 de Agosto de 2000) o si se trata de acuerdos de distribución independientes del contrato de compraventa (Sentencia OLG Hamm, 5 noviembre 1997); por lo que en realidad, los acuerdos de distribución no quedan regulados por la CV sino los contratos de compraventa que se celebran en el marco del acuerdo de distribución (Sentencia OLG Koblenz, 17 septiembre 1993; Laudo arbitral de la CCI, núm. 8611/1997; Sentencia HG des Kanstons (sic), 8 abril 1999). Sin embargo, quedan excluidos, según el tenor literal de la Convención de Viena, los contratos de permuta que, en el comercio internacional, tienen una importancia mayor que en el comercio interno”. A su vez, en cuanto a los contratos de suministro, de acuerdo al artículo 3.1 de la CV, precisa, en palabras del mismo autor “que la Convención se aplica a los contratos de suministro de mercaderías siempre que la parte que las encargue no asuma la obligación de proporcionar una “parte sustancial” de los materiales necesarios para su manufactura o producción. Si se trata de un contrato de suministro independiente del contrato de compraventa está excluido, en virtud del art. 4.a), de la CV (Sentencia BGH, 23 Julio 1997)” Ante esto se hace necesario definir el concepto de sustancial. Ello es algo que debe determinarse caso por caso, tomando en consideración las circunstancias concretas de cada uno. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 361-362.

inmuebles y la de bienes inmateriales (como la propiedad industrial o intelectual) están excluidas del ámbito de aplicación de la CV (Sentencia LG Köln, 26 agosto 1994)”¹⁸⁸. Casos de esto último son, por ejemplo, lo relativo a derechos de *copyright* o compraventa de *know-how*. No ocurre lo mismo respecto de la compraventa de bienes *on line*, donde la CV es plenamente aplicable, cuestión que se analizará dentro del último capítulo de este trabajo.

La Convención no se aplica a la venta internacional de empresas o establecimiento mercantil¹⁸⁹, casos en que deberá buscarse una respuesta en el Convenio de Roma de 1980.

1.4. Compraventas excluidas.

La Convención excluye, por diversos motivos¹⁹⁰, la compraventa de ciertas materias o cosas. No distingue, sin embargo, entre el carácter civil o mercantil del contrato. Para no exceder el tema principal, objeto de este estudio, simplemente haremos referencia a aquellas compraventas excluidas, como el título de este apartado señala. Ellas se encuentran establecidas en el artículo 2 del cuerpo vienés, el cual establece que “la presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad.”

¹⁸⁸ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 364.

¹⁸⁹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 364-365.

¹⁹⁰ Los motivos de exclusión, pueden encontrarse en CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 366-370.

1.5. Materias excluidas.

En la misma lógica del apartado anterior, debemos señalar que, a este respecto, el artículo 4 establece que “la presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

Es decir, la CV se encarga de dejar afuera de su regulación¹⁹¹, materias que, aún siendo de un innegable valor, presentan un componente de adhesión a una concepción de derecho en particular¹⁹², lo que puede generar inmensos problemas, y que, en fases de negociación o de adhesión a la Convención, podría haberla tornado ineficaz en cuanto a la adhesión de los Estados.

1.6. Carácter dispositivo de la Convención de Viena.

¹⁹¹ Más información a este respecto en CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 370-375.

¹⁹² En cuanto a propiedad, dicho componente se torna conflictivo en cuanto a tener que asumir un sistema de transferencia de dominio, lo cual conlleva un componente nacional y adhiere a un sistema determinado. Lo mismo resulta aplicable a la validez. La CV prefiere dejar esto a cada ordenamiento jurídico, y que sean las normas del Derecho Internacional Privado las que determinen que legislación debe regir el caso concreto.

La CV establece en su artículo 6 que *“las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”*. Ello, aunque parezca increíble, tiene una explicación bastante lógica: el cuerpo vienés, en cuanto cuerpo uniforme no puede desconocer la importancia que ha tenido y tiene la autonomía de la voluntad, dentro del comercio nacional e internacional, fijando un régimen imperativo de carácter universal. Como se ha señalado acertadamente *“el Derecho uniforme del comercio internacional (y en particular, la Convención de Viena, como pieza angular de dicho Derecho uniforme) es el Derecho de los operadores del comercio internacional y debe ser interpretado y aplicado en el sentido más favorable para los intereses de tales operadores”*¹⁹³. Es decir, se les otorga a los actores la posibilidad de hacer prevalecer su voluntad por sobre lo establecido en la CV. Ello, constituye, como se ha sostenido *“una aplicación de un principio general de derecho internacional privado: la autonomía de la voluntad conflictual entendida como la facultad reconocida a las partes para designar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional”*.¹⁹⁴

Esta facultad de exclusión puede manifestarse: de manera explícita o de manera tácita.

La exclusión expresa puede llevarse a cabo principalmente a través de dos vías: a) por disposición concreta en el contrato de compraventa que así lo sostenga o b) mediante la inserción de determinadas condiciones generales de la contratación incorporadas al contrato, *“siempre que sean incompatibles con las soluciones propuestas por la normativa convencional”*¹⁹⁵.

En cuanto a la exclusión tácita, es necesario precisar la determinación de esta autonomía de la voluntad, ya como manifestación de libertad contractual o como ejercicio de la autonomía conflictual. Ello constituye una cuestión relevante,

¹⁹³ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomas (2000) op. cit. pp.38

¹⁹⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 377.

¹⁹⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 378.

pues debemos tener en cuenta los límites a que se sujeta en uno u otro caso la autonomía privada. Para ello, será necesario tener en cuenta tanto los elementos y circunstancias del contrato, como la intención de los mismos contratantes¹⁹⁶.

A su vez, para que dicha exclusión tácita sea válida, debe ser real y consciente¹⁹⁷. Dentro de los supuestos de exclusión tácita, podemos señalar: a) las cláusulas de derecho aplicables a favor de un Estado no parte de la Convención de Viena, b) la inclusión en el contrato de condiciones generales de contratación y c) la utilización de INCOTERMS. En estos dos últimos casos, no podemos hablar de exclusión total de la CV, puesto que ambos supuestos se refieren a aspectos muy puntuales del contrato de compraventa¹⁹⁸

¹⁹⁶Para profundizar y como se ha sostenido, “esta cuestión, que pudiera parecer puramente teórica, tiene una gran importancia desde un punto de vista práctico por la significativa diferencia que conlleva una u otra solución con relación a la determinación de las normas imperativas a las que debe quedar sujeta la ley reclamada o incorporada por los contratantes como reguladora de su contrato. Si se trata de una verdadera y propia cláusula de elección del derecho aplicable, el juez sólo deberá verificar el respeto de las normas imperativas de la ley elegida por las partes; pero, si las partes únicamente desean la incorporación de una ley extranjera en su contrato, las disposiciones contractuales formuladas a través de la designación de un derecho extranjero deberían encuadrarse dentro del ámbito que la ley reguladora del contrato deja a la disponibilidad de los contratantes. De hecho, mientras la norma designada por la voluntad privada, en su función de punto de conexión, es directamente aplicable en la medida en que no contraría los principios del orden público internacional, los límites con los que se encuentra una recepción negociada de normas de un ordenamiento extranjero son los mismos que cualquier manifestación de la autonomía contractual de las partes. Tales límites no son sólo los principios del orden público internacional, sino todo un complejo de normas inderogables de la ley reguladora de la relación contractual”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 379-380.

¹⁹⁷ Al respecto, se ha establecido que el hecho de que sea “real significa exclusión de la Convención de Viena debe poder deducirse con seguridad del conjunto de circunstancias que rodeen el contrato. De esta forma no se entenderá excluida la aplicación de la normativa uniforme en aquellos casos en los que sólo existe una voluntad hipotética de las partes de exclusión; es decir, que los jueces o los árbitros no podrán reconstruir o imaginar a partir de indicios o presunciones cuál hubiera sido la voluntad de las partes. Que la exclusión tácita sea consciente quiere decir que las partes deben conocer, efectivamente, de la existencia de la Convención de Viena, puesto que lo que se desconoce no puede querer excluirse. Esto sería un contrasentido”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 382.

¹⁹⁸ Así se ha establecido en Sentencia Rechtbank van Koophandel Kortrijk, Bélgica, 19 de Abril de 2001. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 390.

1.7. Disposiciones generales.

La segunda parte del capítulo I, establece” una serie de disposiciones generales en la interpretación y aplicación de la normativa uniforme y otros principios aplicables a la interpretación de la conducta de las partes”¹⁹⁹.

La Convención a este respecto, fija reglas que nos permiten, por un lado, interpretar sus disposiciones y determinar la procedencia de aplicación del cuerpo uniforme a un caso particular, y por otro, resolver también las posibles lagunas, a través de integración.

En cuanto a la interpretación de las disposiciones, es necesario señalar, que , como se ha sostenido “el talón de Aquiles de cualquier Convención de derecho uniforme, incluida la Convención de Viena, es el riesgo de que se produzcan interpretaciones divergentes de un país a otro, resurgiendo , así, el problema de los conflictos de leyes”²⁰⁰.

Para ello, el artículo 7.1 establece tres principios que deben tenerse en cuenta para proceder a esta interpretación: la internacionalidad del texto uniforme²⁰¹, la uniformidad del mismo²⁰² y la observancia de la buena fe internacional²⁰³.

¹⁹⁹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 395.

²⁰⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 395.

²⁰¹ Ello se refiere al hecho de que un juez de un Estado contratante, no puede proceder a interpretar las disposiciones de la Convención de Viena, en consideración a lo prescrito por su derecho interno. Los criterios interpretativos de este principio se encuentran contenidos dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, los cuales resultan aplicables a cualquier tratado internacional. Dentro de estos criterios a considerar, encontramos la distancia que se verifica entre las partes, el riesgo de incompreensión que se produce entre las mismas, los problemas relativos a la moneda de pago, etc.

²⁰² Se ha sostenido a este respecto, que es necesario promover la uniformidad en su aplicación, lo que se logra a través de un conocimiento acabado de las materias que se logra en base a “consulta (de jueces) de jurisprudencia de los diferentes Estados parte y, en concreto, las decisiones dictadas eventualmente sobre la disposición concreta a interpretar la de la Convención”. R. Herber, D. Martiny, G. Reinhart y P. Volke. En este sentido, dentro del mismo extracto citado, se hace referencia a una sentencia del Tribunal de Vigevano, de 12 de Julio de 2000, en la que dicho tribunal se basa en varias decisiones emitidas por tribunales estatales y arbitrales extranjeros, a fin de promover la interpretación y aplicación de la normativa uniforme. La misma idea en sentencia

En cuanto a la integración, en primer lugar, deberá acudirse a los principios generales en que se basa la CV. Dentro de ellos, podemos señalar: “el respecto a la buena fe contractual, la libertad contractual, la prohibición de abuso de derecho, la ausencia de formalismos, el deber de cooperar con la otra parte para la buena ejecución del contrato, y, en particular, el deber de comunicar toda información útil para la realización de este fin el deber de evitar pérdidas al cocontratante, el deber de minimizar sus propias pérdidas, etc. (U.Magnus)”²⁰⁴. Sólo cuando no existan principios aplicables, estaremos en posición de aplicar el derecho determinado por las reglas del Derecho Internacional Privado del juez que entre a conocer el caso.

Antes de esto, es necesario determinar si estamos en presencia de una laguna o si se considera una cuestión excluida de la CV. Si estamos ante una laguna, debemos proceder en la forma señalada, recurriendo a los principios en que se basa la Convención y luego a las normas del derecho aplicable determinadas por la aplicación de las reglas establecidas para el efecto por el Derecho Internacional Privado. En el caso de ser una materia excluida, sólo debemos acudir “a las normas de derecho internacional privado del foro”²⁰⁵. En la práctica, la judicatura acude directamente a la aplicación de las normas del DIP, lo cual resulta nefasto por cuanto no facilita la promoción de la uniformidad del cuerpo vienés. Es decir, por una decisión antojadiza, los jueces privan de eficacia la normativa establecida dentro de un cuerpo legal que viene a fomentar el desarrollo de una actividad.

1.8. Interpretación de la voluntad de las partes.

de tribunal de Pavia, de 29 de diciembre de 1999 y por sentencia del tribunal marítimo y comercial danés, de 31 de enero de 2002. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 396

²⁰³ Debe entenderse, que dicho principio busca evitar la imposición de una aplicación literal de la CV, que iría, en el caso particular, en detrimento de una de las partes.

²⁰⁴ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 398.

²⁰⁵ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 399.

A este respecto, debemos considerar lo establecido en el artículo 8²⁰⁶ de la Convención. En lo señalado por este, encontramos un criterio hermenéutico “que se inclina por el subjetivismo – la interpretación debe indagar cuál es la voluntad de cada uno de los contratantes –, aunque moderado por una exigencia –que la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era la intención del otro contratante”. Cuando ello no se posible, deberá efectuarse dicha interpretación, en base a lo que, en igual situación, hubiera hecho una “persona razonable”. Se recurre entonces, a efectuar una comparación con el estándar de hombre razonable, que combina el elemento subjetivo (hallarse en circunstancias semejantes a una persona de su misma condición) y el objetivo (el estándar de hombre razonable²⁰⁷).

Para ello, habrá que tener en consideración lo dispuesto en el artículo 8.3, es decir, “deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

1.9. Usos y prácticas del comercio internacional.

²⁰⁶ “ Artículo 8: 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

²⁰⁷ Respecto de este estándar, existen una serie de manifestaciones dentro de la CV. El puede encontrarse dentro de lo establecido en los artículos 18.2, 33 c), 38.1, 39.1, 43.1, 47, 49.2, 63.1, 64.2 b), 65.1, 65.2, 72.2, 73.2 y 75.

El artículo 9.1, sostiene que las partes deben atenerse a los usos y prácticas, fijadas por ellas mismas²⁰⁸. Ello constituye otra manifestación del principio de la autonomía de la voluntad y de la voluntad del legislador uniforme de que sean las propias partes, actores del comercio internacional, las que fijen los términos de su relación contractual.

1.10. Usos objetivamente aplicables.

Se hace cargo de ello, el artículo 9.2 de la Convención. En él se establece que “salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”. Dicho concepto, se refiere a la denominada

²⁰⁸ El art. 9.1 establece que las partes están obligadas por los usos y las prácticas que ellas mismas han convenido. Se ha sostenido, que dicha disposición cubre :a) “por un lado, los usos cuya aplicabilidad han pactado las partes tanto cuando se acuerdan de forma expresa, como *ad ex*, cuando las partes recurren a expresiones o abreviaturas usuales en el comercio internacional, frecuentemente codificadas por corporaciones profesionales (los Incoterms de la Cámara de Comercio: cláusulas fob, cif, etc.), como de forma tácita, aquellos casos en los que se infiere del comportamiento del comprador y del vendedor o de la interpretación de su voluntad conforme a los criterios del mencionado art. 8 de la Convención (Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 6 abril 1998, donde se había pactado la entrega de mercaderías *ex work*, por lo que dicha práctica debía primar si la solución otorgada por la CV).

b) Por otro lado, también cubre este precepto las prácticas que hayan establecido entre las partes. Se refiere a aquellos usos que regularmente hayan seguido en sus relaciones las partes que sirven para determinar a la vez su intención y las obligaciones existentes entre ellas. (En este sentido puede citarse la Sentencia AG Duisburg de 13 de abril de 2000 donde no se demostró la existencia de una práctica seguida por las partes, *ex art.* 9.1; o la sentencia LG Bielefeld, de 24 de noviembre de 1998 donde, por el contrario, se acepta que el lugar del pago debía determinarse conforme a las prácticas establecidas entre las partes, *ex art.* 9.1, y no conforme a lo dispuesto en el art. 57 de la CV, que regula la determinación del lugar del pago sólo en defecto de pacto). Los usos prevalecen, al igual que cualquiera otra cláusula pactada por las partes, sobre las disposiciones de la Convención de Viena dada su naturaleza dispositiva (art. 6). En caso de incompatibilidad entre un uso convenido y la práctica hasta entonces seguida por las partes, cabe interpretar que deberá prevalecer el uso convenido”. En la misma línea M.J. Bonell, A.L. Calvo Caravaca. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 402.

“*Lex Mercatoria*”²⁰⁹. Estos usos, deben reunir tres requisitos para configurar su operatividad: a) carácter internacional²¹⁰, b) conocimiento por las partes²¹¹ y c) que sea conocido por ellas²¹².

Una vez que se ha introducido al lector dentro de la Convención de Viena, y que ha sido instruido respecto de sus aspectos generales, es necesario abocarnos al tema objeto de nuestro estudio, sin dejar de señalar, que materias relativas a la libertad en cuanto a las formas, prueba del contrato o modificación de éste, no serán olvidadas, y se las abordará más adelante dentro de este trabajo.

2. Fase de los tratos previos y responsabilidad precontractual.

²⁰⁹ Ella de ser entendida como “una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica”. Estos usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional son superiores a las disposiciones mismas de la Convención, “*pero* subordinados, llegado el caso, a un derecho nacional que admita su validez (art. 4.a). La validez jurídica de estos usos proviene directamente de la Convención de Viena que, a través de lo dispuesto en el art. 9.2 de la CV, los eleva a rango de ley. Sólo por este motivo son directamente aplicables al margen de lo dispuesto por los contratantes”. Audit, Bernard, en Castellanos Ruiz, Esperanza. *Estudios de Contratación...cit.* Pág. 403. Fuera del ámbito de aplicación de la CV la denominada “*lex mercatoria*” sólo tiene efectos y validez jurídica interpartes. No puede considerarse, por tanto, como una fuente jurídica autónoma surgida al margen de los Estados; sino que, por el contrario, la *lex mercatoria* tiene vigencia sólo en la medida en que el derecho del Estado la consiente y la tolera siempre en las áreas del derecho dispositivo”. Calvo Caravaca, Alfonso Luis en CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 403-404.

²¹⁰ En concordancia con este requisito, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Graz, de 9 de noviembre de 1995, puede citarse al respecto “puesto que un vendedor que ha realizado actividades comerciales en un país durante muchos años y celebrado repetidamente el tipo de contrato que era habitual en el ámbito empresarial en cuestión, tiene la obligación de tomar en cuenta los usos nacionales o locales, aún cuando no se hubiera hecho mención en el propio contrato. La misma idea se señaló en la Sentencia OGH, 21 de marzo de 2000 en relación a unos usos domésticos bávaros relativos al transporte de madera entre Austria y Alemania, puesto que el vendedor era austríaco y el comprador alemán”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 404.

²¹¹ Aplicación de ello, puede verse en “Sentencia del OLG Frankfurt, 5 julio 1995 y Sentencia OLG Köln, 22 febrero 1994, en las que sólo una de las partes conocía el uso y, por tanto, no se pudo aplicar el art. 9.2; y Sentencia del Tribunal civil de Basel-Stadt, 21 diciembre 1992, en las que ambas conocían el uso y, por tanto, se les aplicó por mandato del art. 9.2”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 404.

²¹² “En este sentido, en la Sentencia OLG Dresden, 9 julio 98. El comprador no pudo demostrar que existiera un uso en el comercio internacional en virtud del cual el silencio ante una carta comercial de confirmación supusiera consentimiento, ex art. 9.1 CV”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 405.

La formación del contrato puede ser dividida en dos etapas sucesivas que tienen como límite la presentación de la oferta. La primera abarca el período comprendido entre el acercamiento de las partes y la proposición de la oferta. La segunda, a su vez, nace con la verificación del cumplimiento de los requisitos de ésta, hasta la formación misma del contrato.

Como se ha dicho dentro de este trabajo, antes de la oferta propiamente tal, se producen una serie de tratativas²¹³ o tratos preliminares que cumplen, entre otras funciones, el sentar las bases o preparar la ruta a través de la cual la voluntad expresa su intención real y efectiva de quedar obligada.²¹⁴ En ellas se busca, principalmente, otorgar a las partes un espacio de discusión acerca de los términos jurídicos y económicos del negocio que se proponen celebrar, dotado de la libertad suficiente para explicitar dichos términos sin encontrarse obligadas a manifestar su voluntad. A su vez, se le atribuye una función interpretativa del contrato para el caso de que este llegue a perfeccionarse, por cuanto permite indagar por la real voluntad de las partes frente a cualquier discrepancia que se verifique durante su ejecución. Ello se encuentra reconocido tanto en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante Convención de Viena, la Convención, cuerpo vienés o CV) como en los principios generales de contratación internacional UNIDROIT²¹⁵, en su versión 2004.

²¹³ “Argentinismo” utilizado para designar o identificar los primeros acercamientos entre las partes por parte de la doctrina latinoamericana. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define la voz “Tratativa “ (indicando que su uso es frecuente, a su vez, en Perú, Bolivia, Argentina y Uruguay), como “Etapa preliminar de una negociación en la que comúnmente se discuten problemas laborales, políticos, económicos, etc. “. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, versión online en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tratativa.

²¹⁴ Stiglitz-Stiglitz, los conciben como aquellos “...diálogos preliminares que, en el íter negocial se ubican en una fase que precede al perfeccionamiento del contrato”., *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pagina 34. Igualmente señalan los mismos autores que “su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias”. OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 124.

²¹⁵ De esta forma lo ha reconocido la Convención de Viena de 1980, en cuyo artículo 8. 3 se expresa que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona

Como nos indica un autor “podemos apreciar que la importancia de las mencionadas tratativas o tratos preliminares radica en el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica del sujeto que comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no sólo para determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del acuerdo negocial, sino también en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior a la perfección”²¹⁶

En cuanto a la responsabilidad generada en esta etapa, el tema dista de ser pacífico. Por un lado, dentro del derecho europeo continental se asume que en los tratos preliminares existe un deber de actuar en conformidad con el principio de la buena fe, entendida ésta como deber de lealtad o corrección, aún para el evento de no concreción del acuerdo. Ello se ve corroborado por el hecho de que su inobservancia trae aparejada la obligación de indemnizar los perjuicios resultantes²¹⁷. En esta línea, en base a los postulados de Ihering, se desarrolla la tesis de la culpa *in contrahendo* o culpa originada en el transcurso de las negociaciones contractuales. De ella, se concluye que a pesar de que las partes no se encuentran obligadas a celebrar el contrato que vienen negociando, sí deben observar ciertos deberes que, de incumplirse, generarían la obligación de responder. Se discute a nivel doctrinario sobre la naturaleza jurídica de la culpa *in contrahendo*, sin existir una respuesta uniforme a este respecto²¹⁸.

razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, además de las prácticas establecidas entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior. En igual sentido los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, en los cuales expresamente se reconoce el valor interpretativo de las negociaciones entre las partes (art. 4.3), además de una función integradora del contrato, al establecer el artículo 4.8 que la buena fe y la lealtad negocial servirán para integrar el término más apropiado a las circunstancias. Oviedo Albán, Jorge (2008): “*Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, en jornadas de derecho privado *Tendencias de la responsabilidad civil del siglo XXI*” (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia) pp. 88

²¹⁶ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.460-461.

²¹⁷ MESSINEO, Francesco (1952): “*Doctrina general del contrato*”, (Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina) pp. 309.

²¹⁸ El autor nos indica que por una parte, se ha sostenido que dicha responsabilidad es del tipo extracontractual, por cuanto no se podría hablar de responsabilidad contractual por incumplimiento cuando éste no se ha perfeccionado aún. A su vez, otro sector señala que a pesar de no haberse

Desde la vereda opuesta, el derecho anglosajón no reconoce la validez de este principio en las etapas preliminares, de la manera como lo hace el derecho continental. En estos sistemas, como se ha dicho “se rechaza la existencia de cualquier vínculo obligacional entre aquellos que negocian con vista a la conclusión de un contrato, apenas admitiéndose la imputación de daños causados *in contrahendo* en los términos de la responsabilidad extracontractual. La apertura de negociaciones para la celebración de un contrato no crea entre las partes cualquier relación jurídica integrada por deberes de conducta específicos fundados en la buena fe, según sucede, por ejemplo, en Portugal, en Alemania y en Italia: cada una de ellas puede, por ejemplo, conducir negociaciones paralelas sin informar la otra y romperlas arbitrariamente, aunque sea a punto de la conclusión del contrato, así como omitir a la contraparte informaciones vitales para la decisión de contratar, que sólo ella posee.”²¹⁹

celebrado todavía un contrato, dicha responsabilidad debe ser calificada como contractual, toda vez que se trata de obligaciones específicas que pesan sobre las partes. OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.124-125

²¹⁹MOURA VICENTE, Darío; “La formación de los contratos internacionales”.En este sentido se analiza una sentencia inglesa. El análisis versa: “En una decisión de gran relieve, proferida en 1992 en el caso *Walford v. Miles (in The Weekly Law Reports, 1992, vol. 2, págs. 174 y ss.)*, La Cámara de los Lords rechazó de modo expreso la existencia en el Derecho inglés de un deber de negociar de buena fe y afirmó la libertad de las partes de romper las negociaciones a cualquier altura y por cualquier motivo, sin quedarse por eso sujetas a cualquier deber de indemnizar. Para tanto, sustentó Lord Ackner: «*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations*”. En el caso versado en esta decisión los reos habían acordado, el 12 de marzo de 1987, vender a los autores, por el precio de dos millones de libras, su negocio de fotografías. El 17 de marzo de 1987, las partes acordaron que si los autores obtuviesen de un banco, hasta el 20 del corriente, una *letter of comfort* confirmando la concesión de un préstamo con vista a la referida adquisición, los reos finalizarían cualesquier negociaciones entabladas para el mismo fin con terceros y no tomarían en consideración cualquier propuesta concurrente. La *letter of comfort* fue presentada por los autores en el plazo estipulado y las partes celebraron el 25 de marzo de 1987 un acuerdo *subject to contract*, donde los reos manifestaban su voluntad en vender la empresa en las condiciones ya acordadas (entre las cuales el precio referido) y en las demás que se acordasen. El 30 de marzo, sin embargo, los reos vendieron la empresa a un tercero. Los autores demandaron los reos por violación del acuerdo *lock-out* de 17 de marzo, por fuerza del que, en su entender, los reos se habían comprometido a no negociar o considerar ofertas de terceros en contrapartida de la presentación por los autores de dicha *letter of comfort*. Alegaron también que las promesas de los reos constituían *misrepresentations*.En primera instancia los reos fueron condenados a pagar a los autores la cantidad de 700 libras por *misrepresentation*, siendo este el valor correspondiente a los gastos realizados por los autores para la celebración del contrato de compra y venta. En sede de recurso la discusión se centró en la eficacia del *collateral agreement* invocado por los autores y en su contenido, principalmente en la cuestión de saber si el mismo

En concordancia con esto, las cortes norteamericanas e inglesas consagran el concepto de “*freedom of negotiation*”. Bajo este análisis, se entiende que sólo cuando estamos en presencia de un contrato formado a través de “la vía de la aceptación de una oferta y del intercambio de *consideration*, puede generar obligaciones para las partes”²²⁰. La explicación de ello radica en “la concepción general de que las negociaciones son por naturaleza aleatorias, de tal manera que cualesquiera pérdidas sufridas en razón de su fracaso son enteramente previsibles”²²¹. En definitiva, el *common law* no extiende la obligación de actuar de buena fe en la ejecución o cumplimiento del contrato (“*fair dealing*”²²²) a la etapa precontractual. Sin embargo, en el último tiempo se observan avances provenientes del derecho norteamericano. Si bien las Cortes de ese país, reconocen la facultad de las partes para negociar libremente, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual²²³, un destacado autor, nos señala que en años recientes, se ha advertido el reconocimiento de responsabilidad precontractual, específicamente en casos como el enriquecimiento sin causa, en las representaciones falsas o erróneas, promesas específicas hechas en estas mismas y un acuerdo para negociar de buena fe²²⁴.

integraba un *implied term* según el cual los reos se obligaban a negociar de buena fe con los autores mientras mantuviesen la intención de vender la empresa. El *Court of Appeal* clasificó ese acuerdo como un *contract to negotiate*, que consideró ineficaz (*unenforceable*), dando así proveimiento al recurso interpuesto por los reos. De esta decisión recurrieron los autores para la Cámara de los Lords, alegando que el acuerdo en cuestión incluía la dicha estipulación implícita por fuerza de la cual mientras los reos mantuviesen la intención de vender la empresa se obligaban a continuar a negociar de buena fe con los autores. El tribunal rechazó el recurso por unanimidad. Además del argumento encima reproducido, Lord Ackner argumentó, con la concordancia de los demás jueces, que un acuerdo por el cual las partes se obligan a negociar de buena fe (*agreement to negotiate in goodfaith*) sería impracticable (“*unworkable in practice*”), por incompatible con la posición de cada uno de los negociadores. «*In my judgment (prosigue el mismo magistrado), while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly a bare agreement to negotiate has no legal content*».

²²⁰ ACUÑA SBOCCIA, Rodrigo (2004): “*Estudios de Contratación Internacional : Régimen Uniforme e Internacional Privado. Seminario 16*”. (Bogotá, Colombia, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana) pp. 564.

²²¹ ACUÑA SBOCCIA, Rodrigo (2004) op. cit. pp. 564.

²²² Así establece expresamente en UCC, en su § 1-304. “Obligation of Good Faith: Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement”.

²²³ Farnsworth, E.Allan en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 125

²²⁴ Farnsworth, E. Allan (1999) “*Contracts*”, (New York, U.S., Aspen Law & Business), pp.197-198

Como manera de prevenir el nacimiento de un desagradable imprevisto al momento de negociar con otra parte domiciliada en algún país del *common law*, un autor nos señala que “puede resultar de gran utilidad (...), obtener la suscripción de un acuerdo preliminar, una carta de intención u otro documento que establezca expresamente, la obligación de las partes de negociar de buena fe las condiciones de un eventual acuerdo. En este caso, la obligación de conducirse de buena fe y respetar el “*fair dealing*” en dichas negociaciones, emanará precisamente de este documento separado, cuya obligatoriedad ha sido reconocida por las cortes del *common law*²²⁵”.

Con todo, el deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato, incluyendo la fase precontractual, se encuentra reconocido de manera expresa en la *Lex Mercatoria* en el artículo 1.7 de los principios UNIDROIT²²⁶, versión 2004. En dicho precepto se nos revela la idea inspiradora que debe regir la relación contractual. Ella se encuentra constituida por la buena fe y la lealtad negocial. A

²²⁵ ACUÑA SBOCCIA, Rodrigo (2004) op. cit. pp. 566. El autor cita a Nedzel, Nadia E., "A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability", *The Tulane European and Civil Law Forum*, 12 (1997), 97, pág. 116. Señala que dentro de los casos norteamericanos en que se ha reconocido esta obligación, emanada de un acuerdo preliminar, de negociar de buena fe, se cuenta “*Itek Corpág. v. Chicago Aerial Industries*”, Inc. 248 A.2d 625 (Del. 1968). en el cual una carta de intención que describía los aspectos básicos de una transacción señalaba que “las partes harán todos los esfuerzos razonables (“*every reasonable effort*”) para acordar y preparar un contrato tan pronto como sea posible” (traducción propia). La corte estimó que de esta frase emanaba una obligación precontractual de negociar de buena fe. El mismo autor nos señala que aunque plenamente aplicable en las Cortes norteamericanas ello ha sido puesta en duda por los tribunales ingleses. En este sentido, en 1974, Lord Denning, cuyas afirmaciones en la Corte de Apelaciones (Court of Appeal) Inglesa se han convertido en parte esencial de la doctrina jurídica del Common Law, con ocasión de un caso relativo a un acuerdo que imponía “negociar de manera justa y razonable las sumas del contrato”, señaló: “Si el derecho no reconoce un contrato para celebrar un contrato (cuando existen términos fundamentales que aún no han sido acordados), me parece que no puede reconocer un contrato para negociar” (traducción nuestra).

²²⁶ En el artículo 1.7 de los Principios Generales para la Contratación Internacional, Unidroit, versión 2004 se señala expresamente que “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.” Junto con ello, el citado artículo nos señala que “en ausencia de una disposición específica en los principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”. En concordancia con lo ya señalado se encuentran los artículos 4.3 (reconoce función interpretativa de las circunstancias particulares, en especial las negociaciones previas entre las partes para determinar la intención de estas al momento de contratar), 2.1.15 (deber de orientar el negocio a su realización), 2.1.16 (deber de confidencialidad), 2.1.15 (negociación con mala fe).

este respecto, el profesor Jorge Oviedo Albán señala que “puede afirmarse que con esta fórmula (descrita en el artículo 1.7 de los Principios) se le está dando al principio de la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los Principios Unidroit 2004 y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes”²²⁷.

Frente a esto, es necesario señalar que, en la Convención de Viena, el principio de buena fe no se encuentra establecido expresamente como un imperativo, sino más bien como un elemento interpretativo del contrato. Sin embargo un destacado sector de la doctrina afirma que además de su labor interpretativa, este principio debe ser un ente rector durante toda la vida del contrato²²⁸ incluida la fase de tratos previos.

En cuanto a la responsabilidad precontractual, la Convención guarda silencio. No existe en dicho cuerpo legal una norma expresa o principio que imponga responsabilidad contractual como consecuencia de la conducta de una de las partes durante las negociaciones. Sin embargo, como nos indica un autor, “si se analiza con cuidado el artículo 8 numeral 3, se puede encontrar que la Convención sí le da un valor preponderante a esta fase, al disponer que en particular las negociaciones y cualesquiera prácticas establecidas entre las partes sirven para determinar la intención de una parte o el sentido que le habría dado

²²⁷ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 126. En igual sentido la Profesora Perales “ El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los principios sino (sic) como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y mas acertadas innovaciones que presentan los principios respecto de otros textos de derecho uniforme, en particular respecto de la Convención de Viena” PERALES VISCASILLAS, Pilar (1997) “*El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit (Ambito de aplicación y disposiciones generales)*”, (Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Mercantil) pp. 221-297. Igualmente disponible en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of Internacional Comercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html> [Última consulta: 20 de Diciembre de 2010]

²²⁸ La profesora Perales nos indica que “Resulta claro que el objetivo de asegurar la observancia de la buena fe es un principio de interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención y, por ende, del contrato. Sin embargo, consideramos que no debe quedar relegado a esta mera función interpretativa, sobre todo si se tiene en cuenta que la buena fe es un principio general informante de la Convención en su conjunto que influye en el comportamiento que puede exigirse a los contratantes”. PERALES VISCASILLAS, Pilar (1995): “*Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional*”, (Madrid, España, Cuadernos de derecho y comercio num.16) pp. 55-88

una persona razonable²²⁹ y en tal caso obligarlas”. Sin embargo, la opinión de la doctrina mayoritaria es otra. Este último sector nos indica que la falta de regulación expresa demostraría la “voluntad deliberada del legislador uniforme por abandonar su regulación al derecho interno que resulte aplicable”²³⁰.

Contra esta última afirmación, podemos señalar que la jurisprudencia arbitral internacional, reconoce, sin embargo, el deber de buena fe en los tratos negociales. Se establecen para su violación una serie de sanciones, dentro de las que podemos nombrar, a modo de ejemplo la paralización de negociaciones, el resarcimiento, la activación de las cláusulas penales, etc.²³¹ A su vez, como nos indica un destacado autor “la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual, derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones: 1) Obligación de información recíproca. 2) Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompan posteriormente sin causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la *buena fe precontractual*”.

A su vez, parte de la doctrina postula que no es posible excluir totalmente la responsabilidad precontractual de la Convención. Ello debido principalmente a que ésta no es una materia homogénea, por cuanto abarca situaciones muy variadas que van, por ejemplo, desde el incumplimiento de obligaciones concretas originadas del hecho de negociar, hasta la violación de normas de conducta que impiden u obstruyen la concreción de un contrato válido. Ante esto, y como manifestación del principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo

²²⁹ En el caso *Filanto, S.p.A versus Chilewich Internacional Corp.* (CLOUT n. 23) U.S. District Court of the Southern District of New York, de 14 de abril de 1992. En este caso, el tribunal interpreto que si bien, conforme al párrafo 1 del artículo 18 de la Convención el silencio no constituye generalmente aceptación, de conformidad al número 3 del precepto citado, las tratativas entre las partes si crean un deber por parte del fabricante (Filanto S.p.A., Italia) de formular prontamente cualquier objeción y que cualquier retraso constituye una aceptación a la oferta de la empresa compradora (Chilewich, Nueva York, EE.UU)

²³⁰ Perales Viscasillas, Pilar (1996), “*La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*”, (Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch) pp.146.

²³¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 128

6 de la Convención, las partes frecuentemente optan por regular expresamente el régimen de la responsabilidad precontractual. Dentro del derecho anglosajón encontramos una serie de instrumentos tomados como referencia a este respecto como por ejemplo las cartas de intención o *letters of intent*. Ellas pueden ser definidas como “un instrumento precontractual escrito que refleja acuerdos o entendimientos preliminares entre una o más partes en orden a celebrar un futuro contrato”²³².

Sin embargo, y como ya indicamos, la mayoría de la doctrina estima que esta materia debe ser excluida de la regulación de la Convención y regulada por el derecho interno que correspondiere con las normas de conflicto²³³ como lo indica el artículo 7.2 del cuerpo en cuestión, lo que encuentra sustento jurisprudencial²³⁴.

3. La oferta

3.1. Concepto. Propuesta de contratar.

²³² Este autor define las «letters of intent» de la siguiente manera: «*A letter of intent may be defined as a precontractual written instrument that reflects preliminary agreements or understandings of one or more parties to a future contract*». A su vez, señalan los mismos autores, se le pueden hacer dos observaciones a la definición. Por una parte, las cartas de intención contemplan la suscripción de un contrato a futuro. En segundo lugar, dentro de la noción de futuridad se encuentra implícita la concepción de que las cartas de intención son precontractuales y no contractuales. DRAETTA, Ugo (1989) *Letters of intent and other precontractual documents*. (Massachussets, U.S. Editorial Stoneha) pp. 5

²³³ Schlechtriem hace alusión al rechazo de una propuesta presentada en la Conferencia Diplomática por parte de la Republica Democrática de Alemania consistente en introducir un principio general de culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual. OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 128

²³⁴ Caso “tornillos” Landgericht Giessen, Sentencia de 22 de diciembre de 1992, confirmada por OLG Frankfurt, sentencia de 4 de marzo de 1994 (publicado en OLG Report, 1994, Págs. 85 y ss., CLOUT, num. 121). Esta es la única sentencia en esta materia, en la cual se limita a indicar que no se cumplen los requisitos de la responsabilidad extracontractual, invocando para ello el 276 BGB y la doctrina (Palandt) sin explicar porque excluye la Convención. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomas (2000) op. cit. pp.146

Desde una perspectiva moderna, un sector de la doctrina entiende que la formación del contrato debe ser comprendida como un fenómeno complejo. Las negociaciones usualmente toman un largo tiempo y los acuerdos son logrados paso a paso. En aquellas situaciones es muy difícil distinguir precisamente una oferta de una aceptación. Farnsworth, señala que debe existir un proceso de “maduración”, el que comprende los siguientes pasos: “1º) es frecuente que haya primero un intercambio de información y que las partes fijen sus intereses y diferencias mediante unos acuerdos de principio sobre los puntos fundamentales; 2º) estas negociaciones suelen realizarlas por cuenta de su principal los ejecutivos de ventas, quienes se abstienen de hacer ofertas porque quieren que cualquier compromiso se adopte con el visto bueno de los servicios jurídicos; 3º) una vez que los negociadores han señalado los puntos que, a su juicio, son esenciales, remiten la documentación a sus letrados, que redactan los acuerdos, sin que dichos acuerdos constituyan propiamente un contrato, puesto que los letrados carecen -por regla general- de poder para obligar al principal; 4º) si hay un acuerdo final, normalmente dicho acuerdo constará en uno o varios documentos que se intercambiarán las partes y, por último, 5º) si las partes firman e intercambian los mencionados documentos, no hay duda alguna de que se ha perfeccionado el contrato²³⁵”.

Sin embargo, y debido a razones históricas, la Convención sigue la visión tradicional, del siglo XIX²³⁶, en cuanto a la formación del contrato. Ella distingue dos declaraciones unilaterales de intención como son la oferta y la aceptación.

Aún cuando la realidad en los contratos de compraventa a nivel internacional dista de esta simplicidad, es necesario analizar ambos conceptos. Ello, debido principalmente al hecho de que la Convención sigue rigiendo el proceso de formación del contrato en esta materia, y continúa siendo el instrumento que mayor consenso internacional genera a efecto de solucionar los

²³⁵ Farnsworth, E. Allan VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomas (2000) op. cit. pp.108.

²³⁶ Farnsworth, E. Allan. *Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report* en Stoffel/Volken (cords.) *“Conflicts et harmonization, Melanges en l’honneur d’ Alfred E. von Overbeck a l’ocasion de son 65eme anniversaire”* Editions Universitaires Fribourg, Suiza, 1990, Pág. 657. En VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomas (2000) op. cit. pp. 108.

conflictos que surgen. A su vez, aunque sea dificultoso identificar a cada una, generalmente encontramos la “secuencia de oferta /contraoferta /aceptación”²³⁷. Junto con ello, se ha señalado, “que incluso aquellos contratos en los que no se produce la secuencia clásica de oferta y aceptación pueden ser incardinados en el ámbito de la Convención por virtud de la aplicación conjunta de los principios de autonomía de la voluntad, de prevalencia de los usos ampliamente conocidos en el sector sobre la norma escrita y de libertad de forma (arts. 6, 9.2 y 11 de la norma uniforme, respectivamente). Es decir, las partes pueden optar por un sistema de formación distinto del previsto en la Convención, bien sea de una forma explícita o tácita, o bien dicho sistema de formación puede venirles impuesto por las normas consuetudinarias ampliamente conocidas en el sector del tráfico de que se trate”²³⁸

Desde esta perspectiva, entendemos que para el perfeccionamiento de un contrato es vital la concurrencia de dos elementos: oferta y aceptación. Ambos pueden ser entendidos como manifestaciones unilaterales de voluntad

²³⁷ Bonell, Michael Joachim (1990) *“Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods. Formation of contracts and precontractual liability”*. (París, Francia) pp. 159. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomas (2000) op. cit. pp. 108.

²³⁸ El mismo autor hace referencia a jurisprudencia para apoyar lo señalado en cuanto a las normas consuetudinarias ampliamente conocidas en el sector del tráfico de que se trate. En este sentido, cita el caso «cátodos», OLG München, Sentencia de 8 marzo 1995 (no publicado; CLOUT número 134). Se trataba de una compra de cátodos de cuproníquel entre una empresa alemana y una empresa finlandesa. Finlandia ha hecho una reserva a la parte II de la Convención, por lo que no era aplicable la regulación de la Convención sobre la formación del contrato. Sin embargo, el Tribunal entendió que no era necesario remitirse al Derecho interno, pues la Convención admite otras reglas de formación del contrato, siempre que resulten en un contrato vinculante para las partes, como lo demuestra su comportamiento, y que sean equivalentes a las reglas contenidas en los arts. 14 y ss. CV. «*Der von Finnland erklärte Vorbehalt hinsichtlich des Abschlußteils des UN-Kaufrechts (Teil II), der den äußeren Konsens des Zustandkommens von Verträgen durch Angebot und Annahme regelt, schließt die Annahme eines wirksamen Vertragsabschlusses nicht aus. Nach dem CISG sind andere Formen der Herbeiführung des Einverständnisses nämlich nicht ausgeschlossen. Auf anwendbares nationales Recht kann daher nicht zurückgegriffen werden [...] Danach kann ein Kaufvertrag in gleicher Weise abgeschlossen werden, die ausreicht, um als einverständliche Regelung der Parteien angesehen zu werden, so auch durch das beiderseitige Verhalten, das die Tatsache eines Vertragsabschlusses erkennen läßt und wenn der Vertragsinhalt einem nach Art. 14 ff. CISG abgeschlossenem Vertrag jedenfalls gleichwertig ist*». En la doctrina, se muestra igualmente conforme Schlechtriem, Peter. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 108-109.

encaminadas a producir el efecto de lograr un acuerdo que en definitiva crea, modifica o extingue una relación jurídica.

En primer lugar y teniendo en consideración el orden lógico en que deben presentarse para que se verifique el concurso de las voluntades, es necesario analizar la oferta. A nivel doctrinario existen una vasta gama de definiciones para el término. Diez-Picazo define a la oferta como “una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato”²³⁹. Para Gaudemet, “la oferta es una declaración unilateral de voluntad, dirigida por una persona a otra, y en virtud de la cual, la primera manifiesta su intención de considerarse obligada, si la otra parte acepta. Se trata de una declaración unilateral, recepticia, completa, precisa y definitiva, en términos tales, que para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de tal oferta, simplemente la acepte. Así, por ejemplo, si se trata de una compraventa, será necesario que se indique cuál es la cosa vendida y cuál es su precio de venta”²⁴⁰.

La Convención de Viena de 1980, en cambio, dispone en su artículo 14.1:

“La propuesta de celebrar un contrato...constituirá oferta si...”. Del tenor del artículo en citado²⁴¹, es posible distinguir de manera clara y precisa que existen propuestas y ofertas propiamente tales. Como nos señala Diez-Picazo “ Dada la construcción del precepto , las propuestas de contratar constituyen un género dentro del cual, como una especie particular, se encuentra la oferta, cuando se reúnen unos determinados y muy estrictos requisitos”²⁴². En definitiva en palabras

²³⁹ DIEZ-PICAZO, Luis (2007): “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*” (Madrid, España, Thomson Civitas) pp. 330.

²⁴⁰ Gaudemet, Eugene, citado por SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco Javier (1994) op. cit. pp. 270.

²⁴¹El artículo 14 del Convención reza “ 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

²⁴² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006): “*La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*”. (Madrid, España, Editorial Civitas) pp.165.

del mismo autor “las propuestas son proyectos, que se limitan a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato”²⁴³.

A su vez, los Principios Generales para la Contratación Internacional, UNIDROIT, versión 2004, que en cuanto a la formación del contrato son prácticamente idénticos a la CV, disponen en su artículo 2.1.2:

“Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta...”

A este respecto, la profesora Perales Viscasillas, concluye que “podemos señalar que el elemento característico que destacan varios autores es la voluntad declarada dirigida intencionalmente a formar un contrato”²⁴⁴

3.2. Requisitos.

Como se señaló, es necesario, a efecto determinar la existencia de una oferta, verificar la concurrencia de los elementos que permitan configurar una manifestación unilateral de voluntad como tal. Del análisis del artículo citado, se desprende que la CV establece los siguientes requisitos para encontrarnos frente a una oferta:

- 1) debe efectuarse a sujeto determinado (requisito subjetivo)
- 2) debe estar dotada de precisión suficiente (requisito objetivo)
- 3) debe indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación (componente o requisito volitivo)

²⁴³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 165

²⁴⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) op. cit. pp. 69

3.2.1. Efectuarse a persona determinada.

En este caso, debemos definir entonces, que debe entenderse por persona determinada. Para ello se ha sostenido que el “término personas es el más fácil de delimitar pues es evidente que incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas (incluyendo dentro de ellas a las uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de empresas)”²⁴⁵. A su vez, en la misma línea, se sostiene que “el requisito de la determinación se satisface no sólo indicando los datos precisos que permitan identificar los destinatarios (nombre y apellidos, razón social ...), sino que se cumple en todos aquellos casos en que dicha individualización sea inequívoca como, por ejemplo, mediante la fórmula el propietario o los propietarios de (...) En suma, para que se cumpla el requisito de la determinación, no es necesario que el destinatario se identifique en todos sus extremos, sino que basta con que resulte simplemente determinable”²⁴⁶.

Las demás cuestiones que surjan a este respecto serán abordadas dentro del apartado referente a las ofertas hechas a personas indeterminadas.

3.2.2. Precisión de la oferta.

Desde un punto de vista doctrinario, dentro de la mayoría de los ordenamientos jurídicos locales se ha exigido históricamente como requisito para que la oferta sea válida el que ella revista el carácter de completa. Dicho criterio no es seguido por la Convención. El propósito es simple: lo que se busca es generar la mayor efectividad posible en el campo de los contratos internacionales. Se busca, por ende, que estos presenten contenidos mínimos a objeto de arribar de la manera menos engorrosa a la concreción de un acuerdo.

²⁴⁵ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 119.

²⁴⁶ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 119.

De la lectura del artículo 14.1 es posible distinguir tres elementos que permiten determinar la precisión de la oferta: a) indicación de las mercaderías objeto del contrato; b) señalamiento expreso o tácito de la cantidad y c) del precio, o método para determinarlos.

En base a esto Diez-Picazo nos señala que el precepto abre tres posibilidades, todas ellas lícitas y admisibles²⁴⁷. Ellas son:

i) “una determinación expresa de las mercaderías, de su cantidad y del precio”. Esta hipótesis no plantea problemas, puesto que nos encontraríamos ante un caso en que el requisito de precisión se encontraría plenamente satisfecho.

ii) “Las mercaderías se encuentran designadas o identificadas expresamente, pero la cantidad aparece mencionada de manera tácita”. En este caso, la determinación implícita de la cantidad, deberá, en primer lugar, resultar del acuerdo marco establecido entre las partes. Como ejemplo de acuerdo marco podemos citar la compra de toda la producción del vendedor o de una cantidad variable en función de las necesidades del comprador. En segundo lugar, se puede determinar a partir de los usos y prácticas preexistentes entre las partes. Clarificador resulta el caso que se presenta cuando con anterioridad han existido pedidos por el comprador de cantidades que se han reiterado en el tiempo, en base a las cuales es legítimo presumir que el pedido (oferta subsiguiente) comprende la misma cantidad de mercaderías²⁴⁸. En ausencia de ambas opciones la determinación se realizará en base al principio de buena fe²⁴⁹. El problema más relevante se produce respecto de la determinación implícita de los precios, a lo que dedicaremos especial atención, más adelante dentro de este mismo capítulo.

²⁴⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 166

²⁴⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 114

²⁴⁹ En este caso se sigue lo establecido por la profesora Perales que nos dice: “ Esto es, si en la oferta únicamente se señala que el comprador o el vendedor fijaran en un momento posterior la cuantía, el comprador, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y previsibilidad, solicitará una cuantía razonable en función de sus necesidades objetivas y, a su vez, el vendedor venderá una cantidad que sea previsible teniendo en cuenta tanto su propia capacidad de producción como las necesidades que le sean conocidas a la empresa compradora”. PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) op. cit. pp. 311-312

iii) La tercera posibilidad es aquella propuesta en que “sólo se encuentre establecido el medio o el criterio de determinación de las cantidades, tanto de las mercancías como del precio”. Para la doctrina mayoritaria, con respaldo jurisprudencial²⁵⁰, la existencia de criterios que permitan de una u otra manera determinar los elementos señalados, permite generar la suficiente definición de la oferta.

Sin embargo, la jurisprudencia ha adoptado la decisión contraria para aquéllos casos en que se establece un plazo posterior para fijar el precio²⁵¹.

3.2.3. Intención del oferente de quedar obligado.

Otro de los requisitos establecidos para la validez de la oferta es la intención del oferente de quedar obligado por ella. De esto último, se desprende que la oferta, además de trascender el fuero interno del oferente y de la verificación del cumplimiento de los otros requisitos establecidos por la Convención para su validez, debe estar dotada de la seriedad necesaria para revelar esta intención. Ello se verifica por el hecho de perfeccionarse el contrato tan pronto como es aceptada, sin que sea necesario recurrir a nuevas manifestaciones de voluntad por parte del aceptante. En otras palabras, debe existir en el oferente un anhelo por celebrar el contrato, que se manifieste de tal manera, que sólo requiera de la aceptación para obligarse. Debe entonces, existir una genuina voluntad negocial.

²⁵⁰ En cuanto a determinabilidad del precio. Caso “Fauba France c. Fujitsu GmbH” Cour de cassation, Sentencia de 4 de enero de 1995 (publicado en DALLOZ, cuaderno num.20, 1995 y en versión española, Revista general del derecho, 1996, Págs. 3437 y ss. CLOUT, num. 155). A su vez, en cuanto a la determinabilidad de la cantidad. Caso “pieles de chinchilla”, OG, Sentencia de 10 de noviembre de 1994 (publicada en Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1995, Pág. 79, CLOUT num. 106). VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 113.

²⁵¹ Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa de 3 de marzo de 1995 (no publicado; CLOUT, num. 139). En este laudo se establece que la mención en el télex intercambiado entre las partes en que se establece que el precio sería fijado en una etapa posterior, no supone la fijación del precio de las mercaderías, sino un simple acuerdo entre las partes para posponer la negociación del precio a un momento posterior. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp.113-114

De todas maneras, no necesariamente se puede considerar que la voluntad de quedar obligado deba estar expresamente manifestada en el acto o documento que la contenga, sino que bastará que de manera inequívoca se deduzca tal intención, de acuerdo con la clase de oferta que se trate o las circunstancias que rodeen tal manifestación de voluntad²⁵².

Como resume un autor “quedar obligado, según los términos probablemente más precisos, significa quedar vinculado y contractualmente vinculado”²⁵³.

A su vez, en caso de existir conflictos entre las partes, la determinación sobre la existencia de la intención, debe ser interpretada en base a lo establecido por la propia Convención. A este respecto, es necesario establecer, teniendo en consideración a la buena fe, a los usos establecidos entre las partes y al criterio de hombre razonable.

3.3. Temas discutidos.

3.3.1. El problema de los precios implícitos.

Usualmente el precio de las mercaderías se ha establecido de común acuerdo por las partes, en base a un proceso de negociación. Sin embargo, la globalización y los avances tecnológicos han expandido y facilitado el comercio internacional a gran escala. Fenómenos como el explosivo aumento de flujo de

²⁵² OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.139. En el mismo sentido se expresa Díez-Picazo al indicar que “El artículo 14.1, requiere, además, que esta voluntad comercial o intención del oferente este indicada en la propia oferta. Lo que quiere decir que en la declaración de la oferta se encuentre ésta o que, dados los términos en que la oferta se produzca, deba entenderse objetivamente que en ella se encuentra implícita esta voluntad. La determinación de la existencia de esta voluntad o intención de quedar obligado y de su suficiente expresión en la propuesta, es una cuestión de interpretación” DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 165-166.

²⁵³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 165

ventas de productos estandarizados con precios uniformes y el uso de medios de información modernos han traído innegables beneficios, pero también consecuencias negativas, como la escasa o nula negociación previa. Es por ello que en dichos casos el precio habrá necesariamente de establecerse por otra vía a efecto de no afectar el tráfico comercial.

Frente a esto, los diversos sistemas no nos brindan soluciones concretas. Por un lado, los ordenamientos jurídicos continentales, en especial el español y francés, niegan toda posibilidad de dotar de existencia un contrato que no presente definición en cuanto al precio. Postura contraria es la asumida por el *common law*.

A este respecto la Convención de Viena establece disposiciones aparentemente incompatibles para la solución del conflicto. Por un lado, el artículo 14.1, establece que el precio debe estar determinado o debe al menos ser previsto un medio para su determinación. Ello es conocido como la doctrina del *pretium certum*. Por otro lado, el artículo 55 nos señala que cuando el precio no se expresa y no se prevé un medio para su determinación, se entiende que las partes han hecho referencia implícita al precio generalmente cobrado por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil que se trate. Ante esta antinomia existen diversas posturas doctrinarias²⁵⁴. Dentro de ellas, rescatamos una que armoniza ambas normas. Ella nos indica que la

²⁵⁴ Por una parte, se establece incompatibilidad absoluta entre ambos artículos, no existiendo por consiguiente una interpretación conciliadora. En esta postura se citan los siguientes autores: Cottino, Gastone: "La posizione del compratore", en AA VV, *La vendita internazionale (Asti del Convegno di studi di Santa Margherita Ligure)*. Milán, 1981, pag.153; del mismo autor "Comentario al artículo 55" en Bianca (coord.), *Convenzione di Viena sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*. Papua, 1992, pag.259; Farnsworth, E. Allan, "Formation of Contract" en Galston/Smit (coords.), *International Sales*. Nueva York, 1984, Págs.3/8. A su vez, otro sector adscribe a la incompatibilidad relativa. Ello significa, que en los casos en que no sea operativo el mandato enunciado por el artículo 14 operará el artículo 55. Dichos casos se configurarán cuando el Estado contratante haya ratificado la parte III de la Convención y no la II o bien cuando lo preceptuado en artículo 14 haya sido desplazado por la voluntad de las partes en el pacto común, o derivado de los usos establecidos "Inter Partes" o de sector. Autores que adscriben a esta teoría, Secretariat Commentary, Oficial Records, pág. 45; PLANTARD, Jean Pierre: *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Journal du Droit International, 1988, Pág. 311 y ss. en concreto, Págs. 347 y 348; REINHART, Pert: *UN-Kaufrecht. Heidelberg, 1991, Pág. 130*; PILZ, Burghard: "UN-Kaufrecht" en Graf von Westpajlen (coord.), *Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG-Staaten*. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp.115

exigencia del 14.1, acerca de la determinación aunque sea de manera implícita del precio en la oferta, se cumple en virtud de lo estipulado en el artículo 55. Dicho precepto se encarga de proporcionar un precio en base a criterios objetivos como son por ejemplo las circunstancias particulares de la suscripción del contrato, el momento de la celebración de este, o las características del sector del tráfico internacional de mercaderías de que se trate²⁵⁵. Ello significa, en definitiva, que es posible que, aún cuando el precio no se encuentre determinado de manera precisa o no se establezca un medio para hacerlo, exista una oferta válida que permita dar vida al contrato. Esta postura, en nuestra opinión, es la más conveniente tomando en consideración la importancia de la fluidez en el tráfico internacional, ya que tiene como objetivo, destrabar acuerdos potenciales que buscan ser invalidados recurriendo a aspectos formales que sólo buscan embarazar las operaciones de comercio internacional. No podemos desconocer una intención común de llevar a cabo un negocio jurídico determinado, en este caso, una compraventa internacional de mercaderías.

3.3.2. El contenido variable de la oferta.

Como ya señalamos, la oferta, en los términos establecidos por la CV, demanda el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos para configurarse. Ello, sin embargo, no obsta la posibilidad, para el oferente, de establecer un contenido más amplio en su propuesta, por ejemplo al referirse al tiempo de entrega, al tiempo para efectuar el pago, a los límites a la responsabilidad por incumplimiento o la documentación necesaria (*v. gr.* apertura de crédito documentario). En definitiva, si en la propuesta se fija un número superior de condiciones a las necesarias, establecidas por el artículo 14 y complementadas, en base a lo ya analizado por el artículo 55, en cuanto al precio, no cabe duda que

²⁵⁵ EÖRSI, Gyula en VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 116.

todas ellas pasarían a formar parte del contenido de la oferta²⁵⁶, derivando su incorporación de la intención de las partes. A su vez, las partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 6 de la CV, podrán limitar el número de requisitos o los efectos de la falta de éstos. Ello deriva del carácter dispositivo del cuerpo legal en cuestión, lo que parecería a primeras luces, al menos curioso, pero se explica por la dinámica histórica del comercio, teniendo en consideración que los estatutos jurídicos rígidos han sido siempre considerados por quienes dan vida al comercio internacional, como un obstáculo a su desarrollo. En definitiva, serán quienes ejercen el oficio quienes fijarán los términos a los cuáles adscriben, y en caso de omitir pronunciamiento a este respecto, será la Convención la que regirá de manera íntegra cuando correspondiere en base a la materia determinada.

3.3.3. Las propuestas a personas indeterminadas.

De la lectura del artículo 14.2²⁵⁷ de la Convención de Viena se desprende que cualquier propuesta realizada a sujeto no determinado constituye simplemente una invitación a contratar (*invitatio ad offerendum*), y por ende no puede ser calificada como oferta propiamente tal. El precepto citado constituye una norma de protección para los proponentes que, por el carácter indeterminado de las personas a quienes va dirigida, los habilita para sostener que dicha comunicación no constituye oferta²⁵⁸

Sin embargo, dentro de este mismo precepto se contiene una excepción, en el sentido de que cualquier oferta que se realice de esta forma, es decir, sin indicar de manera precisa al sujeto al cual va dirigida, puede constituirse en oferta en la

²⁵⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 168

²⁵⁷ Artículo 14.2 "Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario".

²⁵⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 119

medida en que el oferente manifieste o “indique claramente su voluntad en contrario”. Es decir, constando claramente esta circunstancia, estaremos en presencia de una oferta.

Ante esto, surge una duda respecto de que es lo que debemos entender por persona determinada. Algunos autores como Eörsi, postulan que deben comprenderse tanto personas “individuales como jurídicas, e incluso grupos que no posean personalidad jurídica y que sean uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de negocios”²⁵⁹.

En cuanto a estas materias no se generan situaciones de gran complejidad. Lo mismo ocurre respecto de situaciones en que existe influencia de los medios de comunicación moderna como por ejemplo el caso de la publicidad vía sitios *web*. En este caso, ello constituye únicamente una invitación a contratar. Esto se ve corroborado por lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas para Comunicaciones Electrónicas suscrita en Nueva York en 2007²⁶⁰.

Una situación más compleja ocurre en casos derivados del uso de modernas tecnologías como por ejemplo el caso de la publicidad vía correo electrónico o *mailing*. En estos casos, aunque la comunicación se verifique de manera individual en cada caso, no podemos aseverar que el destinatario es único y determinado, sino que forma parte de un conjunto. La situación es compleja. Por una parte, la mayoría de la doctrina sostiene que el *mailing* consiste simplemente en una estrategia publicitaria y que no se verifica el requisito de la determinación ya explicitado. Se esgrimen razones de índole económica para justificar esta postura, ya que, como se ha sostenido, si el oferente recibiera la aceptación de todas las ofertas podría llegar a la ruina al no poder satisfacer la efectiva

²⁵⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 170

²⁶⁰ En el se indica: “Artículo 11. Invitaciones *para presentar ofertas*: 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”.

demanda²⁶¹. A su vez, dicha doctrina señala que debe considerarse como una actuación contraria a la buena fe pretender que sea una oferta²⁶².

La postura contraria basa su argumentación en el hecho de que existiría una individualización precisa, dándose cumplimiento a todos los requerimientos establecidos por el cuerpo legal rector. Así han señalado autores que “una propuesta dirigida nominativamente debe considerarse como a persona determinada, en particular por vía postal, aún cuando la misma haya sido dirigida a un gran número de destinatarios²⁶³. Se trataría de los denominados “*restricted mailing lists*”²⁶⁴.

Una solución a este problema sería, por ejemplo, que la publicidad contenga un apartado, claramente especificado dentro de ella, en el cual se indique el stock remanente de productos. Ello unido a algún soporte válido en el que se deje constancia de la intención del comprador de efectuar el negocio sería, a nuestro parecer, un principio de solución adecuada a este problema.

3.3.4. Condiciones generales de contratación.

La Convención de Viena no contiene normas especiales en cuanto a los términos o condiciones generales de contratación. Se entiende que cada parte es libre de establecerlos en la medida que exista concordancia mutua en torno a incorporarlos. Sin embargo, de una lectura acuciosa de los artículos 8 y 14 se desprenden principios generales plenamente aplicables a la oferta.

²⁶¹ DIEZ- PICAZO en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 146.

²⁶² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 169-170. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp.119-120.

²⁶³ AUDIT, Bernard (1994): “*La compraventa internacional de mercaderías, Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980*”, (traducción de Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, Argentina, Zavalía Editor) pp. 70

²⁶⁴ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 119

En primer lugar, dichos términos deben ponerse a disposición del receptor de la oferta, de una manera tal, que le permita un razonable acceso a ella. A este respecto, la Corte Suprema de Alemania, ha señalado que no es suficiente que la oferta contenga referencias a los términos utilizados, sino que es necesario que ellos sean enviados por el oferente²⁶⁵ al receptor. Ello, en opinión de parte de la doctrina²⁶⁶, es plenamente aplicable al correo tradicional, no así a las comunicaciones electrónicas. En éstas últimas, por ejemplo, es suficiente que dicha información venga unida al correo electrónico o pueda ser fácilmente obtenida desde un sitio *web* que se indica o contenga un *link* o enlace al sitio donde la oferta se encuentra o por último, que dicho enlace se ubique dentro del correo electrónico que contiene la oferta²⁶⁷. En definitiva, el objetivo perseguido, es evitar que el receptor de la oferta se vea obligado a tener que buscar la información correspondiente. Ella le debe ser puesta razonablemente a su disposición, teniendo en consideración la importancia del respeto al principio de la buena fe en el comercio internacional. Este principio se ve reflejado en este caso en dos de sus variantes: la cooperación mutua y al deber de información que asiste a las partes en estas instancias.

En segundo lugar, existe consenso en orden a no incorporar cláusulas sorprendentes en las condiciones generales. Se entiende, sin embargo, que ante la ocurrencia de ello, las restantes, es decir, aquellas que no pueden ser consideradas como sorprendentes, forman parte del contrato.

3.4. Efectividad de la oferta.

²⁶⁵ En Bundesgerichtshof, 31 de Octubre de 2001, CISG-online 617; seguido por Landgericht Neubrandenburg, 3 de Agosto de 2005, CISG-online 1190. También en Obertster Gerichtshof, 6 de Febrero de 1996, CISG-online 224 y 13 de Septiembre de 2001, CISG-online 644, entre otros.

²⁶⁶ MAGNUS, Ullrich,(2005): “*J. van Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*” (Berlín, Alemania, Editorial Sellier/Walter de Gruyter) Art. 14 párrafo 41a).

²⁶⁷ Traducción personal de: “*There, it must be sufficient that the standard terms are contained in an attachment to an email, or can easily be retrieved from a website, be it via link on the website where the offer is available, or via link in the email that constitutes the offer*”. SCHWENZER, Ingeborg; MOHS, Florian (2006): “*Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World*”, (Berlin, Alemania, Editorial Sellier) pp. 241.

La Convención en su artículo 15.1, sigue en este punto a la denominada “teoría de la recepción”, la que establece que la oferta produce efecto una vez que llega a su destinatario. Esta “llegada” debe a su vez, ser configurada en concordancia a lo establecido en el artículo 24²⁶⁸ del mismo texto legal.

Tanto en la Convención como en los Principios Unidroit 2004 se entiende que la oferta llega al destinatario:

a) Cuando le es comunicada oralmente (sistema o teoría del conocimiento o de la información).

b) Cuando le es entregada en su establecimiento o dirección postal (sistema o teoría de la recepción), cuando la declaración es escrita²⁶⁹, o en defecto de establecimiento, en su residencia habitual. Esto, si de ofertas por escrito se trata²⁷⁰.

En definitiva, el momento de la efectividad de la declaración debe situarse en el instante en que ella ingresa al círculo de intereses del destinatario, sin perjuicio de que llegue a conocerla o no²⁷¹. Como se puede apreciar, la Convención adopta como criterio de solución, aquel que resuelve mejor los posibles conflictos de intereses y que se presenta como más acorde con las reglas de buena fe y de autoresponsabilidad que deben regir el contrato²⁷².

²⁶⁸ En este artículo se establece: “Artículo 24: A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

²⁶⁹ En los Principios Unidroit, el artículo 1.11, establece que para los fines de los Principios, escrito incluye: “cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible”. En el comentario a dicho artículo se expresa que “Los principios definen esta palabra en términos funcionales. Así, un escrito incluye no solo un telegrama y un télex, sino también cualquier otra modalidad de comunicación idónea para preservar un documento y ser reproducida en forma tangible. Este requisito formal debe ser comparado con el criterio más flexible de forma que se requiere para una comunicación.

²⁷⁰ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.144.

²⁷¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 171

²⁷² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 204

La importancia de fijar el momento a partir del cual la oferta produce efecto es trascendental desde varios puntos de vista. Por una parte, se fija el momento a partir del cual la aceptación es válida, y nace, por consiguiente, el derecho del destinatario de aceptarla. Ello, de acuerdo al artículo 23 de la Convención derivará en el perfeccionamiento del contrato. En segundo lugar, se fija el momento desde el cual el oferente queda obligado por ella. A su vez, esta determinación es relevante en cuanto a la posibilidad de retirar o revocar dicha oferta.

3.5. Eficacia e Ineficacia de la oferta.

Como nos indica Oviedo Albán, “con la utilización de la expresión eficacia de la oferta, se hace referencia a que la misma, una vez que cumpla con los mínimos legales, debe tender a la producción de su efecto natural y obvio, que es el de conducir al cruce de voluntades que se traduce en la formación del contrato”²⁷³. Sin embargo, la oferta está destinada a tener una vida breve, ya sea porque se verifica su aceptación y se da vida al contrato, o por el contrario, se extingue sin producirlo, por verificarse su retiro, revocación o caducidad.

A su vez, el mismo autor citado nos indica “que la fuerza obligatoria de la oferta no ha sido aceptada unánimemente en todos los sistemas jurídicos. En efecto, el problema que se afronta es si la misma compromete a quien la hace, es decir, que si una vez que esta empieza a producir efectos (ya sea adoptando el sistema de la expedición o la recepción o bien el de la comunicación), el oferente se encuentra en manos del destinatario el cual podrá obligarlo a mantenerla y, una vez manifestada su aceptación perfeccionar el contrato, así el primero ya no quiera, o no esté en condiciones de obligarse conforme al mismo”²⁷⁴. Ante esto, una postura distinta nos indica que aunque la oferta sea dirigida con la intención

²⁷³ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.146.

²⁷⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp. 492

de configurar posteriormente el contrato y que se torne obligatoria para quien la emitió, este puede de todos modos, revocarla.

Dicha divergencia proviene de lo establecido en dos ordenamientos jurídicos: el francés y el alemán. Por un lado, la francesa establece que la oferta no compromete al oferente, puesto que una declaración unilateral de voluntad no puede ligarse por sí misma²⁷⁵. Como corolario de esto, el oferente puede retirarla mientras esta no haya sido aceptada, sin que deba responder por ello²⁷⁶. Ello es concordante con lo establecido en el sistema anglosajón. En contraposición, la teoría alemana en el §145 BGB señala que “quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado”. En definitiva, se establece que el proponente debe mantener su oferta dentro del plazo establecido, ya sea de manera expresa o tácita. A su vez, para el caso del fallecimiento del oferente, la policitación continúa siendo válida, lo que deriva de la denominada *autonomía de la oferta*²⁷⁷. Frente a estas posturas antagónicas, surge una alternativa intermedia, la cual pretende la conciliación de ambas teorías. Como nos indica Oviedo Albán “así, se acepta la revocabilidad de la oferta reconociendo excepciones; como la de fijar un plazo, ya se expreso o tácito”²⁷⁸.

Como ya señalamos, la oferta está destinada a tener una vida breve, ya sea porque se verifica su aceptación y se da vida al contrato, o por el contrario, se extingue sin producirlo, por verificarse su retiro, revocación o caducidad. Es preciso por ende, analizar cada hipótesis de manera separada. Ello en base al distinto tratamiento que recibe cada una por parte de la doctrina.

²⁷⁵ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp. 493

²⁷⁶ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp. 493

²⁷⁷ JOSSE RAND en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.494. También ENNECCERUS, dentro del mismo texto citado, nos indica que “en el derecho alemán de igual modo, la muerte o incapacidad de oferente antes de la aceptación no impide, por lo regular, la perfección del contrato en virtud de una aceptación que llega al heredero o el representante, a no ser que , dadas las circunstancias y en particular, dado el contenido de la oferta, haya que suponer “una distinta voluntad del oferente, por ejemplo en el ofrecimiento de unas lecciones o de la concesión de determinados objetos, que evidentemente solo se hace para el uso personal, o bien si el contrato que hubiera de concluirse se extinguiera con la muerte...”

²⁷⁸ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp. 495

3.5.1. Retiro.

Dentro del mismo artículo 15, aquel que, en concordancia con el artículo 24 fija el momento en que surte efecto la oferta, se establece la posibilidad de retirar la misma. Ahí se indica que *“la oferta, aún cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”*.

Como se puede apreciar a simple vista, la Convención marca una diferencia respecto de términos que, en un principio, parecieran ser sinónimos como son la retirada y la revocación. Ello resulta crucial a efecto de realizar una adecuada interpretación de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de dicho cuerpo legal.

El retiro de la oferta, que corresponde a una declaración unilateral de voluntad, tiene como objeto privar de efecto a una anterior declaración, cuando todavía ella no se ha hecho efectiva aún. Como nos indica Diez-Picazo, ella *“existe en el periodo de tiempo, o en la fase de formación, que media entre la emisión de la oferta y la recepción o llegada de la misma”*. En cambio, de acuerdo al mismo autor, la *“revocación es una declaración de voluntad de cancelación de la oferta en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato”*²⁷⁹.

Efectuada la precisión, se debe señalar que la retirada de la oferta es libre, pero sometida a determinados límites. Por una parte, no existe retirada válida si la oferta ha sido realizada cara a cara o a través de un medio de comunicación instantáneo, ya que, de acuerdo a la mayoría de la doctrina, no transcurre ningún tiempo entre el momento de enviar la oferta y el momento en que tiene lugar la recepción de la misma²⁸⁰. Es decir, debe configurarse dentro de los denominados *“contratos entre ausentes”*, configurándose ciertas excepciones²⁸¹. En relación con

²⁷⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 172

²⁸⁰ PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) op. cit. pp.381.

²⁸¹ Sin embargo, dentro de esta categoría, debemos excluir aquellos casos en que, como se ha sostenido *“se ha empleado para enviar la oferta un medio de máxima velocidad (instantáneos, en el lenguaje de la Convención). Esto ocurre porque al emplearse alguno de estos canales (fax, intercambio electrónico de datos, teléfono, télex, e-mail) es imposible, en principio, que el retiro*

lo anterior, dicha limitación espacial deriva en una temporal, ya que, como se ha señalado, sólo puede retirarse la oferta antes de que ésta llegue al destinatario. Esta materia presenta especial relevancia en lo relativo a la contratación llevada a cabo a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información, cuestión que será abordada en el capítulo correspondiente.

En cuanto a si la muerte o declaración de quiebra o concurso en el período que transcurre entre el envío de la oferta y la recepción por el destinatario equivale o no a una retirada de oferta, la Convención guarda silencio. La solución, por ende, debe buscarse en el derecho interno según las normas del derecho internacional privado.

3.5.2. Revocación.

Como ya se señaló, la revocación consiste en una declaración unilateral de voluntad, que persigue la cancelación la oferta, en el tiempo que media entre la recepción de ésta y la aceptación por parte del destinatario. Esta declaración, que busca impedir o frustrar el despliegue de los efectos jurídicos de la oferta, constituye un principio general dentro del texto de la Convención. Las excepciones a este principio, es decir, los casos de irrevocabilidad de la oferta, son aquellos contenidos en el artículo 16.2²⁸².

La primera excepción dice relación con la declaración del carácter irrevocable de la oferta, bastando que para ello se utilice cualquier expresión que

llegue antes o al mismo tiempo que la oferta (aunque en teoría existen posibilidades de retraso, por ejemplo, en los e-mails, que posibilitarían una llamada telefónica anulatoria). En definitiva, pues, el retiro se encuentra generalmente limitado a los casos de ofertas enviadas por algún tipo de correo postal, por mano, o por correspondencia telegráfica". VARAS BRAUN, Juan Eduardo (1999) En Revista de Derecho, Vol. X, n° 1 (Valdivia, Chile) pp. 135-152. También disponible versión online en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000200013&script=sci_arttext [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

²⁸² Este artículo nos señala en su numeral 2 lo siguiente: "Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta".

deje claro tal carácter, no existiendo por tanto, una fórmula determinada para tal efecto. El problema, en este supuesto, se produce cuando se declara este carácter irrevocable, pero no se establece un plazo de duración de dicha irrevocabilidad. La mayoría de la doctrina entiende que, en tal caso, debe aplicarse por analogía el plazo establecido en el artículo 18.2 de la Convención, es decir, debe fijarse con arreglo al estándar de razonabilidad, en función de las circunstancias del caso concreto²⁸³.

La segunda excepción es aquella en que se ha declarado el carácter de irrevocable de la oferta y se ha señalado expresamente un plazo para la aceptación²⁸⁴. Sin embargo, en este caso no basta un mero señalamiento de un plazo para determinar su carácter de irrevocable, sino que es necesaria una objetiva declaración del carácter firme de la irrevocabilidad²⁸⁵.

La tercera excepción viene dada por el caso en que el destinatario, creyendo irrevocable la oferta, ha desplegado actuaciones en base a la confianza en esta irrevocabilidad. Este caso constituye una clara aplicación del principio de la prohibición de ir contra los actos propios (*“venire contra factum proprium”*)²⁸⁶ y a su vez, una actuación así, se deriva del principio de buena fe aplicado a la contratación internacional. En otras palabras, se han generado expectativas válidas que deben ser protegidas. Es necesario en este caso, que dicha confianza pueda despertarse en personas similares que actúan de un modo diligente, es decir, que goce de un carácter objetivo en base al estándar propuesto²⁸⁷. A su vez, se requiere una actuación positiva del destinatario que encuentre base en la

²⁸³ PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) op. cit. pp. 426

²⁸⁴ No existe a este respecto una respuesta unívoca a que debe entenderse por plazo fijo para aceptar. Existen diferencias irreconciliables entre los diversos sistemas por dar solución a esto. Por una parte, el derecho continental entiende que existe un plazo fijo durante el cual la oferta mantiene su carácter de irrevocable. Por otra parte, el *common law*, adopta la postura contraria, esta es considerar que existe un plazo para aceptar, cuestión que no tiene relación la irrevocabilidad de la oferta. Ante esto, lo que más éxito parece tener es el análisis caso a caso, ello significa que habrá que dejar la solución a los tribunales. Ello pugna claramente con la seguridad jurídica y afecta en definitiva al comercio internacional.

²⁸⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 177

²⁸⁶ En este sentido caso “Laminas de Metal FOB Rostock”, laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Viena, de 15 de Junio de 1994 (no publicado, CLOUT numero 94)

²⁸⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 177

oferta, como por ejemplo, que haya suscrito un acuerdo determinado, con terceras personas, en base a esta oferta primaria.

Resta analizar el supuesto referido a los efectos de la revocación de una oferta irrevocable. A este respecto, los términos del artículo 16.2 son bastantes categóricos por lo que el destinatario de la oferta que sea revocada podrá optar por aceptar la oferta, perfeccionando el contrato o no aceptarla y solicitar se haga efectiva la responsabilidad del proponente por "*culpa in contrahendo*".

3.5.3. Extinción de la oferta.

La oferta puede extinguirse en primer lugar, por rechazo del destinatario. El artículo 17 del texto convencional señala que "*la oferta, aún cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente*". El rechazo, marca el momento a partir del cual el oferente se encuentra libre para entablar otra oferta con otros destinatarios sin encontrarse vinculado con el primitivo destinatario. Para configurarse o hacerse efectivo este rechazo debe llegar al oferente, es decir, se sigue la misma regla que para la efectividad de la oferta.

Junto a todos los casos ya analizados, incluidos la retirada y la revocación, la oferta puede extinguirse también por el surgimiento de una contraoferta, establecida en el artículo 19, lo que será analizado con posterioridad dentro de este trabajo. También se da el caso en que el silencio o inacción no configuren una aceptación tacita, cuestión que derivaría en la extinción de la oferta. En último término podemos señalar el transcurso del plazo establecido sin verificarse la aceptación.

Lo anterior corresponde al conjunto de maneras en que puede manifestarse la extinción de la oferta bajo el texto vienés. Sin embargo, materias como la muerte, incapacidad o la quiebra de cualquiera de los contratantes, no encuentran respuesta explícita dentro de este cuerpo legal. El problema en este caso consiste

en determinar si estamos o no frente a una laguna de la Convención. La respuesta en uno u otro sentido acarrea disímiles resultados. Por una parte, si asumimos que no existe una laguna, estaría vedada la posibilidad de recurrir al derecho interno para obtener solución a este problema. Por otro lado, si se determina la existencia de este vacío, la respuesta sería la inversa, en base a la remisión al derecho interno que efectúa el artículo 7.2.

Como se desprende de la lectura de lo anterior, optar por una u otra alternativa acarrea resultados diametralmente opuestos. A nuestro parecer, la búsqueda de soluciones siempre debe tener en consideración el carácter internacional del acto que se realiza.

Sin embargo, el tratamiento uniforme de las materias abordadas en esta última parte resulta tremendamente complejo. Ello se refleja en la gran resistencia de los legisladores nacionales a abordar dicha materia. Ante ello, y teniendo en consideración que incluir temas tan sensibles para los Estados, como los reseñados, sólo acarrearía problemas, se optó por dejar la regulación específica de dichas materias al ordenamiento jurídico nacional que correspondiere en base a la aplicación de las normas del derecho internacional privado establecidas al efecto.

4. Aceptación.

4.1. Concepto.

Como ya señalamos, tanto oferta como aceptación constituyen manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas a la producción de efectos jurídicos. En este caso, el efecto jurídico principal será la celebración del acto convencional, más específicamente, del contrato.

La estructura creada por la Convención para la oferta, establecida en los artículos 14 al 17, encuentra su correlato, como nos indica un autor²⁸⁸, en la aceptación determinada en los artículos 18²⁸⁹ y siguientes. En primer lugar, se define la aceptación (artículo 18.1), se indican sus requisitos formales (artículos 18.2 y 18.3), temporales (artículos 18.2 y 21) y materiales (artículo 19²⁹⁰), “y se concluye señalando sus efectos (sic), que consisten en la perfección del contrato (artículo 23), salvo que se trunque su efectividad mediante su retiro (artículo 22)”.

La aceptación ha sido definida doctrinariamente como la manifestación de voluntad que denota el asentimiento del destinatario con los términos de la oferta²⁹¹ y por consiguiente la voluntad de éste de quedar vinculado con la oferta. Por lo tanto, no se consideran como aceptaciones las simples manifestaciones de interés realizadas por el destinatario. Como ejemplo de esto, “los acuses de recibo o en general, cualquier otra manifestación que indique que el proceso negociador sigue abierto²⁹²”. En este caso “la idea esencial presente en la anterior definición y en general en las posiciones doctrinales, radica en el hecho de exigir que la

²⁸⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 127

²⁸⁹ “Artículo 18. 1. Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta, constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por si solos, no constituirán aceptación. 2. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación del asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que este haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. 3. No obstante, si en virtud de la oferta de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

²⁹⁰ “Artículo 19: 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

²⁹¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 158.

²⁹² VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 128

aceptación constituya un acto, donde la voluntad del aceptante, esté destinada a formar el contrato”, es decir, debe existir intención de obligarse.

Como dice Farnsworth “la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato y no puede contener ningún tipo de condicionamiento²⁹³”.

4.2. Clases de aceptación.

La aceptación puede clasificarse de muchas maneras. En un primer lugar la manifestación puede ser efectuada de manera expresa o tácita.

Una aceptación expresa es aquella en que existe una declaración explícita de asentimiento del destinatario, realizada entre presentes o ausentes. La voluntad, en este caso, puede canalizarse por diferentes medios. En principio y como nos señala Oviedo Albán, “si el contrato fue libre, ella se manifestará por cualquier medio. Si fuere de forma impuesta, por el canal que hubiere fijado la ley o el oferente, en el caso que la formalidad fuera convencional. En caso que el oferente hubiere usado un medio para manifestar su voluntad y no hubiere indicado la obligatoria observancia del mismo medio para la aceptación, nada obsta para que el destinatario de la oferta manifieste su aceptación por un medio distinto”²⁹⁴

En cuanto a la tácita, ella se manifiesta a través de determinados actos que objetivamente indiquen asentimiento, denominados actos de ejecución contractual. Ello puede ser objeto de interpretación de acuerdo a lo establecido en los artículos 8²⁹⁵ y 9²⁹⁶, “sin perjuicio de que el artículo 18.3 señala el carácter confirmatorio de

²⁹³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 181

²⁹⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.515

²⁹⁵ “Artículo 8: 1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3. Para

la expedición de las mercancías y del pago del precio”²⁹⁷. Junto a estos actos, establecidos a modo de ejemplo, nada obsta que puedan incorporarse otros como los actos preparatorios del pago o la apertura de un crédito documentario²⁹⁸. A su vez, la determinación de la validez como aceptación de estos actos deberá resolverse de manera casuística. Sin embargo, como nos indica un autor “en términos generales, pueden considerarse como actos de aceptación tácita, todos aquellos que signifiquen ejecución de las prestaciones contractuales o preparación de tales prestaciones”²⁹⁹. Corroborando los ejemplos indicados, a propósito de lo establecido por la Convención a este respecto, es necesario agregar el pago parcial de las mercaderías o la expedición parcial de éstas.

determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

²⁹⁶ “Artículo 9: 1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

²⁹⁷ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 128

²⁹⁸ En este sentido el caso “cóctel de frutas”, “ex parte” “Conservas La Costeña, SA” con “Lanín, SA” y “Agroindustrial”, COMPROMEX (Comisión para la protección del comercio exterior en México), Laudo arbitral de 29 de abril de 1996 (publicado en <http://www.law.pace.edu/cases/960429m1.html>). En este caso, un comprador mexicano presenta una reclamación ante la COMPROMEX en contra de dos empresas, una ubicada en Argentina y la otra en Chile debido a la falta de conformidad de las mercancías y de los documentos. La compradora mexicana, pretendía abastecerse de latas de cóctel de frutas y de durazno, acudiendo para ello a una empresa argentina. Aparentemente, la empresa argentina subcontrató la mercancía de otra empresa chilena de nombre Agroindustrial Santa Adela. Previo a remitir la orden de compra, la compradora mexicana recibió muestras del producto, mismas que aprobó. Sin embargo, al recibir la mercancía, la compradora mexicana descubrió las siguientes faltas de conformidad: (i) Las cajas y las latas venían dañadas y no venían en la cantidad acordada, (ii) Las etiquetas en las latas no eran del color indicado; (iii) la mercancía provenía de una empresa ubicada en Chile; (iv) las facturas no mostraban la cantidad pagada por las mercancías. Por lo tanto, el problema radicó en la falta de conformidad de las mercancías, así como en la de los documentos. En definitiva en la sentencia se indica que “...la relación contractual de las partes quedo acreditada con el escrito de contestación de “Lanín”, ya que en el mismo manifiesta que acordó con la quejosa (demandante), que esta abriría una carta de crédito a su favor para que por su conducto se pagaran las mercancías al comprador chileno”. En el mismo sentido el caso “Inta, SA. Con MCS Oficina Sigue. Mecánica S.p.A”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), Sentencia de 14 de Septiembre de 1993 (publicado en <http://cisg3.law.pace.edu/cases/931014a1.html>). VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 128.

²⁹⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 181

Dentro del artículo 18, su párrafo tercero permite que los actos de ejecución se consideren como aceptación de la oferta sin necesidad de comunicarlos al oferente, en los casos en que dicha exoneración de la comunicación resulte, ya sea, de la propia oferta, o de las prácticas establecidas entre las partes, o de los usos generales del ramo de los negocios en que se produzca la contratación³⁰⁰. Con ello, queda de manifiesto que la comunicación en la aceptación tácita constituye la regla general, por lo que esta no surtirá efectos, de no llegar al oferente o ser comunicada dentro del plazo fijado, salvo en los casos ya mencionados.

4.2.1. El valor del silencio e inacción.

De acuerdo al artículo 18.1 *in fine* de la Convención, el silencio o la inacción, por sí solos, no valen como aceptación. Ello constituye la regla general dentro del cuerpo legal citado. Un destacado autor afirma que “el que guarda silencio no declara nada y no puede decirse que callando manifiesta una voluntad comercial”³⁰¹.

Esta regla, sin embargo, deja abierta la posibilidad de atribución de valor al silencio cuando este va acompañado de otros factores o se genera en circunstancias determinadas, pues, como señalamos, este sólo carece de valor *per se*. Se ha establecido por cierta parte de la doctrina³⁰², en primer lugar, que el silencio vale como aceptación cuando así lo establecen determinadas disposiciones legales. Ello se encuentra establecido expresamente en la Convención en los artículos 19.2 y 22. En segundo lugar, esta validez se configurará por el hecho de existir usos y prácticas³⁰³ dentro del área de negocios

³⁰⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 182

³⁰¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 185

³⁰² OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.512.

³⁰³ HONNOLD señala que “un uso o práctica aplicable que no exija una respuesta podría establecer una base para la celebración de un contrato sin una respuesta explícita a la oferta”. Se establece como apoyo jurisprudencial a esta aseveración, el caso “*Filanto versus Chilewich*”. En este, Una

referida que así lo verifiquen, los cuales deben ser conocidos por ambas partes de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.2. En tercer y último lugar, el silencio valdrá como aceptación cuando exista un deber del destinatario de contestar. A esto, cabe agregar todos los casos en que las partes lo acuerden en consideración del principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 6 de la Convención. Es decir, prima la voluntad de las partes frente a un caso en que expresamente la Convención establece lo contrario.

Para los principios UNIDROIT, versión 2004, la regla general es la misma. Así, de acuerdo a su artículo 2.6, el silencio valdrá cuando exista acuerdo de las partes (artículo 1.1), cuando se derive de usos entre las partes (artículo 1.8) y cuando otros preceptos lo reconozcan de esa manera (artículos 2.22 (2) y 2.9 (1)). El artículo 2.6 ya citado, establece a su vez, que el silencio nunca valdrá como manifestación de voluntad cuando tal valor haya sido establecido unilateralmente por el oferente. El contenido del precepto citado, encuentra cabida dentro de la Convención a través del principio de la buena fe. Como nos indica un autor, “el oferente no puede atribuirse la facultad o el poder de introducir en la oferta la

empresa de Nueva York convino en vender zapatos dentro de un acuerdo marco, donde se establecía que las controversias serían arbitradas en Moscú. Para el cumplimiento del acuerdo, la empresa de Nueva York celebró una serie de contratos con un fabricante italiano. Conforme a uno de estos, el fabricante italiano suministró zapatos, verificándose solamente un pago parcial por la empresa compradora de Nueva York. El fabricante italiano reclama el pago íntegro del precio ante un tribunal de Nueva York. Sosteniendo que el contrato incorporaba por la vía de remisión el acuerdo marco ruso, el comprador de Nueva York pidió una suspensión de las actuaciones, para permitir que se celebrara un arbitraje. El tribunal interpreta el párrafo 1 del artículo II de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras para determinar si las partes habían acordado por escrito recurrir al arbitraje. Tras llegar a la conclusión de que se trataba de una cuestión federal, el tribunal hace referencia a los principios contractuales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Sostiene que la oferta del comprador de Nueva York, que incorporaba por vía de remisión el acuerdo marco con la empresa rusa, había sido aceptada tácitamente por el fabricante italiano al no responder con prontitud. Si bien, conforme al párrafo 1 del artículo 18 de la Convención, el silencio no entraña generalmente aceptación, el tribunal determina que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 8, el curso de las tratativas entre las partes creaba un deber por parte del fabricante de formular prontamente sus objeciones y que su retraso en hacerlo constituía aceptación de la oferta de la empresa de Nueva York. *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 14 de abril de 1992, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html>. Otro caso de valor del silencio como aceptación en conformidad de los usos es el caso “fibras” de 21 de diciembre de 1992, de tribunal Civil de la ciudad de Basilea (Suiza). OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.512.

declaración de que considerara aceptada dicha oferta y formado el contrato si el destinatario no la rechaza dentro de un determinado plazo”³⁰⁴.

En definitiva, tanto en los Principios Unidroit, versión 2004, como en la Convención, el silencio por sí mismo no tiene valor como manifestación de voluntad, salvo que se verifiquen ciertas condiciones o circunstancias, ya señaladas. Frente a esto, un autor señala que “el problema que se ha planteado en la aplicación de la excepción a la regla general según la cual el silencio no vincula, es que los jueces, en algunas ocasiones, han hecho una interpretación muy extensa de la misma, considerando que determinados silencios eran equiparables a una declaración de voluntad, cuando ello no podía deducirse claramente del contexto del caso”³⁰⁵. Dicha aseveración encuentra respaldo jurisprudencial³⁰⁶. De los casos citados, concluye el autor “es que conviene al destinatario de la oferta, contestar en todos los casos, aunque sea para mandar un mensaje de carácter dilatorio (“aun no tenemos una opinión formada sobre su oferta...”), antes que dejar al arbitrio judicial de si se ha formado o no el contrato”³⁰⁷.

4.3. Requisitos de la aceptación.

³⁰⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 185

³⁰⁵ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 130

³⁰⁶ El primer caso corresponde al denominado caso “Trío” de Landgericht Krefeld, con sentencia de 24 de noviembre de 1992 (publicado en el sitio <http://cisg3.law.pace.edu/cases/921124g.1.html>). En él, un comprador alemán realizó una oferta de compra de zapatos a la empresa italiana B., representada por la empresa Z. La empresa Z. respondió aceptando la oferta y precisando que sería ella la que vendería la mercancía. Los jueces de la Corte Alemana entendieron que era una contraoferta y que, al no haber sido rechazada, se debía considerar como aceptada. El segundo caso, “madera nigeriana”, OLG Colonia, con sentencia de 22 de febrero de 1994, en la que casa la sentencia del Landgericht Aachen, de 28 de Julio de 1993 (CLOUT numero 120). En él, el vendedor (un representante en Alemania del vendedor nigeriano), tras la denuncia del comprador (alemán) sobre la falta de calidad de la madera vendida, ofreció hacerse cargo de nuevo de la madera. El comprador no respondió a la oferta ni solicitó el pago de una compensación ni tampoco pidió que se reemplazara la madera vendida por otra de mejor calidad. La Corte de Apelaciones dedujo de esta inacción del comprador, que había aceptado tácitamente la oferta de extinción del contrato formulada por el vendedor. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 130-131.

³⁰⁷ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 131

4.3.1. Concordancia con la oferta.

El derecho anglosajón, a este respecto, expresa que debe existir plena concordancia entre la oferta y la aceptación. En otras palabras, la aceptación debe ser pura y simple. Esto es lo que se conoce como regla del espejo o *mirror image rule*. Dicha visión, encuentra respaldo dentro de la Convención, en base a una interpretación irrestricta de lo dispuesto en su artículo 19. Según esta teoría, la concordancia debe ser tal, que cualquier alteración que se verifique en la aceptación, con respecto a la oferta inicial, derivará en la imposibilidad de perfeccionar el acuerdo, y por ende, del contrato, debido a que “los consentimientos recaen sobre materias diferentes”³⁰⁸. En definitiva, cuando la aceptación adiciona elementos y no es pura y simple, la oferta inicial se extingue, y estaríamos frente a una policitud nueva o contraoferta, que en este caso tendría como destinatario al oferente inicial. Esta mutación de papeles derivada de la interpretación extrema de la regla del espejo deriva en lo que se conoce dentro del derecho anglosajón como *the last shot rule* o regla del último disparo o de la última palabra. Ella, se ha dicho, significa que “en caso de que el destinatario de la oferta original haya aceptado, introduciendo algún elemento en la aceptación que la oferta original no contemplaba o cambia cualquiera de las disposiciones de la oferta, siguiendo la regla del espejo se asumirá que el original oferente ahora es destinatario de la contraoferta, y que en el caso de llegar a ser aceptada traerá como consecuencia natural la formación del contrato, integrado entonces, por los términos contenidos en la contraoferta”³⁰⁹.

Ante esta teoría han surgido una serie de críticas. Ellas apuntan a varios flancos. Por una parte se sostiene que ella es “inconveniente, inequitativa y extremadamente rigurosa”³¹⁰. Se sostiene, en apoyo a lo señalado que “coloca en una situación de total desventaja al aceptante, al no poder discutir los términos de

³⁰⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 135

³⁰⁹ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.522 y 523.

³¹⁰ MARTÍNEZ GALLEGO en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp. 168.

la oferta, contrariando de esta manera la supuesta igualdad entre los contratantes y la libertad contractual que debe primar como principio general”³¹¹.

Se señala además, que “como es normal que sea el vendedor quien confirma el pedido, la regla otorga evidentes ventajas a los vendedores en detrimento de los compradores”³¹². Esta crítica, sin embargo, nos parece un tanto artificiosa, pues no versa sobre materias propiamente jurídicas, sino que ataca una práctica que se entiende habitual. Sobre esta base fáctica, sostenemos, no nos corresponde, en definitiva, efectuar un juicio normativo.

Por otra parte, se sostiene que “una inteligencia, sin matizaciones, de la regla de la coincidencia o de la imagen en el espejo (regla del espejo) permite al aceptante fundarse, a veces con notorio quebranto de la buena fe, en no significativa falta de coincidencia, para considerar que el contrato no se ha perfeccionado”³¹³.

A su vez, se generan evidentes dificultades de orden práctico para determinar cuál fue la última oferta y cuáles son los términos del contrato. Ello genera incertidumbre y va contra uno de los objetivos principales de la Convención, como es el propender al desarrollo del comercio internacional.

Ahora, en lo relativo a la aceptación y a la posibilidad constituirse en una contraoferta³¹⁴, es necesario analizar detenidamente el artículo en cuestión. :

Artículo 19:

³¹¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.523.

³¹² OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.187.

³¹³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 186.

³¹⁴ De manera similar, el artículo 2.11 de los Principios Unidroit:

(1) La respuesta a una oferta, hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerara como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que, pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones diferentes, que no alteren sustancialmente las de la oferta, constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

1) *La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.*

2) *No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.*

3) *Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.*

El primer numeral de dicho artículo, se encuadra dentro de lo que hemos denominado *mirror image rule*. La contraoferta nace, en consecuencia, por existir cualquier limitación, adición y en definitiva cualquier modificación de la oferta inicial. En definitiva nos exige una total correspondencia para que se verifique la formación del consentimiento.

El numeral segundo en cambio, establece una excepción, la respuesta vale como aceptación si estamos ante las siguientes situaciones:

1) si ella contiene modificaciones, pero ellas no revisten el carácter de sustanciales³¹⁵.

2) si la aceptación que contenga dichas alteraciones no sustanciales, no es objetada sin demora injustificada. En otras palabras, de no existir dicha objeción, se entiende que existe conformidad con la oferta.

³¹⁵ Ello se contrapone a lo establecido en los sistemas del *common law*, en los cuales debe verificarse una correspondencia plena en cuanto a los elementos del contrato. Cualquier alteración se considerará una contraoferta.

En cuanto al primer requisito, es necesario determinar qué debemos entender por sustancial. En ese sentido, es esclarecedor lo señalado por un autor en orden a que “debe quedar claro que el carácter sustancial o no sustancial es independiente de la construcción dogmática sobre los llamados *essentialia negoti* (sic) o los *naturalia* o *accidentalialia negoti* (sic). Efectivamente, *essentialia negoti* (sic), en el sentido de la dogmática, en materia de compraventa, son sólo la determinación o el establecimiento de los criterios de determinabilidad de la cosa o y los del precio. Sin embargo, del artículo 19 resulta el carácter sustancial de elementos que no pueden ser por si mismos calificados *essentialia negoti* (sic)”³¹⁶. Según el autor referido anteriormente, “la separación de los elementos sustanciales de los no sustanciales puede seguir una vía subjetiva y otra objetiva. En el primer sentido, el carácter sustancial o no sustancial, viene determinado por la voluntad expresa o implícita de las partes. En el segundo sentido, en cambio, el criterio decisivo es la trascendencia de los citados elementos o cláusulas en relación con la economía del contrato y con la mayor onerosidad que en virtud de su inserción éste cobre para las partes”³¹⁷.

A este respecto, la Convención sigue un camino distinto. En su numeral tercero, ella se limita a hacer una enumeración de las alteraciones que cabe denominar como sustanciales a objeto de impedir que se verifique la aceptación. De su lectura se desprende el carácter no taxativo de dicho listado. Ello debido a la utilización de la frase “en particular”, puesto que ello denotaría el carácter explicativo o enunciativo del apartado.

Frente a esto, podemos afirmar que no es posible determinar el carácter de alteración sustancial de manera abstracta. En ese sentido en el comentario³¹⁸ al artículo 2.1.11 de Unidroit se establece que “normalmente aunque no necesariamente, constituirán modificaciones substanciales a la oferta aquellos términos adicionales o diferentes que se refieran al precio o forma de pago, al

³¹⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 190.

³¹⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 190

³¹⁸ Unidroit, Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado, Principios sobre los contratos internacionales 2004, Editado por el Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2007, pag. 52.

lugar y tiempo de cumplimiento de una obligación no dineraria, al ámbito de la responsabilidad de una parte respecto a la otra o a la solución de controversias”. Por consiguiente, puede darse el caso de que alteraciones a elementos establecidos dentro del número 3 del artículo 19, como por ejemplo el precio³¹⁹, queden excluidas de la denominación de sustancial y viceversa. Por ejemplo, como cita un autor “el artículo 19.3 menciona sólo el precio y el pago del precio, pero pueden resultar sustanciales para las partes la existencia de garantía de pago del precio o las modalidades de documentación de la obligación de pago del precio (por ejemplo, letra de cambio, crédito documentario, etc.)”³²⁰. Lo mismo podemos señalar respecto de otros elementos mencionados como por ejemplo el lugar o tiempo de entrega.

Teniendo ello en consideración, debemos efectuar un análisis del caso concreto considerando para ello los elementos (en atención, también, a la rama del comercio a la que pertenece) del contrato propuesto y las circunstancias particulares del caso. Se cita como ejemplo por un autor “que la oferta diga CIF “Vapor X” y el aceptante diga CIF “Vapor Y”, lo que puede tener trascendencia según la clase de compañía a la que los vapores pertenezcan. Si, (...), los dos buques son casi gemelos y pertenecen al mismo naviero y la fecha de sus viajes no tiene gran distancia, la desviación es probablemente no esencial”³²¹. En ese sentido ha obrado la jurisprudencia, aplicando de manera restrictiva el concepto de alteración sustancial³²².

³¹⁹ En el Caso “Fauba c. Fujitsu GMBH, Corte de Apelaciones de Paris, sentencia de 22 de abril de 1992 (publicado en <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/220492v.html>; CLOUT, num.158). En este caso, “Fauba” encarga a “Fujitsu” una cantidad determinada de componentes electrónicos con un precio revisable a la baja en función de la situación del mercado. “Fujitsu” acepta, pero indica que tal precio será revisable al alza y a la baja en función del mercado. El tribunal en este caso entiende que si se ha formado el contrato. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp.138

³²⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 190

³²¹ FARNSWORTH en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 191

³²² Así se ha considerado que **altera sustancialmente los términos de la oferta** y constituye contraoferta: a) Una respuesta en la que se propone un embalaje distinto del indicado en la oferta. En el caso “tocino 1”, OLG Hamm, 20 de septiembre de 1992. (publicado <http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/57.html>), un comprador alemán ofrece comprar 200 toneladas de tocino, embalado en sacos de polietileno. El vendedor italiano acepta, pero dice que lo enviara sin empaquetar. b) Una respuesta por la que se pretende comprar un tipo de tornillos para una maquinaria determinada, además del que ya ha sido objeto de discusión y

En cuanto al segundo requisito, esto es, que sin demora injustificada, el oferente no objete la respuesta tanto de manera verbal como escrita, es necesario precisar.

En primer lugar, ante la inexistencia de una definición del concepto de “demora injustificada” dentro de la Convención, debemos entender que corresponde a los jueces calificar dicha demora en base al criterio de razonabilidad, habida consideración de las circunstancias particulares del caso concreto.

A su vez, siguiendo a Honnold “se pueden establecer dos momentos en la norma; el primero consiste en que el destinatario de la modificación introducida en la aceptación (es decir el original oferente), no objeta dicho acto. En ese caso, las partes quedarían obligadas por el contrato, que se perfecciona y se integra con los elementos de la oferta y las modificaciones que haya introducido la aceptación. El segundo podría consistir en que el oferente objeta sin demora injustificada ya de

aceptación por las partes. En el caso “tornillos”, OLG Frankfurt, sentencia de 4 de marzo de 1994. (publicado en CLOUT num. 121.) c) Una aceptación en la que se incluye una cláusula de arbitraje. Caso “Filanto S.p.A. c. Chilewich Internacional Corp”, U.S. District Court, Southern District of New York, sentencia de 4 de abril de 1992. (publicado en <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/950331q1.html>) d) Una contestación a una oferta de compra, en la que se ofrece vender un tipo de tubos de ensayo de una cantidad inferior a la solicitada. En el caso “Fiolax”, OLG Frankfurt, Sentencia de 31 de marzo de 1995 (publicado en <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/950331q1.html>; CLOUT, num. 50) A su vez, la jurisprudencia ha entendido que **no se alteran sustancialmente** los términos de la oferta: a) La respuesta del aceptante según la cual la denuncia de los defectos de las mercaderías deberá hacerse en el plazo de 30 días desde la recepción. Se justifica, señalando que dicho plazo es una simple especificación de un plazo razonable, en línea con los plazos establecidos por la jurisprudencia para efectuar denuncias. Distinto es si el plazo establecido es muy breve (de 2 o 3 días por ejemplo). En el caso “cerámica decorativa”, Landgericht Baden-Baden, sentencia de 14 de Agosto 1991 (publicado en <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/910814q1.html>; CLOUT num. 135) b) En cuanto a alteración del precio en Caso “Fauba c. Fujitsu GMBH” ya citado. c) La respuesta afirmativa realizada por el destinatario de la oferta, a pesar de que su formulario contiene una cláusula de jurisdicción distinta, en contra de lo previsto en el formulario del oferente, que contiene una cláusula de elección de fuero distinta, no supone una contraoferta, sino una aceptación. En el caso “Mode Jeune c. Esposos Goti”, Corte de Casacion de Francia, sentencia de 2 de diciembre de 1997 (publicado en <http://cisg3.law.pace.edu/cases/971202f1.html>; CLOUT, num.207). En este caso, existe aplicación de la *knock out rule*, por cuanto se entiende que ante esta divergencia ambas cláusulas se anulan y se debe recurrir a las normas del DIP para determinar el fuero. d) Una adición consistente en una prohibición de compensación incorporada al formulario por quien contesta no constituye alteración sustancial. En el caso “cachemir”, OLG München, en sentencia de 11 de marzo de 1998 (publicado en <http://www.jura.unifreiburg.de/iprl/cisg/urteile/text/310.html>). En este cas el juez admite implícitamente tal posibilidad. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 137-138.

manera verbal o escrita tal modificación. En ese caso no habrá contrato, pues la contraoferta no se aceptó³²³

Especial problemática se presenta en el caso de realizarse la contratación vía formularios o condiciones generales que las partes recíprocamente se envían. En estos casos, es frecuente que, ante descuidos, las partes lleguen a un acuerdo, sin notar que existen discrepancias, en algunos casos muy relevantes, respecto de la materia en cuestión. El asunto se torna problemático cuando dichas discrepancias se hacen patentes una vez que se han ejecutado actos de conformidad al contrato.

4.3.2. Tempestividad de la aceptación.

La aceptación, para producir el efecto perseguido, debe emitirse de manera tempestiva, es decir, mientras la oferta se encuentra aún vigente. Ante esto, el artículo 18 de la Convención establece tres escenarios posibles³²⁴:

a) En la oferta se fija un plazo dentro del cual debía deducirse la aceptación. Frente a esto, se nos indica que el oferente puede fijar un plazo para la aceptación, lo que según el artículo 16 no admite discusión. Ello, como ya se ha señalado no deriva por sí, en el carácter de irrevocable de la oferta, pero el plazo surte efectos como tal. El artículo 18.2 es más preciso señalando que la aceptación debe llegar en el plazo establecido, no emitirse dentro de él. Esta regla puede suscitar problemas respecto de un posible retraso en la comunicación, lo que se ve solucionado por la disposición del artículo 21. Dicho precepto permite dotar de eficacia las aceptaciones tardías bajo ciertas circunstancias en virtud del principio de conservación del contrato o *favor contractus*. A su vez, en íntima

³²³ HONNOLD, John, en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.169.

³²⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 183.

conexión con esto, se encuentran la forma de fijación del plazo y de cómputo del mismo³²⁵.

b) La segunda hipótesis es que dentro de la oferta no se haya fijado ningún plazo de aceptación. En este caso, la Convención recurre al criterio de la razonabilidad. El plazo razonable, es aquel que se derive de las reglas de la diligencia y la buena fe. Dentro del precepto en comento se hace referencia a dos elementos que permiten dotar de mayor concreción este plazo razonable. En primer lugar, la consideración a las “circunstancias de la transacción”. Se señalan como criterios, el carácter perecedero de la mercadería³²⁶ o la urgencia del contrato³²⁷. En segundo lugar, se hace referencia a la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. El aceptante no deberá utilizar los mismos medios, pero sí deberán ser similares. Deberá tenerse en consideración, que si los medios utilizados por el oferente son especialmente rápidos, no sería razonable que el destinatario respondiere por medios distintos³²⁸.

c) El tercer escenario, es aquel en que la oferta sea efectuada verbalmente. Como nos indica un autor “se entiende que oferta verbal es aquella realizada por cualquier medio que no deje constancia escrita (por ejemplo, por teléfono) y que además sea instantáneo”³²⁹. Ante esto, la Convención es precisa en orden a que la aceptación deberá verificarse de manera inmediata, salvo que de las circunstancias resulte otra cosa. Es en virtud de estas circunstancias que la respuesta a la oferta verbal puede quedar diferida. Díez-Picazo señala como ejemplo de estas circunstancias “la necesidad para el destinatario de la oferta de

³²⁵ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 132

³²⁶ Parece evidente que un plazo razonable en este caso debe ser mucho más corto si hablamos de una compraventa que involucre manzanas que uno que involucre cobre u otros metales. Ello sólo en consideración de la naturaleza perecedera de las mercancías.

³²⁷ Bajo la misma lógica anterior, el plazo será más breve mientras más urgente sea la situación. VÁSQUEZ LEPINETTE señala como ejemplo “la que hace referencia al suministro de una pieza de recambio cuya ausencia obliga a paralizar una cadena de producción”. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 133.

³²⁸ Verbigracia, si la oferta le es remitida al destinatario a través de correo electrónico, no sería lógico que este respondiera vía correo tradicional.

³²⁹ El mismo autor agrega que la regla no resulta aplicable a aquellos medios de comunicación instantáneos que si dejan constancia escrita, como puede ser, por ejemplo, el correo electrónico. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 134

recabar información, de tomar contacto con sus propios suministradores o de someter la propuesta a la aprobación de órganos de la empresa o de la sociedad de la que forme parte”³³⁰. A su vez, el que la respuesta a la oferta verbal deba verificarse de manera inmediata, no impide que el oferente establezca en ella un plazo para que se haga efectiva la manifestación de voluntad en sentido afirmativo.

4.4. Medios para expresar la aceptación.

En base a la libertad de forma consagrada en la Convención en el artículo 11 de su texto, se puede afirmar que la aceptación puede verificarse por cualquier medio idóneo al efecto³³¹. En todo caso, dicha libertad de forma puede ser alterada por la voluntad de las partes, en orden a establecer medios determinados o formalidades para la manifestación de asentimiento. A su vez se ha establecido que “en caso de que el oferente hubiera usado un medio para manifestar su voluntad y no hubiere indicado la obligatoria observancia del mismo medio para la aceptación, nada obsta para que el destinatario de oferta manifieste su aceptación por un medio distinto”³³².

4.5. Efectos de la aceptación.

³³⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 184.

³³¹ En los países del *common law*, en cambio, la aceptación debe verificarse en la forma establecida por el oferente para su manifestación. En caso de haberse omitido ello, se determinará la idoneidad del medio de expresión a través del análisis de las circunstancias particulares en que esta aceptación se verificó.

³³² PERALES VISCASILLAS, Pilar, citada en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.163.

De manera similar a lo expuesto respecto de la oferta, en este caso es también necesario determinar el momento preciso en que la aceptación comienza a producir sus efectos. Básicamente se ha establecido que estos son: “la obligatoriedad para el aceptante, el no permitir la revocación de la oferta en los sistemas en donde ésta se permite y la formación del contrato”³³³. El momento en que la aceptación surte efecto, ser determinado por el sistema o teoría a la que se adscriba. Para el caso de la aceptación, “éste puede ser el de la emisión, el de la recepción o el de la comunicación”³³⁴.

Como ya se ha señalado, la Convención adopta la teoría de la recepción como determinante del momento en que surte efecto la oferta. Lo mismo ocurre con la aceptación. Ello se ve reflejado en el artículo 18.2, por cuanto, como ya se ha indicado, se señala que la aceptación surte efecto, una vez que la indicación de asentimiento llega al oferente. A su vez, el término “llega” se encuentra definido en el artículo 24 del texto vienés. El contenido del artículo citado, que es concordante con el sistema de recepción incluido en la Convención, “se aplica no solamente a la aceptación, sino y por el contrario, a todas las disposiciones donde se aplique el sistema de la recepción”³³⁵. Ellas son las establecidas en los artículos 14 a 22, 47³³⁶, 48³³⁷, 63.2³³⁸, 65³³⁹ y 79³⁴⁰. A su vez, los principios Unidroit, versión 2004,

³³³ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.516.

³³⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.516.

³³⁵ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.520.

³³⁶ Artículo 47: 1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban. 2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

³³⁷ “Artículo 48: 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención. 2) Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban. 3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente. 4) La petición o

establecen para la aceptación, el sistema de la recepción. Ello se encuentra establecido en su artículo 2.6 (2), por cuanto en él se establece que “la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente”. Frente a lo expuesto, se ha dicho que “quienes redactaron los Principios consideraron más sensato poner en cabeza del aceptante el riesgo de la transmisión, pues éste es el que escoge el medio de comunicación, y es quien podrá adoptar las medidas necesarias para asegurarse que la aceptación llegue a su destino³⁴¹”. Sin embargo, se sostiene que se admite “también la posibilidad de que en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifieste su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, caso en el cual la aceptación producirá efectos cuando dicho acto sea ejecutado, sin importar si quien hizo la

comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador”.

³³⁸ “Artículo 63: 2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento”.

³³⁹ “Artículo 65: 1) Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas. 2) El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante”.

³⁴⁰ “Artículo 79: 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

³⁴¹ Comentario de los Principios Unidroit en OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.519.

oferta es informado de la misma”. Ello se encuentra establecido en el artículo 2.6 (3) y se encuentra en perfecta concordancia con lo establecido para el efecto en la Convención. En el caso de no verificarse lo establecido en el artículo, la aceptación, al igual que en la Convención deberá ser informada al oferente.

En el caso del *Uniform Commercial Code* o UCC de los Estados Unidos, la regla aceptada para la eficacia de la aceptación de ofertas realizadas *intervalo temporis* es la denominada *mail box rule*³⁴², lo que significa que la aceptación surte efecto una vez que ha sido enviada. Es decir, adscribe a la teoría de emisión.

4.6. Retiro de la aceptación.

Al igual que en la oferta, la Convención da la posibilidad al aceptante de dejar sin efectos la aceptación por un acto o manifestación de voluntad en ese sentido. Ello se verifica en base a lo establecido en el artículo 22³⁴³ del cuerpo vienés, es decir, antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese mismo momento. Como ya sabemos, la aceptación surte efecto de acuerdo a lo establecido en el artículo 18, esto es, al llegar al oferente. Según se ha dicho “debe entenderse que en los casos en que la aceptación empiece a producir efectos de manera coetánea con la oferta, como es en la oferta verbal y/o

³⁴² El primer antecedente de esta regla lo encontramos en el caso *Adams v. Lindsell*, 1 Barn. & Ald. 681 (King's Bench 1818). El caso se basa en una venta de lana en la cual el vendedor envía la oferta al comprador, con fecha 2 de Septiembre, fijándole como plazo máximo de aceptación, el día 7 del mismo mes. Este último, ante la conformidad con la oferta decide aceptarla, enviando la respuesta. Por motivos que no se describen, dentro del correo ocurre un desperfecto, y la carta recién fue recibida por el comprador el día 5, emitiendo respuesta el día 7, misma día fechado como tope. La carta de aceptación es recibida por el vendedor el día 9, habiendo vendido las mercaderías el día 8. Ante esto, el comprador recurre a la justicia, la cual le otorga la razón. La contraparte esgrime que en el caso en cuestión, al no existir un contrato perfeccionado, no tenían ninguna obligación y podían hacer lo que desearan con la madera. Ante esto, el tribunal señala que bajo esa lógica ninguna aceptación podría perfeccionar un contrato siendo emitida a través del correo, ya que, si no se ha verificado la entrega de la aceptación, el vendedor podría seguir negociando siempre, incluso cuando ya existe voluntad de aceptar emitida por el comprador.

³⁴³ Artículo 22: La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

telefónica, la aceptación no puede retirarse, toda vez que, conforme con el mismo artículo 22, debe mediar un tiempo entre la emisión de la aceptación y la entrada en efecto de la misma³⁴⁴.

5. Formación del consentimiento.

5.1. Momento y lugar de celebración del contrato.

A modo de resumen, como ya se ha señalado, “la conclusión del contrato presupone: a) una declaración de conformidad que sea constitutiva de aceptación; b) una declaración de aceptación que, si contiene elementos adicionales que alteren sustancialmente la oferta, no haya sido rehusada sin demora por el oferente o no rechazada por el oferente si es tardía; c) una declaración de aceptación que haya llegado al oferente; d) una declaración de aceptación que no haya sido retirada de acuerdo con el artículo 22”³⁴⁵.

La importancia de analizar este punto, radica en que, como se ha dicho “tratándose de compraventas internacionales, será de suma importancia poder establecer el lugar y momento en los que se celebró el contrato de compraventa, toda vez que de cumplirse con los requisitos generales de aplicación, podrá determinarse si se aplica o no la Convención, o en caso contrario y de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, la ley aplicable al contrato”³⁴⁶.

El artículo 23 de la Convención establece que “el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”. Se ha señalado por parte de la doctrina, que este precepto es redundante, puesto que su contenido se encuentra comprendido

³⁴⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2009) op. cit. pp.184.

³⁴⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 201.

³⁴⁶ OVIEDO ALBÁN, Jorge (2008) op. cit. pp.545.

dentro de los anteriores artículos. Dicha crítica puede parecer válida y absolutamente justificada a primera vista, sin embargo, debemos recalcar el innegable valor que presenta una norma en cuanto explícitamente establece el momento en que un contrato se perfecciona.

A su vez, esta determinación del momento en que el contrato se perfecciona, tiene importancia en cuanto permite aclarar una serie de preceptos que hacen referencia a ese momento. En primer lugar, el artículo 42³⁴⁷, se refiere básicamente a la entrega de las mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros basadas en propiedad industrial o propiedad intelectual que el vendedor hubiera conocido o debido conocer en el momento de celebración del contrato. En segundo lugar, el artículo 55³⁴⁸, hace referencia al contrato válidamente celebrado en el que ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o contemplado un medio para su determinación. En tercer lugar, el artículo 68³⁴⁹, nos indica que el riesgo en una compraventa de mercaderías en tránsito, se traspassa al comprador

³⁴⁷ “Artículo 42: 1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual: a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento. 2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que: a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador”.

³⁴⁸ “Artículo 55: Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate”.

³⁴⁹ “Artículo 68. El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor”.

desde el momento de la celebración del contrato. Asimismo, el artículo 74³⁵⁰, señala que la determinación de los daños indemnizables se hará en la medida en que hubieran sido previstos o hubieran debido serlo, en el momento de la celebración del contrato, no pudiendo ser superior a esto. También podemos citar al artículo 79³⁵¹ en el cual se hace referencia al momento de la celebración del contrato de los impedimentos de prestación que se debían esperar en orden a su superación³⁵².

A su vez, la doctrina estima que es al menos dudoso o “discutible si el artículo 23 puede utilizarse para determinar el tiempo de conclusión del contrato en la aplicación de normas distintas de la Convención, como pueden ser las normas nacionales en materias fiscales o contables³⁵³”.

El artículo 23, según parte de la doctrina, “no regula el lugar de la perfección del contrato, no obstante, la importancia que ello puede tener³⁵⁴”. Dicho sector señala que esta materia queda entregada a la normas del derecho

³⁵⁰ “Artículo 74. La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

³⁵¹ “Artículo 79. 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

³⁵² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 202.

³⁵³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 202.

³⁵⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 202.

internacional privado y en definitiva al derecho interno que resulte aplicable en consideración a estas normas. De un estudio histórico, se puede afirmar que el grupo de trabajo trató este tema específico y finalmente rechazó la propuesta de que el artículo 23 incluyere un norma en este sentido, porque la solución resultó conflictiva, ya que para algunos el lugar quedaba determinado por el tiempo y otros, en cambio, consideraban inconveniente la existencia de una norma que estableciera automatismo en este punto. A nuestro parecer, el problema encuentra solución dentro del mismo cuerpo vienés. Si entendemos que el contrato se perfecciona una vez que la aceptación surte efecto, esto es, en el momento en que llega al destinatario de ésta, debemos reconocer que el lugar será precisamente el domicilio de éste último. Es en ese preciso momento y lugar cuando el contrato se perfecciona y comienza a surtir efecto, de la misma manera en que se encuentra establecido en el artículo 18 de la Convención. A su vez, si estamos frente a una aceptación tácita, la solución es la contraria. En este caso el contrato se perfecciona en el momento en que esta aceptación se haya emitido. Por ende, el lugar de celebración del contrato, será el del domicilio del aceptante de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Convención. Esta solución es concordante con los objetivos del derecho uniforme, puesto que evita recurrir al derecho interno, lo que se encuentra en sintonía con el carácter internacional que se pretende lograr.

5.2. Forma y prueba de la formación del contrato.

La Convención de Viena consagra en su artículo 11³⁵⁵ el principio del consensualismo tanto para la formación del contrato como para su prueba, por cuanto establece que este no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito. En cuanto a la prueba, ella podrá realizarse por cualquier medio, inclusive a través de testigos.

Como se ha señalado “las cuestiones de forma no figuran en la parte de la Convención relativa a la formación del contrato de compraventa³⁵⁶”. Ellas se encuentran dentro de la primera parte de la Convención, es decir, de las “disposiciones generales”. Se ha sostenido al respecto, que “esta configuración sistemática asegura la aplicación de estas disposiciones en el caso de que los Estados parte, al ratificar la Convención, excluyan la parte relativa a la formación del contrato, tal y como lo establece el artículo 92³⁵⁷ del mismo cuerpo legal”³⁵⁸

Sin embargo, dentro de estas mismas “disposiciones generales”, encontramos a los artículos 6 y 9, que consagran la autonomía de la voluntad dentro de la Convención. Aunque parezca sorprendente, como ya se mencionó, el carácter dispositivo de este cuerpo legal, establecido en su artículo 6, permite excluir la aplicación de la Convención, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. En definitiva, respecto de la libertad de forma, y en general respecto de las demás materias establecidas por la Convención, prima la voluntad de las partes. Por ende, este consensualismo puede ser obviado por las partes, tanto en la formación del contrato, como en lo relativo a la fase probatoria del mismo. Estas pueden establecer formalidades

³⁵⁵ “Artículo 11. 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”.

³⁵⁶ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 405

³⁵⁷ “Artículo 92. 1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención. 2) Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración”.

³⁵⁸ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 405

voluntarias en virtud del artículo 6 o regirse por usos establecidos por ellas en virtud del artículo 9. La aplicación del principio mencionado, significa un duro revés para los sistemas que establecen la escrituración de este tipo de contratos. Sin embargo, los artículos 12 y 96, posibilitan a los Estados establecer la escrituración obligatoria de los contratos de compraventa. Ello, a pesar de que los artículos 11, 29 (relativo a la modificación del contrato), y en general, a todo el articulado relativo a la formación del contrato (parte II) establezcan lo contrario. Los citados artículos 12 y 96 facultan a los Estados para no aplicar la normativa recién citada, a través del establecimiento de una reserva a este respecto. Dentro de los Estados que han hecho uso de esta facultad se encuentra Chile.

En Estados Unidos, dentro del UCC, se establece en el artículo § 2-201³⁵⁹, que respecto de todo contrato que implique un valor que sea superior a US \$ 5.000, deberá tener suficiente respaldo escrito a objeto de que exista la posibilidad de demandar la acción de ejecución de lo estipulado en el contrato por la parte que corresponda. Lo mismo se puede decir respecto de la persona que se exceptiona de este cumplimiento. Si no existe prueba escrita, se rechazará la acción o excepción correspondiente.

6. Condiciones generales de contratación y problemas derivados de su uso.

³⁵⁹ En este artículo se señala: "§ 2-201. Formal Requirements Statute of Frauds. (1) A contract for the sale of goods for the price of \$5,000 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some record sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and ..."

Como ya se ha señalado anteriormente, en muchos casos, dentro de las negociaciones no es sencillo distinguir una oferta de una aceptación. Ello se condice con la complejidad que reviste el comercio internacional en la actualidad. La búsqueda de ampliar mercados e incrementar las ventas de manera veloz, ha traído consecuencias beneficiosas y también perjudiciales. Las bondades de este incremento son innegables. Por un lado, se han ampliado enormemente los mercados, lo que ha incrementado el tráfico fomentando por ende la competencia entre los diversos actores lo que ha redundado en un claro beneficio del consumidor final al poder optar a consumir bienes más baratos y en algunos casos de calidad superior que los producidos en su propio Estado. Ello ha traído como consecuencia, entre otras muchas cosas, que muchos países se desarrollen velozmente en base a sus ventajas comparativas. Sin embargo, este crecimiento acelerado, ha generado variadas complicaciones desde diversos puntos de vista. En el ámbito jurídico, el fenómeno referido ha generado, entre otras muchas cosas, falta de negociación acuciosa y efectiva en las etapas previas a la contratación y los consiguientes problemas que se generan a partir de ello. Como ya se ha señalado dentro de este estudio, en lo relativo a los precios implícitos, el crecimiento explosivo del comercio ha derivado en una insuficiente e incluso inexistente negociación previa. Los comerciantes, a objeto de evitar negociaciones engorrosas y prolongadas que redundan en mayores costos económicos y de tiempo, han optado por generar instrumentos propios en los cuales fijan las condiciones en base a las cuales se ejecutará el acuerdo suscrito. Es lo que se denomina condiciones generales de contratación. Las partes suelen materializar dichas condiciones en formularios que contienen cláusulas estándar, los cuales en definitiva, son intercambiados entre ellas mismas. En principio, no existiría problema alguno, puesto que se entiende que las partes dentro de un mercado eficiente, son libres de aceptar o rechazar dichas condiciones. A su vez, de no existir consenso respecto de algún punto, existe la posibilidad de discutir e iniciar negociaciones a objeto de afinar los detalles, ello en base a la lógica de que las partes anhelan establecer relaciones comerciales y plasmarlas en un acuerdo que garantice su efectividad. Hasta aquí, pareciera ser un sistema bastante efectivo. El

problema, se genera cuando ello se ejecuta de manera poco eficiente. En muchas ocasiones, las partes llegan a “acuerdos”, que en el futuro se revelan incompatibles por existir condiciones generales que son contradictorias ya sea por negligencia u otros motivos. Ello deriva en lo que doctrinariamente se ha denominado “conflicto de formularios” o *“battle of forms”*. Frente a esta situación, surgen dos interrogantes básicas. Por un lado, ¿se ha formado el contrato?, y en caso de que la respuesta sea afirmativa ¿cuáles son los términos de este contrato? Las respuestas a estas interrogantes son complejas, no existiendo uniformidad al respecto en la doctrina. Para comenzar a solucionar el dilema, es vital determinar si el “conflicto de formularios” cae o no dentro de la esfera de competencia de la Convención.

A este respecto, un sector minoritario de la doctrina plantea la exclusión total de la Convención como cuerpo normativo que solucione el conflicto. Se fundamenta dicha afirmación, básicamente en el hecho de que, de acuerdo al artículo 4³⁶⁰ de la Convención, a ella no le corresponde tratar sobre la validez de las estipulaciones o los usos, por lo que la solución debe ser buscada en el derecho doméstico. Se critica esta argumentación señalando que “el artículo 4 (a) debe ser leído en concordancia con el artículo 7 (1) de la Convención y promover el carácter internacional de ésta, contribuyendo a su aplicación uniforme ayudando a evitar su fragmentación en cuanto a la formación del contrato³⁶¹”. Cabe recordar que dentro de los principios que inspiran a este cuerpo legal, se encuentra la promoción de su carácter internacional. Para ello, es necesario evitar acudir a las normas del derecho internacional privado y fijar el derecho interno del Estado

³⁶⁰ “Artículo 4 La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas”.

³⁶¹ FEJÓS, Andrea (2006): *“Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC”*, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010] Lo señalado corresponde a traducción propia efectuada sobre el siguiente texto: “Art. 4(a) CISG should be read together with Art. 7(1) CISG and promote the international character of the CISG contributing to its uniform application and save from fragmentation in contract formation”.

competente a objeto de solucionar los conflictos que se susciten. En ese sentido, existe jurisprudencia que refuta el argumento de la doctrina minoritaria³⁶². Dentro de esta doctrina minoritaria, ha surgido dentro del último tiempo, una tesis que sugiere “ni la total exclusión ni la total aplicación del artículo 19 de la Convención³⁶³”. El análisis de esta última doctrina se basa en las preguntas previamente explicitadas. Para responder a estas debemos hacer una distinción *ex ante*, en base a si se ha actuado en ejecución del contrato o no. Si la respuesta es negativa, entendemos que se aplica el artículo 19, por lo que no estaríamos frente a un contrato. Al contrario, si se ha actuado en base a él, si existiría un contrato y los términos serían determinados en base a las provisiones establecidas por el derecho interno, en consideración a principios como la buena fe y la negociación leal o *fair dealing*. Esta solución, aunque en principio ingeniosa,

³⁶² El caso en comento es el siguiente: El demandante, un comprador alemán, y el demandado, un vendedor austríaco, llegaron a un acuerdo para la entrega FOB de una determinada cantidad de gas propano. Las partes intercambiaron comunicaciones por fax y teléfono en base a los términos del acuerdo, incluido el método de pago (carta de crédito). El comprador, sin embargo, no pudo obtener la carta de crédito, ya que faltaba un elemento esencial, puesto que el vendedor no señaló el nombre del puerto de origen. Además, el vendedor hizo la entrega del gas en condiciones en que éste no podría haberlo revendido en los países del Benelux (término utilizado para designar la unión aduanera y económica de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo). Las partes intentaron inicialmente llegar a un acuerdo base, el que contendría las condiciones generales del vendedor y que constituiría los usos comerciales que regirían las transacciones entre las partes, pero no pudieron llegar a un acuerdo. El proyecto de "acuerdo básico" establecía que todos los pedidos debían ser por escrito. Sin embargo, el vendedor no pudo demostrar que dicho acuerdo ni las condiciones generales habían sido puestas en conocimiento del comprador. El tribunal consideró que las partes podían estar obligadas por las prácticas o usos establecidos entre ellas (artículo 9 (1) de la Convención). En tales casos, el artículo 9 (1) de la Convención debe ser interpretado a la luz del artículo 8 (1) en el sentido de que una parte debe haber conocido la intención de la otra. En cuanto a la carta de crédito, el tribunal consideró que en virtud del artículo 54, el comprador tendría la obligación de obtener una carta de crédito. Sin embargo, el tribunal sostuvo que el comprador no ha violado dicha obligación ya que el vendedor no proporcionó los datos necesarios y el comprador no tenía ninguna obligación de obtener una carta de crédito en blanco. Con respecto a la entrega condicional de gas propano, el tribunal sostuvo que si la entrega de las mercancías se realizara, después de la formación del contrato, con sujeción a una limitación de los destinos de exportación, tal limitación debe ser considerada como una violación de la obligación del vendedor en virtud del artículo 41. Oberster Gerichtshof (Corte Suprema) “*Propane Case*” (1996) Austria, 6 febrero 1996 en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁶³ Fejős, Andrea (2006): “*Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC*”, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoss.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

se basa en que la Convención no daría una respuesta satisfactoria, cuando a pesar de existir términos divergentes, las partes actúan en ejecución del contrato, puesto que la CV no reconoce esta manera o modo de perfeccionar el acuerdo en estos casos. Ante esto, otro sector de la doctrina estima que ello “es rechazable, puesto que la realidad demuestra la existencia de actos de ejecución que indican asentimiento a una oferta, lo que conduce a entender que el contrato existe y que, por tanto, se ha perfeccionado”³⁶⁴

En consideración a lo anterior, la doctrina mayoritaria sostiene la aplicabilidad del cuerpo vienés que para la solución del conflicto, aunque se difiere en cuanto a su extensión. Así, se sostiene que “no nos queda ninguna duda de que el conflicto entre términos contenidos en los formularios intercambiados por las partes contratantes se regula por las normas dedicadas a la oferta y a la aceptación en la Convención de Viena. No sólo los formularios intercambiados, por muy largos y prerredactados que estén, son declaraciones de voluntad que se califican en el seno de la fase formativa como ofertas, contraofertas y/o aceptaciones, sino que además la evolución legislativa del actual artículo 19 CV conduce a la misma conclusión”³⁶⁵.

Las posturas favorables a este respecto, distinguidas como ya se mencionó, en base a la extensión de la aplicación de la Convención para la solución del conflicto, pueden resumirse en cuatro:

a) Por una parte, un sector de la doctrina, estima que la batalla de los formularios es una laguna en la Convención la cual debe ser resuelta mediante la aplicación de los principios generales en que se basa la misma (art.7 CV). Por esta razón, los autores, principalmente del *common law*, como se ha señalado “se sienten incómodos con la regla del artículo 19 CNUCCIM -porque se estima que

³⁶⁴ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1998) “La “Batalla de los formularios” en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁶⁵ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1998) “La “Batalla de los formularios” en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

no es apropiada para decidir el conflicto entre formularios- pero que a la vez entienden que es poco deseable abandonar la cuestión al derecho interno (principalmente porque iría en contra del objetivo de uniformidad aplicativa del texto vienés) han necesitado construir algunas teorías que sustenten la postura de que se trata de una materia que se rige por la Convención pero que no está expresamente resuelta en ella, esto es, una laguna, que debe solucionarse acudiendo a los principios generales que informan la misma (art.7 CNUCCIM). De esta forma un problema que recibe una solución expresa y que conduce a un alto grado de certidumbre en el tráfico jurídico se maquilla hasta llegar al absurdo jurídico³⁶⁶.

Esta teoría se basa en que la ejecución de algún acto, ante la existencia de un conflicto entre formularios, no se puede considerar como una forma válida de indicar asentimiento de acuerdo al artículo 18 CV. Por eso, al no poder existir una aceptación válida, no se perfecciona el contrato bajo el ámbito de la Convención de Viena³⁶⁷. Ante esto, la solución debe extraerse de la aplicación de los principios generales de la Convención (art.7 CV). Asimismo, se deben tener en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 14 de dicho cuerpo legal. Una vez que podemos afirmar que estos elementos se encuentran presentes en el caso de conflicto entre formularios, existirá un contrato, incompleto, pero válido. Para completarlo se acude, a los principios generales del artículo 7: la buena fe en el comercio internacional y el principio de uniformidad en la aplicación del cuerpo legal en comento. En base a la buena fe, se incluyen los términos contenidos en las condiciones generales que coincidan, completándose el resto con los términos que el juez estime más conveniente. Deberán, por consiguiente, tenerse en cuenta

³⁶⁶ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1998) *“La “Batalla de los formularios” en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT”*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁶⁷ VELDEN pp.241 y ss; a quien sigue Christine MOCCIA (1989-1990) *“The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the “Battle of the Forms”* (New York, U.S., Fordham International Law Journal) pp.667 y ss.

para esta labor todas las circunstancias pertinentes del caso y el interés de las partes³⁶⁸.

La crítica a esta solución “es inevitable y además se derrumba porque la base sobre la que está montada -además de ser errónea- resulta de una equivocada aplicación de las disposiciones de la Convención. Si para que se apliquen los principios generales de la Convención debe tratarse de una materia que se rige por la misma pero que *no se resuelve expresamente en ella* (art.7 CNUCCIM), ¿cómo es posible aplicarlos, si de acuerdo con esa construcción la Convención ya ha dado una solución: la imposibilidad de hablar de aceptación por ejecución en el caso de conflicto entre cláusulas de los formularios?”³⁶⁹. El tema es interesante y desafortunadamente por motivos de extensión no es posible abundar en ello.

b) Otra variante en apoyo de la aplicación de la Convención³⁷⁰, se basa en considerar que existe un acuerdo en los elementos esenciales del mismo - habiendo además ejecutado el contrato aunque existan contradicciones entre alguna o algunas cláusulas- lo que deriva en una derogación implícita del artículo 19 de la CV. En estos casos, lo determinante lo constituye la ejecución del contrato. De esto, nace como consecuencia, en primer lugar, la derogación implícita de los efectos del artículo 19 de la CV, en segundo lugar la ejecución de un contrato nacido válidamente a la luz del comercio internacional y en tercer y último lugar, la eliminación de las cláusulas que se encuentren en contradicción. A

³⁶⁸ Velden (1989-1990) op. cit. pp. 241 y ss., y pp. 667 y ss. Otros autores, brevemente indican que a la batalla de los formularios se les aplican los principios generales que puedan extraerse de la parte II de la Convención. Se basan en que se trata de una laguna y como tal debe solucionarse acudiendo a los principios generales inmanentes a la Convención.

³⁶⁹ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1998) “La “Batalla de los formularios” en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁷⁰ Principalmente HENNING, Stahl (1993) “Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention”. The Comparative Yearbook of International Business, pp.381 y ss; Katherina LUDWIG, “Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law: dargestellt auf der Grundlage der Rechtsordnungen Englands und Deutschlands. Studien zum vergleichenden und internationalen Recht-Comparative and International Law Studies”, Band 24. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris und Wien: Peter Lang, 1994, pp.412 y ss, si bien es partidaria de la aplicación de la *last-shot rule*, cree posible la derogación implícita del artículo 19 CNUCCIM únicamente cuando así se derive de un uso comercial del artículo 9 CNUCCIM. Vid. además, las consideraciones del profesor Schlechtriem.

esta teoría se le critica por no dar explicación satisfactoria respecto de la derogación implícita del artículo 19 y por el hecho de, lisa y llanamente eliminar las cláusulas que se encuentren en contradicción en vez de intentar buscar una solución al conflicto.

c) En tercer lugar, encontramos a un sector de la doctrina que busca aplicar de manera directa la Convención de Viena. Ello constituye la aplicación de la teoría, a la cual ya nos hemos referido con anterioridad, denominada por la doctrina como *last shot rule* o regla del último disparo o de la última palabra. En ella, los términos del contrato se determinan a través de la presentación de la última oferta aceptada en observancia de lo establecido por la CV a este respecto. La lógica que valida esta teoría, es el hecho de que el destinatario de la última oferta (aceptante u oferente primitivo), tiene el deber de manifestar su disconformidad respecto de ésta, a través de los medios establecidos por la Convención a este respecto. En otras palabras, se justifica que prevalezcan los últimos términos planteados por existir una opción de rechazarlos.

Esta regla parte de la base una presunción de aceptación de la última oferta, presunción que en todo caso puede ser refutada, recayendo la carga de la prueba en quien ha aceptado. A favor de esta teoría, juega el hecho de que su carácter práctico en orden a la sencilla determinabilidad de la perfección y los términos del contrato, y por consiguiente, debido a la certeza jurídica que brinda en las transacciones comerciales.

Sin embargo, las críticas son abundantes y de peso. En primer lugar, podemos señalar que las partes, estando conscientes de la posibilidad de utilizar esta regla y los beneficios que ello les reportaría, buscarían tener la última palabra, generándose el denominado efecto *ping pong*³⁷¹, lo que daría espacio a una batalla interminable, que aumentaría de manera considerable el costo del negocio, principalmente en lo referido al tiempo que llevaría concretarlo. Por otra

³⁷¹ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (1998) "La "Batalla de los formularios" en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT", en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

parte, la regla es fuertemente criticada por su carácter “mecánico casuístico, injusto y formal³⁷²”, que “no refleja el consenso internacional para formar parte de la Convención³⁷³”. A su vez, se ha señalado que la regla ofrece una solución que es independiente de la intención efectiva de las partes³⁷⁴, creándose en definitiva un consentimiento ficticio. Por último, esta regla no se presenta como adecuada a la realidad económica actual, dominada por tecnologías nunca previstas por la Convención, que han demostrado ser un instrumento de enorme ayuda al desarrollo del comercio. Es por ello que negociaciones tan acuciosas y largas en el tiempo, generan como efecto el retraso de los beneficios que producen los intercambios comerciales internacionales dentro de la población de un Estado determinado, funcionando más como un desincentivo al crecimiento del comercio internacional yendo en contra de uno de los objetivos fundamentales de la Convención: el desarrollo del comercio internacional. Es por todo esto que estimamos que esta teoría no se ajusta al ideal de la Convención y por ende no debiese aplicarse.

d) En cuarto lugar, se entiende que las preguntas que se generan con el conflicto entre cláusulas (¿existe un contrato? y en caso afirmativo ¿cuál es su contenido?) deben recibir un tratamiento separado, a objeto de ser respondidas. De esta forma existe la posibilidad de aplicar plenamente lo dispuesto por el artículo 19 CV para aquellas situaciones en que no ha llegado a existir ningún acto de ejecución por las partes, es decir, “cuando la discrepancia es observada por las propias partes con anterioridad al momento del comienzo de la ejecución de la prestación contractual³⁷⁵”. Por contrario, si ha existido tal ejecución y existe acuerdo sobre los *essentia negotii*, el problema, ya no es de formación del contrato, sino de determinación del contenido. Como se ha señalado, resulta muy

³⁷² HONNOLD, John, FEJÖS, Andrea (2006): “*Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC*”, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁷³ FEJÖS, Andrea (2006): “*Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC*”, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁷⁴ VAN ALSTINE, en FEJÖS, Andrea (2006): “*Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC*”, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

³⁷⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 193.

difícil, en este caso, entender que no se ha formado un contrato³⁷⁶, esto último por considerarse que se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos requeridos al efecto. En cuanto al referido requisito subjetivo, la intención de obligarse con miras a la consecución de los objetivos comunes que llevaron a las partes a contratar, es imperioso recalcar que para la solución del conflicto deben tenerse en consideración todas las vías posibles que permitan perpetuar dicha voluntad, pues toda consideración en contrario generaría como efecto el impedir el natural avance del comercio internacional al imponer trabas que fácilmente pueden establecerse sobre la base de diferencias nimias que atentarían contra dicho objetivo. Así, al aplicar irrestrictamente el artículo 19 de la CV, se permitiría que diferencias minúsculas, pudieran atentar contra este objetivo generando la invalidez del acuerdo.

A objeto de proceder a la determinación de este contenido se propone una solución muy similar a la adoptada por el número 3 del § 2-207³⁷⁷ del Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos (en adelante UCC³⁷⁸), conocida como *Knock-Out Rule*. En base a ella, el contenido del contrato queda determinado por las condiciones generales de ambos contratantes que sean coincidentes. Por consiguiente, las cláusulas en colisión deben, entonces, eliminarse unas a otras, y ser suplidas a través de la remisión a la misma Convención, en los casos en que ello sea posible. Lo anterior se verifica cuando el cuerpo vienés brinda solución efectiva al problema. De no ser efectivo, se hará remisión a los usos comerciales internacionales, las prácticas entre las partes y finalmente al derecho interno correspondiente de acuerdo a las normas del derecho internacional privado. Se ha indicado que las cláusulas que son comunes en substancia incluyen aquellas en

³⁷⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 193.

³⁷⁷ “§ 2-207. *Terms of Contract; Effect of Confirmation.* Subject to Section 2-202, if (i) conduct by both parties recognizes the existence of a contract although their records do not otherwise establish a contract, (ii) a contract is formed by an offer and acceptance, or (iii) a contract formed in any manner is confirmed by a record that contains terms additional to or different from those in the contract being confirmed, the terms of the contract are : (a) terms that appear in the records of both parties; (b) terms, whether in a record or not, to which both parties agree; and (c) terms supplied or incorporated under any provision of this Act”.

³⁷⁸ Siglas en inglés para *Uniform Commercial Code*

que los aspectos esenciales, ya sea por contenido o por finalidad, satisfacen de igual manera los intereses de ambas partes³⁷⁹.

En definitiva, en base a todos los argumentos explicitados, creemos que esta última regla es la que brinda mayores beneficios al comercio internacional. Su decidido apoyo a encontrar puntos de acuerdo, reforzarlos y buscar soluciones a los conflictos provocados por la colisión de los términos, significa un aporte de la mayor relevancia al desarrollo de la actividad comercial internacional, debiendo, por consiguiente, promoverse su utilización.

7. Contratos de consumo.

Del análisis de la Convención de Viena surge una duda inquietante: ¿qué ocurre respecto de los contratos de consumo dentro del ámbito internacional? Como se desprende de la simple lectura de la primera parte de este capítulo, dicha tipología contractual se encuentra expresamente excluida de su regulación. Si bien el tratamiento de los contratos de consumo excede el propósito de este trabajo, estimamos imprescindible referirnos al estado actual de dicha materia. Ello, debido a la indudable importancia que representan dentro del ámbito comercial internacional. Por motivos de extensión, nos circunscribiremos al tratamiento jurídico de la materia dentro de nuestro continente.

En la actualidad los contratos de consumo se han masificado a niveles sorprendentes. Ello constituye una realidad innegable que necesita, por tanto, de

³⁷⁹ FEJÓS, Andrea (2006): *“Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC”*, en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

un adecuado tratamiento jurídico. Como acertadamente se ha señalado, “hace algún tiempo, la protección del consumidor era un problema de derecho interno pues la actuación de la mayoría de las personas se restringía al territorio de su país, en una relación típicamente nacional, sin ningún elemento de internacionalidad, pero hoy la realidad regional y nacional es diferente. Con la apertura de los mercados a productos y servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales”³⁸⁰.

En esta línea se enmarcan los esfuerzos realizados por la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado o CIDIP, bajo el alero de la Organización de Estados Americanos, que en su séptima versión, convocada al efecto en Junio de 2003 y llevada a cabo en 2009 abordan de manera intensiva el tema, proponiendo para ello un proyecto de Convención al respecto. Dicho proyecto, conocido como la “Propuesta de Convención de Brasil”, nace con el objetivo de “fijar pautas claras para un fenómeno especial y creciente del comercio internacional que es el consumo internacional a distancia y electrónico, así como el turismo de masas y sus contratos nuevos (*time-sharing*, paquetes turísticos etc.)”³⁸¹.

En este sentido los contratos de consumo, de acuerdo a la opinión especializada, se llevan a cabo “entre un empresario, persona física o jurídica profesional que provee productos o servicios a distancia (...), y un consumidor, persona física con fines no profesionales”³⁸². Dichos contratos presentan especificidades que los diferencian del comercio internacional entre actores

³⁸⁰ LIMA MARQUES, Claudia (2001): “*La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*” en sitio web Sigue.

http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_le_yaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf [Última visita: 17 de Febrero de 2011]

³⁸¹ LIMA MARQUES, Claudia (2001): “*Una breve introducción al proyecto de Convención*”, en sitio web <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPintroduc-%20L2.pdf> [Última visita: 17 de Febrero de 2011]

³⁸² Idem.

profesionales. Entre estas podemos citar “pequeña valía, esporadicidad, fallas de información, información direccionada o manipulable, marketing masivo, etc”³⁸³. Las características particulares de este tipo de contratación, en consideración a la realidad tecnológica actual, derivan en una necesidad imperiosa de proteger a la parte más débil del mismo, en este caso, el consumidor. En este sentido, y con justa razón, se ha sostenido que “las informaciones previas, la identificación del empresario y del producto, el riesgo lingüístico, la demora en la prestación, los vicios y problemas de calidad, el aviso del error o del arrepentimiento, las garantías, el pago a distancia, todo es aún más complicado en un contrato internacional de consumo, lo que exige reglas especiales y diferentes de las existentes para contratos del comercio internacional entre profesionales”³⁸⁴.

Así, la creación de una normativa especial para la protección del consumidor descansa, de acuerdo a una destacada autora³⁸⁵, en 2 pilares: la igualdad y la necesidad de generar una estrategia de desarrollo del mercado interamericano. El primer pilar, descansa sobre la base de la falta de *expertise* de que adolece el consumidor en comparación con el comerciante profesional. Asimismo para el segundo punto, dicha autora cita el ejemplo de la Unión Europea, fructífero en cuanto a resultados.

En este sentido se ha presentado la ya citada “Propuesta de Convención de Brasil”, de 2003, que busca, en definitiva, “diferenciar los contratos de consumo internacionales de los contratos internacionales de comercio entre profesionales”³⁸⁶, a través de “pocas normas flexibles pero esenciales para el funcionamiento eficiente del mercado interamericano”³⁸⁷. Ello se persigue a través de la generación de “reglas especiales de conflicto para los contratos a distancia de consumo, especialmente en el comercio electrónico (Art. 2,1) y reglas más tradicionales para los contratos de consumo concluidos por los consumidores

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ LIMA MARQUES, Claudia (2001): “Una breve introducción al proyecto de Convención”, en sitio web <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPIntroduc-%20L2.pdf> [Última visita: 17 de Febrero de 2011]

³⁸⁵ Idem.

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ Idem.

turistas (Art. 2.2), así como reglas especiales para dos nuevos tipos de contratos de adhesión con consumidores, contratos de viaje y turismo en paquetes o grupos (Art. 6) y contratos de tiempo compartido o time-sharing (Art.7)³⁸⁸. Con posterioridad a la presentación de este proyecto de Convención, se ha presentado recientemente la versión simplificada de la misma denominada “Propuesta de Buenos Aires”. Esta última, presentada en 2008, consiste en una proposición conjunta entre los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay. Así “la finalidad de esta Convención es otorgar mayor seguridad jurídica a todas las partes en los contratos internacionales de consumo. La Convención proporciona un régimen jurídico en materia de derecho aplicable que brinde una protección más favorable y especial para los consumidores en sus contrataciones y transacciones internacionales con los profesionales y proveedores de bienes y servicios”.

A grandes rasgos podemos señalar que dentro de la normativa establecida por esta propuesta, se entregan claras definiciones de términos entregados generalmente a las legislaciones nacionales, ampliándose el rango de aplicación de los mismos. Asimismo se potencia la protección contractual de los contratantes a distancia a la vez que se otorgan variadas posibilidades de la elección de ley más favorable al consumidor. Junto con lo anterior se regulan situaciones específicas como por ejemplo los contratos de viaje y turismo, o de tiempos compartidos y semejantes de utilización de inmuebles por turnos. Lo mismo puede decirse respecto de la contratación electrónica. Es decir, situaciones que antes se encontraban regidas por normativas altamente inciertas, regularizan su situación, brindando una mayor confianza y tranquilidad en el consumidor.

Como se puede apreciar, en este caso se persigue establecer una clara separación entre lo que constituyen las compraventas internacionales de mercaderías entre profesionales, y aquellas que incluyen dentro de sus integrantes a consumidores finales. A través de la promoción de estas iniciativas se busca llenar un sensible vacío existente dentro de la legislación interamericana. Instituciones como Unidroit, en sus principios versión 2004, o Uncitral, a través de

³⁸⁸ LIMA MARQUES, Claudia (2001): “Una breve introducción al proyecto de Convención”, en sitio web <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPintroduc-%20L2.pdf> [Última visita: 17 de Febrero de 2011]

las herramientas unificadoras creadas al efecto para potenciar el desarrollo del comercio internacional, como por ejemplo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, excluyeron de su regulación un tema que hoy presenta innegable importancia dentro de la esfera internacional. Como razones para explicar lo anterior puede citarse la notable influencia de las nuevas tecnologías, las cuales han permitido derribar las barreras físicas y temporales, aumentando de manera sorprendente el número de actores del mismo.

En base a ello, y por las razones ya esgrimidas dentro de este apartado, es que surge la necesidad de establecer una regulación distinta, pues estamos ante relaciones contractuales que presentan notorias diferencias. Asimismo, en base a nuestra pertenencia a un mercado global, ya no sólo respecto de los comerciantes expertos sino incorporando consumidores finales, debemos buscar vías de acción uniformes, que nos permitan actuar de manera conjunta, existiendo por ende la debida cooperación entre los Estados a objeto de entregar la respuesta más justa al caso concreto.

Es así que iniciativas como la reseñada, vienen a ayudar, más que a molestar. Es un dato a considerar que dentro de nuestra legislación no existe ninguna normativa que apunte en este sentido. Ni siquiera se avizoran proyectos en ese sentido. Ello se ve agravado por el hecho de que muchas instancias creadas al efecto no han sido firmadas ni ratificadas por nuestro país. Lo anterior será abordado con mayor énfasis dentro del próximo capítulo.

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

SUMARIO.

1. Aspectos generales. 1.1. Comercio electrónico. 1.2. Diferencias entre comercio tradicional y comercio electrónico por internet. 1.3. Contratación electrónica. 1.4. Contrato electrónico. 1.5. Contratos informáticos. 1.6. Comparación entre tipos de contratos señalados. 1.7. La declaración de voluntad electrónica. 1.8. Declaración de voluntad electrónica y nuevas tecnologías de la información. Análisis particular. 1.9. El silencio y las nuevas tecnologías de la información. 2. El consentimiento electrónico. 2.1. Fase precontractual. 2.1.1. El deber de información previa. 3. La formación del consentimiento. 3.1. La oferta electrónica. 3.2. La aceptación electrónica. 3.3. Aceptación electrónica y condiciones generales de contratación. 3.4. Perfeccionamiento del contrato electrónico. 3.4.1. Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico. 3.4.2. Lugar de formación del consentimiento electrónico.

1. Aspectos generales.

Dentro de este capítulo haremos referencia a la formación de los contratos electrónicos internacionales. Ello debido a la innegable importancia que tienen en la actualidad, principalmente desde un punto de vista comercial.

Las nuevas tecnologías de la comunicación han permitido expandir el comercio a niveles sorprendentes facilitando de gran manera el intercambio comercial entre los diversos actores. A través de ellos, y del que puede ser considerado el avance más importante en cuanto a la transmisión de datos e

información, Internet³⁸⁹, somos espectadores de un fenómeno que crece de manera considerable día a día.

El uso de las nuevas tecnologías de la información, en adelante NTI, ha derivado en la eliminación de barreras espaciales y temporales, existiendo en la actualidad un mercado al cual podemos denominar como universal.

Sin embargo, y en consideración a lo ya señalado, podemos sostener que frente al innegable beneficio que brindan las NTI, su uso ha generado una serie de dificultades que deben ser resueltas. La expansión tanto cuantitativa como cualitativa de dichos medios unido a la rotura del paradigma tradicional espacio/tiempo, deben acompañarse de una regulación jurídica que permita la adaptación a dichos cambios, razón por la cual, la labor del Derecho es, precisamente, permitir ello dando respuestas eficientes a la nueva realidad. No podemos, sin embargo, dejar de considerar la importancia que el principio de seguridad jurídica tiene y debe tener dentro del tráfico comercial y del hecho evidente, de que “no se puede avanzar tan rápido como lo ha hecho Internet”. Una adecuación a estos medios, verificada en forma apresurada, podría generar, a largo plazo, resultados poco deseables, por lo que debe procederse a buscar la concreción de dicho objetivo de manera cautelosa.

³⁸⁹ Se ha sostenido a este respecto, que “Internet se está convirtiendo en una plataforma comercial a través de la cual los productores, compradores y autoridades comerciales logran vínculos con los clientes finales extranjeros, optimizando la circulación de información en algunos mercados especialmente sensibles a la fluctuación de precios. Al reducir los costos de transacción, Internet ofrece a las pequeñas y medianas empresas oportunidades sin precedentes para comerciar con el extranjero”. En VEYTÍA, Hernán (2004). *“Estudios de Contratación Internacional: Régimen Uniforme e Internacional Privado. Seminario 16. Lógica, Experiencia y Tendencias del Derecho Comercial Internacional: Una aproximación a las labores de UNCITRAL”*. (Bogotá, Colombia, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana) pp. 130-131. En concordancia con lo expresado “los sectores de la distribución comercial y los servicios logísticos se ocupan de las corrientes de mercancías y las correspondientes “contracorrientes” de información sobre dichas mercancías y su circulación. La eficacia de estos sectores está aumentando espectacularmente gracias a los métodos de transmisión de datos por Internet, que reducen los costos de transportes, seguros y trámites aduaneros. Estas mejoras en la cadena de aprovisionamiento han hecho posible la venta al detalle directa y mundial de artículos de consumo como vestimentas, alimentos elaborados y artículos sanitarios”. GALLAGHER, Peter (1999) *“Tendencias del comercio electrónico”*. Revista del Centro de Comercio Internacional (CCI). Forum Internacional, versión online en inglés en la página web http://www.tradeforum.org/news/fullstory.php/aid/140/E-commerce_Trends.html [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

Para comenzar este estudio, y a modo de introducción, nos referiremos al comercio electrónico en sí, definiéndolo brevemente y señalando sus características principales. Con posterioridad a ello nos abocaremos al tema que nos ocupa.

1.1. Comercio electrónico.

Como acertadamente se ha sostenido, “el primer inconveniente que presenta el objeto de estudio es tratar de definirlo, debido a la gran vaguedad del concepto y a la multiplicidad de conductas que pueden ser encuadradas en él”³⁹⁰.

Ante ello, es posible definir el concepto desde una perspectiva amplia y desde una más restringida. Dentro de la primera, citamos la definición que nos entrega el artículo 641 del Código de Comercio de México, el cual establece que “el comercio electrónico es aquel donde se utiliza para la comunicación y acuerdo entre las partes, el intercambio de datos, a través de medios electrónicos electromagnéticos, ópticos u otros, de naturaleza análoga”³⁹¹. A su vez, dentro de la doctrina peruana, Sandro Zumarán, nos señala que “el comercio electrónico no es solamente compra electrónica, es la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de comunicaciones”³⁹². Dentro de la doctrina española se ha sostenido, que el Comercio electrónico abarca “el tratamiento electrónico de datos –incluidos textos, imágenes y video- y comprende un amplio abanico de actividades: no sólo el intercambio de bienes entre empresas y consumidores (incluyendo el suministro en línea de bienes materiales –programas de ordenador, música, información etc.), sino también de empresas entre sí y de la Administración con empresas, y asimismo la transferencia electrónica de fondos, el pago electrónico de bienes y servicios y de tributos, la remisión de

³⁹⁰ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) “*Negocios en Internet*” (Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea) pp. 4.

³⁹¹ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 5

³⁹² Zumarán incluye “transacciones que pueden realizarse por los medios más variados, como el teléfono, el fax, la televisión, el EDI, la transferencia electrónica de fondos e Internet”. HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 5

documentación (presupuestos, facturas, albaranes, órdenes de transporte, documentos aduaneros, transferencias...), el *marketing* electrónico, la certificación de firmas electrónicas, etcétera”³⁹³. En línea con lo anterior, el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y Comercio Exterior de Argentina, define al Comercio Electrónico como “el conjunto transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos. Esto es, el procesamiento y la transmisión electrónica de datos, incluyendo texto, sonido e imagen”³⁹⁴.

El concepto restringido de comercio electrónico, en cambio, circunscribe el término a las transacciones realizadas por medio de redes, abiertas y cerradas. Así, se le ha definido como “la parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas y abiertas) mediante la relación entre la oferta y la demanda, para la cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y de costos”³⁹⁵. Acorde a lo anterior, se le ha descrito como “cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial, basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet”³⁹⁶. En España, Candelario Macías nos dice que el concepto restringido de comercio electrónico, es aquel “intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles en un pedido electrónico de bienes intangibles. Este intercambio de datos o información puede ser multimedial o consistir en imágenes, textos y sonidos”³⁹⁷.

Junto con los conceptos entregados por la doctrina y legislaciones de algunos Estados, existen iniciativas internacionales como la de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que nos indica que el “concepto de comercio electrónico hace referencia a transacciones comerciales, efectuadas

³⁹³ MACÍAS en HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 5.

³⁹⁴ Ministerio de Economía de Argentina. *Primer Informe de Progreso del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y Comercio Exterior*. Buenos Aires, septiembre de 1998. HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 5

³⁹⁵ SARRA, Andrea (2000): “*Comercio electrónico y derecho*”. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea) pp. 279.

³⁹⁶ LUZ CLARA, Bibiana (2001) “*Manual de derecho informático*” (Rosario, Argentina, Editorial Nova Tesis) pp. 6.

³⁹⁷ MACÍAS en HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 6.

tanto por personas naturales como por personas jurídicas, basadas en el procesamiento y transmisión digitalizada de información, incluyendo textos, sonidos e imágenes visuales, realizadas tanto mediante redes abiertas (Internet) o sistemas cerrados (AOL o Minitel)”³⁹⁸.

A nuestro parecer, el comercio electrónico no puede ser restringido a una simple comunicación por redes, pues el término, en sí, sobrepasa de manera considerable lo anteriormente descrito. Considerar el comercio desde la variante amplia, nos permite a su vez, generar un concepto de contratación más amplio, inclusivo, flexible y más acorde a la realidad comercial.

1.2. Diferencias entre comercio tradicional, comercio electrónico tradicional y comercio electrónico por Internet.

Tal distinción es obra del profesor Hocsman, quien recalca las variaciones producidas durante los últimos años en torno a la forma de comerciar y de contratar. Así, nos señala que “se han producido una serie de cambios en los sujetos intervinientes en las transacciones, en el ámbito en que éstas se realizan, en los medios de comunicaciones utilizados por las partes y en los métodos utilizados para asegurar las transacciones”³⁹⁹.

En cuanto al primer criterio diferenciador, podemos señalar que dentro del comercio tradicional participan todo tipo de individuos, comprendiendo ello, tanto “personas físicas como personas jurídicas de derecho privado, empresas y entidades públicas”. Dentro del comercio electrónico tradicional, en cambio, éste sólo tiene lugar “entre empresas y –en particular- entre entidades financieras, basándose en un sistema cerrado de participantes que se conocían mutuamente y se tenían confianza, mediante el EDI”. De conformidad con el desarrollo de las comunicaciones, podemos señalar que dentro del comercio electrónico por

³⁹⁸ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 7.

³⁹⁹ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 7.

Internet, el mercado consigue una expansión notoria, “participando en él todo tipo de individuos, conocidos o desconocidos, sean personas o entidades públicas o privadas, generándose así acuerdos entre comerciantes, entre comerciantes y consumidores, entre comerciantes y la Administración pública y entre usuarios entre sí”⁴⁰⁰. Así, vemos que el número limitado de potenciales actores del comercio electrónico tradicional, se transforma en ilimitado dentro de la variante que utiliza como plataforma la Internet. En cuanto al comercio tradicional, podemos señalar que el mercado relevante es potencialmente infinito, pero limitado temporal y espacialmente.

En segundo lugar, en cuanto al conocimiento, entre sí, de los actores, se ha sostenido que “las personas que participan de cada uno de estos mercados también representan diferencias, pues, en el comercio tradicional y en el electrónico por Internet es posible encontrar participantes conocidos y desconocidos, tanto empresas y particulares que tienen una relación comercial estable como usuarios que contratan con determinada empresa por primera vez, mientras que en el comercio electrónico tradicional, sólo participan individuos que se conocen, que pertenecen al círculo cerrado y que se tienen una confianza mutua”⁴⁰¹.

En cuanto a la tercera diferencia, los métodos de seguridad utilizables en cada caso, por un lado, “en el comercio tradicional los métodos de seguridad eran métodos de autenticación por terceros (escribanos o testigos), mientras que en el comercio electrónico tradicional la seguridad formaba parte de la misma red y en el caso del comercio electrónico por Internet surge la necesidad de seguridad y autenticación por medios tecnológicos”⁴⁰². Como ejemplo de esto último podemos citar la firma digital, reconocida dentro de nuestra legislación a través de la ley 19.799⁴⁰³. Es trascendental entonces, entender cómo se configura y regula la relación comercial que surge dentro de este comercio electrónico entendido de

⁴⁰⁰ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 7-8.

⁴⁰¹ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 8.

⁴⁰² HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 8.

⁴⁰³ Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Diario Oficial 12 de Abril de 2002.

manera amplia. Ello se efectúa a través de una determinación precisa de la contratación electrónica.

1.3. Contratación electrónica.

Como se ha sostenido “hoy no se discute que la modalidad negocial electrónica sea otra forma válida para la exteriorización de la voluntad”⁴⁰⁴. En relación con esto, “la doctrina se manifiesta pacífica también cuando se trata de aceptar la forma electrónica como una nueva modalidad de formación del consentimiento”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ El autor ha señalado que “la doctrina se muestra pacífica a la hora de admitir la declaración de voluntad y, la formación del consentimiento por cualquier medio. En tal sentido Albaladejo, Manuel, Derecho Civil. Introducción y Parte General. Barcelona. 2001. Décimo quinta edición, José María Bosch Editor, p. 587 y siguientes; Betti, Emilio. 2000. Teoría General del Negocio Jurídico: Ed. Comares, p. 109 y siguientes; De Castro y Bravo, Federico. 1997. El Negocio Jurídico. Madrid: Ed. Civitas, p. 281; Díez-Picazo, Luis. 1990. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Volumen I, 7 Edición, Ed. Tecnos, p. 539 y siguientes; Enneccerus, Ludwig y Nipperdey Hans Carl. 1981. Tratado de Derecho Civil: Parte General. Barcelona: Tomo I-2º, v. 1º, 3, Ed. Bosch, p. 194 y siguientes; Galgano, Francesco. 1992. El Negocio Jurídico. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 177; y Lacruz y otros. 2000. Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato. Madrid: Vol. 1, 2 Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Editorial Dykinson, p. 399, y siguientes; Von Thur, A. 1999. Tratado de las Obligaciones. Madrid: Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, reimpresión de la primera edición, Ed. Reus, p. 167, entre otros”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): “*La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte I: La Oferta Electrónica*”. Revista Ius et Praxis Versión online en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122004000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=es ISSN 0718-0012 [Última revisión: 21 de diciembre de 2010] Volumen 10 número 2. (Talca, Chile) pp. 267 -320.

⁴⁰⁵ El autor cita a diversos autores a este respecto. Nos señala, a pie de página, que “de ese modo Martín Bernal: “*Parece evidente nada lo impide- que a través de Internet o con virtualización se puede hablar de todo tipo de negocios y de contratos. Si tales conversaciones generan acuerdos, estos terminarán convirtiéndose en transacciones electrónicas todo en un proceso natural derivado de las libertades fundamentales de expresión, comunicación y contratación*”, Martín Bernal, José Manuel. 2001. “Internet y Virtualización del Derecho en General y del Derecho Civil en Particular” en Actualidad Civil, Ed. Aranzadi, p. 449. En una línea análoga Barriuso Ruíz, Carlos. 1996. Interacción del Derecho y la Informática. Madrid: Ed. Dykinson, p. 212; Fernández-Albor, Baltar. 2001. “Aspectos Fundamentales de la Contratación Electrónica”, en Comercio Electrónico en Internet, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 278; Illescas Ortiz, Rafael. 2001. Derecho de la Contratación Electrónica. Madrid: Editorial Civitas, p. 217 y 218; Mateu De Ros, Rafael. 2000. “El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica”, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 71; Paz-Ares Rodríguez, Cándido, Bermejo Gutiérrez, Nuria, Saenz Lacave, M. Isabel. 2001. La Formación Electrónica del Contrato: Nada

Sin embargo, los excepcionales rasgos que se perciben como notas características de las nuevas tecnologías han llevado a diversos autores a plantear la necesidad de emprender el trabajo de sistematización que supondrá la correcta incorporación de las nuevas realidades a la teoría tradicional del negocio jurídico⁴⁰⁶, en tanto que otros, por su parte, derechamente consideran insuficiente el derecho clásico de obligaciones y contratos para abordar con éxito la tarea de recepción de las realidades negociales que ofrece el desarrollo de las nuevas tecnologías⁴⁰⁷.

Frente a ello, es necesario entonces determinar si nos encontramos ante una normativa privada apropiada para resolver la cuestión planteada o si, por el contrario, ella es insuficiente.

nuevo bajo el sol. Publicación electrónica, en <http://derechosobreinternet.com>; Simó Sevilla, Diego. 2000. "Las Nuevas Modalidades de Prestación del Consentimiento: La Función Notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico", en Notariado y Contratación Electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 407, Vattier Fuenzalida, Carlos. 1999. "En torno a los Contratos Electrónicos", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, p. 76, entre otros". PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. Online.

⁴⁰⁶ El autor citado, nos señala en pie de página, que al respecto que "en tal sentido Álvarez-Cienfuegos sostiene la necesidad urgente de *"la proyección de los conceptos de la teoría general de las obligaciones sobre la realidad informática. La voluntad negocial, en su génesis y en su manifestación al exterior, es ayudada por los sistemas informáticos. Conceptos como el dolo, la buena o mala fe han de aplicarse a las realidades electrónicas"*, Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. 1992. *Las Obligaciones Concertadas por Medios Electrónicos y la Documentación Electrónica de los Actos Jurídicos*. Madrid. La Ley. T. IV, p. 1.026. En una línea similar Rico Carrillo señala: *"No obstante la incipiente regulación legal de los contratos electrónicos, para otorgar validez tanto a la oferta como a la aceptación en entornos electrónicos es necesario hacer un análisis de la regulación sobre la teoría general del contrato aplicable a la contratación electrónica"*. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. Online.

⁴⁰⁷ El autor citado nos indica, en pie de página, que "al respecto Serrano Gil de Albornoz señala: *"En ese sentido la doctrina aun con algunas matizaciones- ha puesto de manifiesto la inadecuación, cuando no ya la verdadera insuficiencia, del modelo clásico del contrato (configurado en el Código Civil y en el Código de Comercio) para atender la multiplicidad de problemas que suscita la comercialización a distancia de bienes y servicio"*, Serrano Gil de Albornoz, Francisco. 2000. "Directiva sobre Ventas a Distancia y Propuesta de Directiva relativa a la Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, en Derecho de Internet" en *Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 282, en tanto que Martínez Nadal afirma: *"En suma, múltiples problemas derivados de la dificultad de aplicar conceptos y categorías jurídicas tradicionales a contratos realizados por los novedosos medios electrónicos"*, Martínez Nadal, Apollonia. 1999. "Comercio Electrónico" en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, p. 250. En una línea similar se manifiestan: Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. 1999. *Legislación Aplicable y Jurisdicción Competente, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet*, *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 30, 31 y 32. Mérida: Ed. UNED, p. 57; Cavanillas Mújica, Santiago. 1996. *Informática y Teoría del Contrato*. X Encuentro sobre Informática y Derecho. Madrid: Instituto de Informática Jurídica, ICADE, p. 269; De Miguel Asensio, Pedro A. 2000. *Derecho Privado en Internet*. Madrid: Civitas Ediciones. p. 291; Illescas Ortíz. 2001. *Ob. Cit.* p. 39 y 40, entre otros

Como punto de partida para efectuar un adecuado estudio del tema, se ha señalado⁴⁰⁸ “que la recepción de la realidad constituida por las nuevas tecnologías debe ser realizada intentando introducir la menor cantidad de modificaciones a la teoría general por evidentes razones de seguridad jurídica- en un axioma que tal autor ha denominado *principio de inalteración del derecho de obligaciones y contratos*⁴⁰⁹”.

El autor citado sostiene que “la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas”⁴¹⁰. Por ello, se establece en base a lo señalado, que las relaciones contractuales electrónicas no conllevan necesariamente un cambio en la situación legal preexistente. En otras palabras, es posible adaptar la teoría tradicional del negocio jurídico a las nuevas realidades, sin necesidad de efectuar cambios radicales al sistema.

Para comenzar a desarrollar el tema, es necesario entonces, definir qué entendemos por contrato electrónico.

1.4. Contrato electrónico.

Delimitar el concepto de contrato electrónico es una tarea compleja. La velocidad a la que evoluciona la tecnología nos lleva a abordar el tema considerando siempre al denominado *principio de neutralidad tecnológica*. En base a éste “debe intentarse hacer las menos remisiones posibles a aspectos técnicos con el objeto de que la normativa no quede obsoleta rápidamente junto

⁴⁰⁸ ILLESCAS en PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. Online.

⁴⁰⁹ Dicho principio consiste en: “una pauta fundamental de disciplina del C-E (contrato electrónico). En su virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos nacional e internacional en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar”. En ILLESCAS ORTÍZ, Rafael (2001): “Derecho de la Contratación Electrónica” (Madrid, España, Editorial Civitas) pp. 46-47.

⁴¹⁰ ILLESCAS en PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. Online.

con la tecnología existente al tiempo de su entrada en vigor”. Ello, se ampara en la necesidad de permanencia de que debe estar dotada la norma jurídica, la cual, como se ha dicho, “no puede fluctuar junto a los vaivenes sociales y la vertiginosa velocidad de los avances tecnológicos, bajo el riesgo de comprometer gravemente los niveles de seguridad jurídica que son exigibles a todo ordenamiento jurídico”⁴¹¹.

Dentro de la doctrina comparada, el concepto de contrato electrónico encuentra diversas definiciones. Por una parte, Jijena Leiva lo define como “el intercambio telemático de información entre personas que da a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles”⁴¹². A su vez, Brizzio, señala que “se denomina contratación electrónica o por medios informáticos, a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo”⁴¹³. Davara a su vez, nos dice que “el contrato o contratación electrónica es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”⁴¹⁴.

De igual manera que respecto del comercio electrónico, es posible hablar de “un contrato electrónico en sentido amplio, cuando se incluyen todos los contratos celebrados por medios electrónicos, o del contrato electrónico en sentido estricto, que contempla sólo a los contratos electrónicos que se celebran medio del intercambio electrónico de datos entre dos ordenadores”⁴¹⁵. Es decir, en base a la concepción amplia podemos incluir, aparte de las NTI, al teléfono, el télex o el fax, cuestión que no se verifica en la segunda categoría, donde debemos

⁴¹¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. Online.

⁴¹² JIJENA LEIVA en HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 78-79.

⁴¹³ BRIZZIO en HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 79.

⁴¹⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2001) “*Manual de Derecho Informático*” (Pamplona, España, Editorial Aranzadi) pp.189.

⁴¹⁵ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 79.

circunscribimos a las NTI. Sin embargo, como se verá, tal diferencia se ha modificado en la actualidad.

Dentro de la doctrina nacional, se ha establecido que “podemos aceptar que un contrato electrónico es aquel en que la voluntad ha sido expresada por medios electrónicos”⁴¹⁶. En base a ello, es posible sostener que se estima que el comercio electrónico debe abordarse desde una concepción amplia, siendo determinante el medio a través del cual se exterioriza la voluntad, el cual debe revestir el carácter de electrónico. Es decir, la manifestación de voluntad debe expresar a través de una vía electrónica, sin importar si el objeto es o no electrónico.

Ahora, en base a lo señalado, es necesario definir qué entendemos por vía electrónica. A este respecto la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, del año 2005, en su artículo 4⁴¹⁷, establece una serie de definiciones sobre términos relevantes al efecto. Se establece que por “comunicación” se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato. A su vez, por

⁴¹⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

⁴¹⁷ Artículo 4: Definiciones :A los efectos de la presente Convención: a) Por “comunicación” se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato; b) Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos; c) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; d) Por “iniciador” de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ése es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto; e) Por “destinatario” de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto; f) Por “sistema de información” se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas; g) Por “sistema automatizado de mensajes” se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta; h) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar”.

“comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. El mismo cuerpo legal nos señala que por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. En base a la lectura del cuerpo citado, podemos entender que se refiere a una concepción restringida del término.

A su vez, la Directiva Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, anterior a la Convención citada, en remisión al artículo 2 letra a), de la Directiva 98/48/CE, prescribe que deberá entenderse por comunicación por vía electrónica “un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento -incluida la compresión digital- y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”. Como se desprende de la disposición legal indicada, se opta por la concepción amplia del término. A su vez, la misma Directiva define que debe entenderse por “servicios de la sociedad de la información: “Aquellos servicios prestados en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE”. En base a lo prescrito por “las dos Directivas citadas se entiende por servicio; “todo servicio de la sociedad de la información prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario de servicios”. En relación a lo anterior, se ha entendido por “a distancia” un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente y, finalmente, por “vía electrónica”, según hemos visto, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético, reenviándonos nuevamente a la acepción amplia de contratación electrónica⁴¹⁸.

⁴¹⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

En todo caso, como se ha puntualizado, “no existe una relación de dependencia absoluta entre los términos comunicación electrónica y los denominados servicios de la sociedad de la información”⁴¹⁹. A su vez, el factor “a distancia”, no reviste importancia como se demostrará a lo largo de este trabajo.

De la normativa anteriormente revisada podemos admitir que existen “dos acepciones relativas a la contratación electrónica. La primera, más amplia, vinculada a todas las formas de expresión de la voluntad que puedan comprenderse de algún modo dentro de la modalidad; “comunicación o vía electrónica”, y la segunda, más restringida, vinculada exclusivamente a los servicios de la nueva sociedad de la información o nuevas tecnologías de la información, que implican la utilización de redes de computadores telemática-, entendiéndose que excluyen al menos en sus versiones tradicionales-, medios tales como el teléfono, el fax o el télex”⁴²⁰.

Sin embargo, la contradicción aparente respecto de la amplitud del término “será atenuada por el curso normal de desarrollo de los medios de comunicación, ya que incluso aquellos que hemos calificado de tradicionales, como el teléfono, el fax o la televisión han digitalizado sus procesos y muchas veces su transmisión se produce por líneas que interconectan computadores que codifican y decodifican la información”⁴²¹.

En definitiva, y en base a lo señalado, podemos afirmar que el concepto de comunicación electrónica, dentro de la normativa europea, es abordado desde una perspectiva amplia.

En Chile en tanto, el artículo 2 letra a) de la Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, prescribe “que se entenderá por *electrónico*, aquella característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares”. Como se puede apreciar a simple vista, no existe una definición precisa, y por ende

⁴¹⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

⁴²⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

⁴²¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

satisfactoria del término dentro de nuestro ordenamiento legal, por lo que es una materia en la que, sin duda, debe avanzarse.

1.5. Contratos informáticos.

Habitualmente se ha definido este tipo de contrato como “aquél cuyo objeto es un bien o servicio informático o aquél, en el que al menos una de las prestaciones de las partes tenga por objeto un bien o servicio informático”⁴²². Se ha sostenido, a su vez, “que lo característico del contrato informático es su objeto, conformado por la transacción de todos aquellos bienes o servicios que pueden ser considerados informáticos, tal como sucede en el caso que se negocie con computadores, bases de datos, programas, servicios de mantenimiento de redes, servicios de seguridad informática etc.”⁴²³. En tal sentido, se consideran como bienes informáticos “todos los elementos materiales del hardware y todo lo que configura el soporte físico del ordenador, así como los bienes inmateriales, como datos o procedimientos, que conforman el elemento lógico del soporte informático”⁴²⁴. Respecto de lo anterior, debemos entender por *hardware* “la parte material del equipo, todo lo que físicamente forma parte de él, mientras que el software se refiere a la parte inmaterial del equipo, a la información contenida en el sistema”⁴²⁵.

Este tipo de contratos, no será necesariamente un contrato electrónico, pues ambas categorías “apuntan a distintas categorías que deben presentar dichos contratos”⁴²⁶. Pero, como se ha sostenido “puede darse el caso de que un contrato informático también sea electrónico, cuando su celebración o ejecución

⁴²² PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

⁴²³ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): op. cit. pp. online.

⁴²⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2001) op. cit. pp. 165.

⁴²⁵ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 112

⁴²⁶ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 111.

se realiza por medios electrónicos, y su objeto son bienes o servicios informáticos”⁴²⁷.

En cuanto a los elementos que deben estar presentes dentro de un contrato informático, su tratamiento no ofrece novedad respecto de lo señalado en cuanto a los contratos electrónicos. Lo mismo puede señalarse respecto de los pasos que deben seguirse para concretara la formación del consentimiento.

1.6. Comparación entre tipos de contratos señalados.

Se ha sostenido, correctamente, que debemos diferenciar “las distintas formas que muestra la contratación electrónica, dado que la electrónica o la informática pueden estar presentes en el nacimiento del contrato, en el cumplimiento de las contraprestaciones, en sus efectos, o en todas esas etapas”. Frente a lo anterior, podemos señalar que “el contrato electrónico puede adquirir tal forma sólo en la faz de su nacimiento, ya que las contraprestaciones pueden cumplirse de manera material y no telemática”.

Junto a lo anterior, también podemos encontrarnos ante contratos que, si bien no surgen de forma electrónica, “sus contraprestaciones se cumplen de esa forma (v.gr., un contrato de seguro cuyas primas se pagan con tarjeta de crédito por Internet)”. También, y por último, “están los contratos típicamente electrónicos, celebrados por medios electrónicos y cuyas prestaciones se cumplen por estos medios”⁴²⁸.

Dentro del escenario anteriormente descrito, surge el contrato electrónico por Internet, el cual, como veremos, sólo constituyen una especie dentro del género denominado contrato electrónico. Esta categoría contractual se diferencia

⁴²⁷ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 111.

⁴²⁸ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 80

de la tradicional, en cuanto a la forma, puesto que no poseen un soporte material sino electrónico. Así, como se ha sostenido, “esta clase de contrato electrónico tiene la particularidad de surgir gracias a una oferta y una aceptación realizada por medio de mensajes de datos, y el contrato nace a partir de la formación del consentimiento”⁴²⁹. Es decir, ellos se forman en base a la utilización de un medio electrónico específico: Internet.

En relación a lo ya expresado, podemos establecer una clara distinción en torno a los contratos informáticos y electrónicos. Los contratos informáticos, son aquellos que tienen como objeto un bien o servicio informático, “categoría que incluye todo tipo de contratos vinculados con el *hardware* y el *software*”⁴³⁰. El contrato electrónico, en cambio, es aquel en que “con independencia de de cuál sea su objeto, que puede ser también la informática, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores, y la producción, publicidad, venta y distribución de productos se hace a través de las redes de comunicaciones”⁴³¹.

En base a esta diferencia radical y por motivos de pertinencia respecto del presente trabajo, no abundaremos en lo relativo a la formación de los contratos informáticos.

Es preciso abordar entonces la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Para ello será necesario analizar la declaración de voluntad prestada a través de medios electrónicos. En base a la importancia de ciertos medios, a los cuales denominaremos “nuevas tecnologías de la información”, y a las particularidades que su uso representa, ellos deben ser tratados de manera precisa y particular. En cuanto a los otros medios electrónicos, como por ejemplo el teléfono, el télex o el fax, se hará referencia a través de asimilaciones. Junto con ello, es necesario recordar que ya se ha efectuado un análisis preciso de los mismos dentro de los capítulos anteriores, principalmente en aquel relativo a la

⁴²⁹ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 80- 81

⁴³⁰ HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp 81.

⁴³¹ ZUMARÁN en HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) op. cit. pp. 81

formación del consentimiento bajo la Convención de Viena, por lo que no será necesario abundar al respecto.

1.7. La declaración de voluntad electrónica.

Acertadamente, y en concordancia a lo ya señalado, se ha sostenido a este respecto que “si la voluntad puede declararse por gestos, y aún por silencios, cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador”⁴³². Ello, como se puede apreciar, resulta bastante lógico si consideramos que los medios electrónicos no son sino una plataforma que busca materializar la expresión de voluntad de los contratantes.

Respecto de los medios tradicionales de manifestación de voluntad, ya indicados, el tema se encuentra zanjado tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. En cambio, respecto de los medios surgidos al alero del extraordinario desarrollo tecnológico del último tiempo, han nacido numerosas interrogantes que deben ser resueltas. Todo ello, a objeto de proporcionar el marco jurídico adecuado que permita regular de manera adecuada su utilización.

Es por ello que dentro de este apartado se hará referencia a las características más relevantes de los medios que más influencia han tenido dentro de los últimos años en materia de contratación electrónica internacional: las nuevas tecnologías de la información.

Frente a los avances tecnológicos desarrollados a lo largo del último tiempo, “si consideramos que los medios de expresión asociados al concepto de nuevas tecnologías de la información son el correo electrónico, la *world wide web*,

⁴³²RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio (2000): “*El Documento Negocial Informático*” (Madrid, España, Consejo General del Notariado) pp. 356.

la videoconferencia y la tecnología IP, será factible preguntarse cómo se exterioriza la voluntad a través de cada uno de tales medios”⁴³³.

A objeto de dar respuesta a la interrogante planteada, es preciso reiterar, que la manifestación de voluntad puede efectuarse ya sea de manera expresa o tácita.

Dentro de nuestro sistema jurídico, la manifestación de voluntad “es expresa cuando se manifiesta en términos formales y explícitos. Tácita es la aceptación cuando el asentimiento de la persona a quien va dirigida la propuesta (manifestación de voluntad), resulta de la verificación de ciertos actos que involucran inequívocamente su propósito de admitirla, como sucede cuando se da comienzo a la ejecución del contrato propuesto”⁴³⁴.

Frente a ello, las NTI presentan particularidades, que las diferencian de los medios electrónicos tradicionales.

En primer término, la cualidad de ser medios “interactivos y bidireccionales”⁴³⁵, les permite “la interconexión espontánea y continuada de las partes en tiempo real y en unidad de acto”⁴³⁶, lo que determina que “en ocasiones pueda asemejarse más –la declaración de voluntad electrónica- a la expresión por medios naturales de la voluntad que a lo que se ha venido entendiendo como utilización de medios de comunicación artificiales, lo que se aparta de los esquemas clásicos bajo los cuales está estructurada, en alguna medida, la teoría decimonónica del negocio jurídico”⁴³⁷.

Considerando lo señalado, y a modo de ejemplo, podemos referirnos específicamente a uno de estos medios, la videoconferencia, señalando que, en su utilización “es posible incluso detectar signos o expresiones mínimas de una de

⁴³³ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004) op. cit. pp. Online.

⁴³⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 16.

⁴³⁵ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004) op. cit. pp. Online.

⁴³⁶ MATEU DE ROS, Rafael (2000): *"El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica. Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital"*. (Pamplona, España, Ed. Aranzadi) pp.43

⁴³⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004) op. cit. pp. Online.

las partes que puedan condicionar, o al menos orientar, la voluntad”⁴³⁸. Es decir, nos encontramos ante medios que acercan a las partes, permitiéndoles apreciar incluso las expresiones de las mismas, tal como si estuvieran la una frente a la otra. Frente a lo anteriormente descrito debemos preguntarnos entonces, ¿cómo debemos considerar la contratación a través de una plataforma como la descrita? ¿Puede ella ser encuadrada dentro de lo que la doctrina tradicionalmente, y en consideración a la lejanía o distancia entre las partes, ha denominado contratación entre ausentes?

A nuestro parecer, el ejemplo antes citado dista de aquello. Desde hace bastante tiempo que se ha abandonado la concepción original acerca de la contratación entre ausentes en base al criterio espacial, asumiéndose dentro de nuestra doctrina, una posición que entiende por “contratos “entre presentes” aquellos en que, no obstante que las partes no se encuentran físicamente en el mismo lugar, pueden comunicarse sus decisiones de inmediato”⁴³⁹. En cuanto a los contratos entre ausentes, lo esencial dentro de esta tipología, a nuestro parecer, es que la aceptación no ingrese a la esfera de conocimiento del proponente en el acto mismo de ser emitida, postura similar a la asumida dentro de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

⁴³⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2001) op. cit. pp. 170.

⁴³⁹ Así, un contrato acordado mediante una comunicación telefónica o de otra forma semejante, es un contrato entre presentes. En consecuencia, en los negocios entre presentes basta que la emisión de la oferta pueda ser seguida de inmediato por la aceptación, aun cuando medie distancia física entre las partes.” SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 17. A su vez, según afirman Alessandri y Somarriva, existen dos criterios para determinar si la contratación es entre presentes o entre ausentes: “uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar, y el otro a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no”, prefiriendo en tal obra ya el mismo don Arturo Alessandri, aquella tesis que considera contratos entre presentes a aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada, razonamiento que como se podrá vislumbrar dará mucho mejor respuesta a los problemas que impone al tema de la formación del consentimiento la forma electrónica de contratación. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005) “*La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?*” Revista Ius et Praxis Versión online disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122005000100004&lng=es&nrm=iso&tIng=es ISSN: 0718-0012. [Última revisión 21 de Diciembre de 2010] Volumen 11 número 1. (Talca, Chile) pp. 55-92

En general, en cuanto a la incorporación de nuevas tecnologías de la información, la clasificación contractual ya descrita, ha dejado de lado este criterio espacial, para asumir que el contrato entre presentes, se encuentra configurado por la confluencia de dos factores: la inmediatez de la comunicación y la ininterrupción de la misma. Sin embargo, la clasificación contractual tratada no se encuentra exenta de críticas, las que apuntan, principalmente, a su efectiva operatividad en torno a situaciones que se han tornado más complejas con el paso del tiempo y los avances tecnológicos⁴⁴⁰. A objeto de adecuar las nuevas tecnologías a la realidad jurídica existente, ella debe ser mantenida y presenta innegable valor en cuanto a determinar el perfeccionamiento del contrato.

1.8. Declaración de voluntad electrónica y nuevas tecnologías de la información. Análisis particular.

⁴⁴⁰ Se ha sostenido que “en lo que dice relación a la formación del negocio jurídico electrónico, si bien es cierto que los criterios definidos con anterioridad para la determinación de la calidad de ausentes o presentes de las partes sirve para orientar la búsqueda de soluciones, el problema es bastante más complejo, dificultad que se origina en dos problemas principales. El primero, se refiere a la naturaleza relativa que han adquirido en Internet las categorías filosófico jurídicas de tiempo y espacio las que, para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales, habiéndose incluso comenzado a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los usos horarios. Sobre el particular piénsese, por ejemplo, en la circunstancia de que en la contratación electrónica no tiene sentido hablar de horas hábiles u horario comercial debido a lo cual las transacciones comerciales han debido desarrollar sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones. También debe ser considerada la inmediatez de las comunicaciones electrónicas que hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, ello sin importar los lugares del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional. Al respecto puede concluirse, en primer término, que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta en las comunicaciones electrónicas es insignificante sin importar la distancia física: de ahí a que se haya acuñado el concepto *aldea global*. El segundo problema se relaciona con el hecho de que el concepto *nuevas tecnologías de la información* engloba medios de comunicaciones muy diversas que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos negociales entre presentes o entre ausentes”. En PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II, op. cit. pp. Online.

A los medios ya mencionados, integrantes de las denominadas NTI, es necesario agregar el chat, el cual, en base a las características particulares que presenta, encuadra dentro de la categoría a analizar.

Para efectuar un análisis ordenado, comenzaremos refiriéndonos a los medios que pueden considerarse como estrictamente escritos, es decir, aquellos en que la voluntad se exterioriza necesariamente a través del uso de caracteres gráficos. Dentro de este vehículo de manifestación de voluntad, podemos citar: el chat y el correo electrónico.

El medio escrito, “en general, estará vinculado a declaraciones de voluntad expresas y entre personas distantes, situación que será lo usual en el caso de que se utilicen las técnicas vinculadas a las nuevas tecnologías”⁴⁴¹. Dicha afirmación, generalmente correcta, no será efectiva dependiendo del sistema adoptado en cuanto a la eficacia de las declaraciones de voluntad.

Para corroborar lo anterior, será necesario resaltar, en primer lugar, la notoria diferencia que existe entre los medios citados y el correo tradicional. Lo anterior, queda de manifiesto debido a “la inmediatez del correo electrónico y del chat, (que) permiten la comunicación bidireccional casi instantánea entre las partes”, lo que no ocurre dentro del correo tradicional. Dicha cualidad queda de manifiesto de manera más patente, en principio, respecto del chat⁴⁴². Ello, pues, en cuanto al correo electrónico, puede transcurrir un tiempo para que el destinatario de una manifestación de voluntad tome conocimiento efectivo de ésta.

⁴⁴¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II, op. cit. pp. Online.

⁴⁴² Se ha sostenido al respecto que “el Chat, por su parte, aún cuando no significa una mejora en comparación con la comunicación telefónica tradicional, es un proceso comunicacional en tiempo real, esto es, exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibándose las respuestas a las interrogantes planteadas por las partes en cuestión de segundos en el otro extremo de la línea de comunicación. Es por eso, que consideramos conforma también un proceso fluido de comunicación en el que las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la aceptación a una oferta contractual determinada, por lo que no se encuentran presentes los factores que hicieron al legislador de antaño calificar como <de ausentes>, por ejemplo, al proceso comunicacional vía correo ordinario”. En PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): “*La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico*” Revista Ius et Praxis, versión online disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19711209.pdf>. ISSN: 0718-0012. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010] Volumen 11 número 2. (Talca, Chile) pp. 273-302.

Sin embargo, si tenemos en consideración lo establecido por la Convención de Viena al respecto, podemos señalar que la declaración de voluntad está dotada de eficacia desde el momento en que ella ingresa al círculo de intereses del destinatario, cuestión que, difiere de lo establecido dentro del Código de Comercio. Lo anteriormente descrito acaece generalmente de manera inmediata al envío, por lo que podemos establecer que, aún para el caso en que ella no sea conocida en el acto mismo de ser recibida, la sola posibilidad de que su contenido sea conocido por el destinatario despeja toda duda en torno a calificar la utilización del correo electrónico como una modalidad de contratación entre presentes. Todo ello, por supuesto, para los casos en que el sistema de comunicación funcione de manera correcta, sin desperfectos que interrumpan la fluidez de la comunicación.

Es decir, cuando nos referimos a la contratación vía correo electrónico o chat, hacemos referencia a una modalidad que puede ser calificada como generalmente entre presentes y generalmente expresa⁴⁴³.

En cuanto a la contratación vía página web⁴⁴⁴, como se ha sostenido “estamos ante una de las declaraciones de voluntad que requiere menos actividad por parte del sujeto declarante, y sin embargo, nos encontramos casi sin excepción ante una declaración expresa”⁴⁴⁵. Es decir, en estos casos, la

⁴⁴³ Como nos indica un autor “por regla general, la escritura servirá para manifestar voluntades expresas, sin embargo, también puede suceder, en el caso de que no cumpla las condiciones para ser así calificada, pero pueda deducirse de ella una voluntad concluyente, constituir una declaración de voluntad tácita. En el caso del chat (...) el hecho de que las partes se encuentren en una comunicación interrumpida en tiempo real, podrá llevar a calificar tal declaración como una modalidad de la contratación entre ausentes”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁴⁴ A este respecto se ha sostenido que “en lo que dice relación con la formación del consentimiento electrónico vía página Web, no es posible dar una respuesta unitaria a la cuestión relativa a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, sino que será necesario realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, de tal suerte que, por regla general, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea, esto es, se trate de una Web interactiva, deberemos considerar tal proceso negocial dentro de la categoría *entre presentes* y, en caso contrario, como una especie negocial entre ausentes”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁴⁵ No señala el autor citado, que “tal característica de sencillez tiene también su lado negativo, pues puede provocar la pulsación errónea de la tecla “enter” o una aceptación impulsiva, aspectos que deben considerarse en el análisis de los vicios de la voluntad electrónica”. Esto último excede el análisis de nuestro estudio. En Pinochet Olave, Ruperto. *La Formación...cit.* Págs. 267-320. A su vez, en relación a lo expresado al final de la afirmación, objeto de la presente cita, Mateu de Ros señala que “el consentimiento contractual expreso no consiste, necesariamente, en una

manifestación de voluntad, es a todas luces expresa, al menos en cuanto a la conclusión del negocio principal.

En base a las características propias de este tipo de contratación, es necesario cumplir con determinados deberes legales de información, sobre todo, en consideración a la protección de los derechos del consumidor. Ello adquiere especial relevancia en cuanto a los casos de contratación electrónica internacional.

Dichos deberes legales de información, pueden ser satisfechos, por ejemplo, a través de la implementación de páginas de visualización obligatoria, las cuales garantizan, al menos, una eventual lectura de su contenido, lo que hace presumir el pleno conocimiento de los términos del acuerdo.

En cuanto a la telefonía IP, son plenamente aplicables “los criterios tanto doctrinales como jurisprudenciales que se han venido desarrollando desde la aparición de la telefonía tradicional”⁴⁴⁶. Se diferencian de estas últimas por el hecho de que “en el caso de la telefonía IP, el archivo de las comunicaciones puede producirse de forma automática, en el disco duro del ordenador, o en otros formatos de archivo, tanto magnéticos como ópticos, lo que facilitará la prueba del contenido de la voluntad”⁴⁴⁷. Todo ello, en consideración a los medios de prueba estimados como válidos al efecto. La situación descrita no se verificará

declaración de voluntad telemática escrita (tecleada) por el cliente en su terminal: es suficiente el acto (gesto) de la expresión de voluntad expresada a través de la orden (“enter”) de aceptación del contrato. El “acuse de recibo” electrónico de la orden por parte del prestador del servicio (“email”, aviso en pantalla) que exige la Directiva sobre Comercio Electrónico es, sin duda, una medida de constatación oportuna, pero no un elemento del proceso de perfección del contrato telemático del que penda la eficacia legal de la declaración de voluntad”. MATEU DE ROS, Rafael (2000) op. cit. pp. 45.

⁴⁴⁶ El mismo autor sostiene esto, tomando como base “jurisprudencia española (que) servirá para ilustrar esta cuestión. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de enero de 1948, que señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes. Validando el criterio jurisprudencial señalado la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes. Igual criterio es seguido en los países del “*common law*”, y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, países en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados “*presentes*”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁴⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

normalmente en el caso de la telefonía tradicional, o al menos no se verificará con tanta facilidad como en el caso señalado.

Por último, respecto de la videoconferencia, es necesario señalar que “este es uno de los sistemas más perfectos y completos que ofrecen las tecnologías vinculadas a Internet”⁴⁴⁸. Este medio permite transmitir tanto voz como imagen, incluyendo dentro de esta última la captación de movimientos, gesticulaciones, aclaraciones, etc. Ello nos permite afirmar, que salvo errores que escapen de su control como por ejemplo deficiencias de servicio del proveedor de Internet, nos encontramos ante casos de contratación entre presentes. La vídeo conferencia funciona, al igual que la telefonía IP, por medio del protocolo de Internet (IP), por lo que lo señalado respecto de ésta última, es igualmente válido para la vídeo conferencia por Internet, así como el hecho de que a pesar de la existencia de pequeñas interrupciones, debe considerarse la fluidez de la comunicación y puede, en consecuencia, considerarse como contratación entre presentes.

La utilización de los medios señalados, no permite, *a priori*, calificar una manifestación de voluntad como expresa o tácita. Salvo el caso de la contratación vía página web, en que en primera instancia es necesario que se verifique una manifestación de voluntad de manera expresa, para los demás casos se aplicarán las reglas establecidas para la contratación que puede denominarse “tradicional”, al no revestir los caracteres de electrónica.

Asimismo, respecto de la manifestación tácita, ante desacuerdo entre las partes, será el juez quien deberá dirimir el conflicto habida consideración de las circunstancias particulares del caso. Es decir, corresponderá a una cuestión de hecho que deberá calificarse en sede judicial a través de un proceso debidamente establecido.

⁴⁴⁸ El autor no señala que “la videoconferencia es una posibilidad comunicacional que existe desde mucho antes de la aparición de Internet, sin embargo, lo que ha logrado tal tecnología es que dicha posibilidad tecnológica esté al alcance de cualquier persona a costes bajísimos. Los elevados costes de la videoconferencia anterior, hacían de este un medio (...) excepcional, reservado casi exclusivamente a empresas o gobiernos, y por tanto, alejado también de la realidad negocial regida por el derecho privado”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

1.9. El silencio y las nuevas tecnologías de la información.

Al igual que dentro de una relación contractual no electrónica, el silencio, para el caso del uso de medios correspondientes a las nuevas tecnologías de la información, al no existir transmisión explícita de contenido carecerá de valor concreto. Excepcionalmente, cuando las partes o la ley así lo determinen, este valdrá como manifestación de voluntad. Es decir, la inactividad deberá ser parte de un contexto establecido con anterioridad, ya sea por las partes o el legislador, del cual se pueda extraer una manifestación de voluntad en términos concluyentes.

De esto se desprende, a su vez, que “cualquier duda en la determinación del significado del silencio deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración, toda vez que la regla general es que el silencio no constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada -previo cumplimiento de los presupuestos señalados- es que la suponga”⁴⁴⁹.

En consideración a lo señalado, debe tenerse especial consideración para las situaciones negociales en que las partes presentan clara desigualdad en cuanto a capacidad de negociación, pues, como se ha sostenido “la imposición de una determinada significación del silencio a la parte débil de la relación jurídica podrá, razonablemente, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe”⁴⁵⁰.

Dentro de nuestra legislación, la única norma que podemos calificar como específica a este respecto se encuentra en el artículo 12 A, inciso segundo de la ley del consumidor, la cual dispone que “la sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las

⁴⁴⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

condiciones ofrecidas por el proveedor”. De la lectura de la norma, se ha sostenido que ella no se pronuncia “sobre los efectos que silencio pudiera o no producir”⁴⁵¹. Ello, pues se refiere simplemente a la manifestación expresa de voluntad, sin referirse siquiera a la voluntad tácita, debiendo considerarse en el silencio es en sí una manifestación más de esta categoría.

En definitiva, se puede concluir que el tratamiento del silencio en cuanto manifestación de voluntad aplicable para el caso de la contratación electrónica, en general, no ofrece novedad respecto de “lo que se ha dicho tradicionalmente dentro de la teoría del negocio jurídico, toda vez que se trata, precisamente, del caso de no exteriorización de la voluntad por actos positivos, y como se comprenderá es de la esencia del silencio la no transmisión de ningún mensaje en términos explícitos, siendo indiferente el medio en que se mantenga el silencio”⁴⁵².

2. El consentimiento electrónico.

Al igual que dentro de la contratación tradicional, la formación del consentimiento en todo contrato electrónico requiere de una oferta y de una aceptación correlativa. Una vez que ambos elementos concurren, el contrato electrónico nace y produce los efectos jurídicos correspondientes, siempre que estemos ante un contrato consensual.

Antes de comenzar a efectuar el análisis del consentimiento electrónico, es necesario efectuar ciertas precisiones. Por un lado, aunque en sus “orígenes la contratación electrónica nació estrechamente vinculada a los medios de comunicación a distancia o telecomunicaciones, consideramos que hoy no existe una relación de necesidad entre ambos supuestos, al menos en términos absolutos”. En la misma línea, se ha establecido que “tal tesis se sustenta en la actual regulación del documento electrónico, la firma digital y, en síntesis, lo que

⁴⁵¹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵² PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

podemos denominar hoy como la incipiente teoría de la prueba literal electrónica, que permite en la actualidad y, aún más en el futuro, concebir la utilización de medios electrónicos para la contratación entre presentes, por ejemplo, firmando un contrato por medio de la suscripción digital con el objeto de enviar copia certificada del mismo en forma inmediata por Internet a otros lugares o, simplemente debido a la circunstancia de que los sistemas de almacenamiento documental se van transformando paulatinamente para acomodarse más al documento contenido en formato electrónico que al contenido en soporte papel, por lo que resultará en muchos casos más adecuada la modalidad de soporte documental electrónica a las clásicas”⁴⁵³.

A su vez, dentro del último tiempo se ha hecho distinción entre los contratos electrónicamente consentidos⁴⁵⁴ y los contratos electrónicos en sentido estricto⁴⁵⁵, distinción que sólo indicamos, ya que excede nuestro estudio.

Junto con lo anterior, y en estrecha relación con lo referido a la clasificación entre contratos entre presentes o entre ausentes, surge una nueva categoría que distingue entre contratos *on line*⁴⁵⁶ y contratos *off line*⁴⁵⁷. Dicha categoría, se

⁴⁵³ El autor nos señala, que respecto de este tema, “el problema como tendremos oportunidad de analizar más a fondo, cuando analicemos en el presente capítulo la circunstancia de si la contratación efectuada por medio de las nuevas tecnologías es una contratación entre ausentes o presentes, ofrece numerosas variables de complejidad. Es así como dos personas que contaran con firma electrónica y residieran en la misma ciudad- pudieran optar por el contrato electrónico para evitar el desplazamiento a un lugar común para suscribir de forma manuscrita el documento en que conste el negocio”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁴ El autor señala que “contratos electrónicamente consentidos son aquellos en los que las nuevas tecnologías han sido utilizadas fundamentalmente como vehículo de transmisión de la voluntad y, por tanto, en su caso, para la formación del consentimiento, correspondiendo en líneas generales lo que se ha denominado *contratos electrónicos en sentido restringido*”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁵ El mismo autor nos señala que la segunda categoría propuesta “es aquella categoría posibilitada por la aparición de los avances introducidos por la legislación sobre firma electrónica - suscripción electrónica, cifrado de documentos, certificación electrónica, etc.-, aspectos técnicos que permiten que negocios jurídicos consentidos a distancia puedan archivarse, transmitirse y suscribirse de manera electrónica”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁶ El autor citado nos señala que “se entiende habitualmente por contrato electrónico interactivo u *online* aquellos contratos perfeccionados mediante una tecnología que pueda adscribirse al concepto de *nuevas tecnologías* y que, por lo mismo, permita un proceso de comunicación continuo o no interrumpido entre las partes, procedimiento que también ha sido denominado en tiempo real. En tal sentido, pueden ser considerados contratos electrónicos interactivos los perfeccionados mediante la utilización del Chat, la telefonía IP y la videoconferencia por Internet”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

establece en gran parte, en consideración a la posibilidad de efectuar una comunicación continua e ininterrumpida entre las partes⁴⁵⁸. En base a las características del contrato *on line*, se ha sostenido que "esa presencia real de la voluntad de los sujetos tanto en el instante originario del sinalagma genético como en el desenvolvimiento del sinalagma funcional del negocio jurídico bilateral, produce unos efectos jurídicos decisivos que se aproximan al contrato en Internet mucho más al negocio jurídico convencional que a la transacción informatizada"⁴⁵⁹.

2.1. Fase precontractual.

⁴⁵⁷ El mismo autor, señala que "se entiende por contratos electrónicos no interactivos u *off line* a aquellos perfeccionados mediante un proceso perteneciente a las nuevas tecnologías que no permite un proceso de comunicación continuo entre las partes o en tiempo real. Este proceso se caracteriza por el hecho de que el consentimiento se forma por una serie de comunicaciones que mantienen las partes, separadas unas de otras por un período de tiempo perfectamente distinguible. Sería un ejemplo clásico de contrato electrónico no interactivo u *off line* aquel perfeccionado a través del correo electrónico". PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁸ El autor citado, nos señala que "con todo, debe hacerse una prevención de carácter técnica a la categoría de los contratos *on line* generados a través de las nuevas tecnologías en relación a su predecesora: la comunicación telefónica tradicional. Tal prevención dice relación con el hecho de que ya ha transcurrido bastante tiempo desde que la comunicación telefónica desbarató, en algún sentido, las reglas clásicas relativas a la contratación entre presentes y ausentes, y fue calificada, a pesar de la ausencia física de las partes como una especie de comunicación entre presentes. Ello ocurrió, en derecho extranjero, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de enero de 1948, resolución respecto de la cual la doctrina española considera que el criterio inspirador del razonamiento utilizado en dicha resolución judicial se encuentra en el hecho de que en la comunicación telefónica existe un proceso comunicativo ininterrumpido, y que hoy se aplica para establecer, precisamente, la distinción entre contratos electrónicos *on line* y *off line*. No obstante, lo que queremos dejar establecido es que la comunicación vía Internet, ya sea por chat, videoconferencia o telefonía IP presenta características técnicas que la diferencian de la telefonía tradicional ya que en esta última existe un canal de comunicación exclusivo e ininterrumpido entre los conferenciantes, mientras que en la telefonía IP, chat o videoconferencia no sucede lo mismo, pues técnicamente en las comunicaciones vía Internet, incluso las *on line*, no existe un canal de comunicación exclusivo y abierto permanentemente para los conferenciantes, sino que, por ejemplo en el caso de la telefonía IP, cada vez que una parte habla, tal información se digitaliza (1-0) y se envía por paquetes a través de Internet, cada uno de los cuales puede seguir rutas diferentes para llegar a ser escuchado en el computador del receptor. De tal modo que en la clase de comunicación comentada puede considerarse que se producen interrupciones generalmente breves, explicadas más bien por el silencio que puede mantener durante algunos instantes una de las partes. Por todo lo señalado, según ha dicho Vila, en algunos aspectos la telefonía IP puede parecerse más al correo postal que a la telefonía tradicional y, evidentemente el correo postal no es interactivo". PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁵⁹ MATEU DE ROS, Rafael (2000): op. cit. pp. 43.

Al igual que dentro de la contratación tradicional, el tratamiento del tema en cuestión no ha sido pacífico. A este respecto, dentro de la contratación electrónica adquiere gran relevancia el denominado *deber de información precontractual*, el cual presenta, dentro de este tipo de contratación, un rol de carácter más amplio que el que se le atribuye usualmente en la teoría negocial jurídica clásica.

2.1.1. El deber de información previa.

El citado deber de información se transforma en un elemento gravitante, principalmente en lo relativo a la protección del consumidor, donde se considera que la información juega un papel esencial. De hecho, muchos de los estudios sobre la información precontractual se enfocan desde esta perspectiva o la tienen presente.

Se sostuvo, en sus inicios, que la contratación electrónica era por regla general una especie contractual a distancia⁴⁶⁰. En atención a ello, Cendoya ha señalado que la "necesaria información previa en la celebración del contrato debe ser minuciosa cuando se trate de contratos realizados a través de la Web por cuanto el cliente no ve por sí mismo ni al proveedor, ni el establecimiento, ni al producto"⁴⁶¹. El deber de información en este caso, no se justifica en base a lo inicialmente señalado, la distancia física entre contratantes, sino que se configura por la necesaria protección que se le debe brindar a dos partes que se

⁴⁶⁰ El autor explica lo anteriormente referido, señalando que "a pesar de que usualmente se trata la contratación electrónica como una clase de contratación siempre a distancia, se debe ser cauteloso, ya que la aparición y desarrollo de la firma electrónica y, en el futuro, probablemente del documento público electrónico, podrá llevar a muchas personas a preferir el formato electrónico para la contratación, antes que los tradicionales. Por eso preferimos señalar que la contratación electrónica, es por regla general, una clase de contratación a distancia. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁶¹ CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (2000) "*La Protección de los Consumidores en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*". (Pamplona, España, Ed. Aranzadi) pp. 137.

desconocen la una de la otra. Esta "despersonalización" de la contratación electrónica, "dice relación con el hecho de que en una gran cantidad de casos los sujetos que negocian por medio de las nuevas tecnologías no se conocen, no se ven, ni se escuchan, por lo que la información que naturalmente pueden obtener es mínima"⁹. Asimismo, "los efectos de la despersonalización de las relaciones negociales electrónicas son más graves aún, si se considera la dimensión internacional del comercio electrónico y, por lo tanto, la presencia de un grado de dificultad mayor cuando se trata de conseguir información sobre el proceso comercial"⁴⁶².

En nuestro país, el tratamiento relativo a esta materia, ha resultado a través de la aplicación de disposiciones establecidas dentro de la ley 19.496, sobre protección de los Derechos de los Consumidores y en su modificación establecida por la ley 19.955. En primer lugar, en su artículo 3, se señala que: "*son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;*". A su vez, el artículo 32 de la misma ley señala que "*la información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida*". También, el artículo 33 dispone que la "*información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al*

⁴⁶² Ahí señala el autor que "*el deber de información del proveedor debe hallarse contractualizado a través de las cláusulas oportunas del contrato electrónico. Las cláusulas de información, han de reflejar la identidad y las características institucionales de la entidad (algo esencial en la contratación por Internet con residentes en otros países), el objeto y efectos del contrato, los medios de pago admitidos y, por supuesto, los derechos y garantías del cliente*". MATEU DE ROS, Rafael (2000): op. cit. pp. 50.

consumidor". Como se puede apreciar, dichos preceptos resultan plenamente aplicables a materias electrónicas.

En cuanto a la contratación electrónica, en específico, la misma Ley del Consumidor en su nuevo artículo 12 A, al cual ya nos hemos referido, establece que: *"el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos"*. En base a la lectura del precepto anterior, es posible aseverar, como se ha hecho, "que el contratante electrónico debe ser informado en términos explícitos de las condiciones de la contratación y, además, debe haber tenido la posibilidad de almacenar o imprimir tal información, de lo contrario, la sanción será, según declara el legislador, que el consentimiento no se entenderá formado y, en consecuencia, el contrato será inexistente"⁴⁶³.

Lo anteriormente señalado, será plenamente aplicable, sin perjuicio, de la normativa sobre protección de la vida privada, aplicable a los procesos de contratación en que se utilicen bases de datos.

Desde un punto de vista práctico, como ya se ha indicado dentro de este capítulo, Mariliana Rico estima "que podría entenderse cumplida la exigencia legal de información previa si en la página web se insertase una pantalla de visualización obligatoria que impidiese acceder al formulario contractual sin antes pasar por aquélla, presumiéndose así que el adherente tiene un conocimiento efectivo de las mismas"⁴⁶⁴.

En la misma línea, Mateu de Ros considera que: "La puesta a disposición telemática de las informaciones relevantes del contrato, unida a la aquiescencia

⁴⁶³ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁶⁴ RICO CARRILLO, Mariliana (2000). "La Oferta y la Aceptación en la Contratación Electrónica", en *Revista Electrónica de Derecho Informático* (Madrid, España, Ed. Vlex) disponible en <http://vlex.com/redi>. [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

del cliente, representan justificación suficiente del cumplimiento de los deberes de información del proveedor"⁴⁶⁵.

En el supuesto de la entrega de información falsa o inexacta, el proveedor estará infringiendo el deber consagrado en el artículo 12 de la Ley del Consumidor. Ante esto reciben plena aplicación los principios generales del Derecho Civil, a saber, la ley del Contrato (art. 1545) y principio de la buena fe en materia contractual (art. 1546).

3. Formación del consentimiento.

Al igual que en cuanto a la concepción tradicional del negocio jurídico, en materias electrónicas, el consentimiento se formará en base al concurso de la oferta y de la correlativa aceptación. Como se ha sostenido, a este respecto y en base a una "visión *a priori* del asunto (queda en) evidencia la existencia de múltiples aspectos que pudieran considerarse conflictivos si se los trata de comprender de acuerdo a los criterios que han venido aplicándose a la formación del consentimiento en la teoría clásica del negocio jurídico"⁴⁶⁶.

Será necesario entonces, referirnos a las particularidades de la contratación electrónica. Volver a tratar las materias abordadas en capítulos anteriores, sería a este respecto, redundante y aburrido para el lector. Es por ello que nos referiremos solamente a los aspectos novedosos o particulares, que requieren de un interés especial. El lector deberá asumir que, respecto de los demás temas, se aplica íntegramente lo ya establecido establecido dentro de este trabajo.

En lo que respecta a la oferta electrónica ésta debe cumplir todos los requisitos que han sido formulados tradicionalmente en doctrina para tal elemento

⁴⁶⁵ MATEU DE ROS, Rafael (2000): op. cit. pp. 48.

⁴⁶⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

de la formación del consentimiento, en tal sentido, no se detectan mayores diferencias con la regulación clásica de la formación del consentimiento

A su vez, en cuanto a la legislación electrónica, la normativa es muy escasa, reduciéndose, casi de manera única, a la ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación y, también, a las leyes 19.955, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

3.1. Oferta electrónica.

Frente a este tema, debemos establecer, en primer lugar, si dicha oferta requiere, necesariamente, revestir el carácter de electrónica, en el sentido ya fijado. A este respecto se ha sostenido que “está claro que si la oferta y la aceptación se producen por cualquier medio electrónico estaremos dentro del contexto del negocio jurídico electrónico, mientras que si ambas se expresan a través de medios tradicionales nos situaremos fuera del contexto de las nuevas tecnologías, pero ¿qué sucede si sólo la oferta o sólo la aceptación es electrónica?”⁴⁶⁷

Dicha interrogante, ha sido resuelta por la doctrina señalando “que si la oferta es electrónica y la aceptación no lo es, el contrato no tendrá la calidad de electrónico ya que lo esencial será que el perfeccionamiento del contrato sea electrónico y eso ocurrirá en el momento de la aceptación de la oferta”⁴⁶⁸. La respuesta es simple: la oferta no necesariamente debe ser electrónica.

En cuanto a la relación existente entre la oferta y la publicidad, la ley 19.955 define qué debe entenderse por este último concepto, dentro del número 4° de su artículo 1. Dicho precepto establece que ésta es la comunicación que el proveedor

⁴⁶⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁶⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.

En consideración a lo anterior, en el artículo 12 de la Ley de Protección al Consumidor ya citada, se prescribe que "todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio". Dicho precepto consagra lo que se ha denominado la integración publicitaria del contrato, principio en base al cual, "todas las características de un bien o servicio ofrecidas por medio de la publicidad son plenamente exigibles por el destinatario de tal anuncio tal como si cada una de los elementos que han conformado la información publicitaria sean, en definitiva, consideradas como un cláusula más del contrato entre las partes"⁴⁶⁹.

En base a lo anterior, se ha sostenido que "la responsabilidad por la información falsa entregada fuera del ámbito del consumo en su publicidad podrá, teóricamente, ser perseguida civilmente en virtud de la regulación de los vicios del consentimiento; error o dolo, o en su defecto por vía de una demanda de indemnización de perjuicios por culpa *in contrahendo*, claro que para ello será necesario cumplir todos los requisitos exigidos por la ley para accionar por tal vía."⁴⁷⁰

En cuanto a la definición de oferta electrónica propiamente tal, la ley 19.799, no contiene disposiciones que se pudieran considerar vinculadas al tema de la oferta electrónica, "al contrario de lo que sucede en Europa, en donde la normativa sobre comercio electrónico sí las contiene. Es así como el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico"⁴⁷¹ impone a

⁴⁶⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁷⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁷¹ Se ha sostenido "que la mencionada Directiva tiene un doble propósito: por una parte estimular el comercio electrónico y por la otra colaborar en la protección del contratante electrónico frente a las nuevas tecnologías de la información, en tal sentido, en su considerando segundo expresa que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información: "*ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea,* ", sino que

los servicios de la sociedad de la información la obligación de suministrar información relativa a los precios de sus bienes o servicios ofertados; "claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y gastos de envío"⁴⁷².

A su vez, el artículo 6 de la directiva europea, exige que las comunicaciones comerciales sean claramente identificables como tales y, además, sea manifiestamente identificable la persona que la emite. Junto con ello, "las ofertas, concursos y juegos promocionales además de deber ser, también, claramente identificables como tales, deben ser fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca"⁴⁷³.

A su vez, la ley 19.955, en lo referido a la oferta, además de lo ya señalado en cuanto a la sanción a la publicidad falsa o engañosa, establece y delimita a este respecto la denominada información básica comercial. Esta última corresponde a datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica. Dicha información comercial debe, además, ser objetiva y neutra. Esto último la diferencia de la publicidad, la que, por su propia naturaleza, posee componentes persuasivos, dado que el objetivo de la misma es vender un determinado bien o servicio lucrando a través de ello. Lo anterior se encuentra contenido en los artículos 32⁴⁷⁴, 33⁴⁷⁵ y el ya citado artículo 12 A de la misma ley.

también, como expresa la Directiva en su epígrafe, regula "*determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*", entre los cuales se encuentran algunos que se traducen en el perfeccionamiento de la tutela jurídica que la normativa comunitaria otorga al consumidor. Como prueba del perfeccionamiento del nivel de tutela jurídica que la Directiva en ocasiones ofrece al consumidor, es posible encontrar en varias de sus artículos disposiciones en dicho sentido, como cuando al determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, prescribe que el control de los servicios debe hacerse en el origen de la actividad "*para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales*"; o cuando fija las obligaciones que deben ser respetadas por las comunicaciones comerciales en la sociedad de la información, e indica que todo ello se exige *en beneficio del consumidor*; como también, finalmente, al establecer normas sobre transparencia de los precios, entre muchas otras materias reguladas orgánicamente". PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁷² PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁷³ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁷⁴ Ahí se establece que "información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y

3.2. La aceptación electrónica.

La aceptación es el segundo y más importante elemento para la formación del consentimiento electrónico. Su tratamiento ha sido efectuado de manera exhaustiva dentro de los capítulos anteriores, por lo que, al igual que en cuanto a la oferta, nos remitiremos solamente a las particularidades que esta manifestación de voluntad tiene en su variante electrónica.

Como punto de partida, cabe señalar que ella deberá formularse necesariamente a través de medios electrónicos⁴⁷⁶, ya que, como se dijo, ello determina el carácter electrónico del contrato.

En cuanto a la normativa que rige la materia, será necesario hacer una constante referencia al derecho comparado. Ello, debido al insuficiente tratamiento que brinda al respecto nuestra legislación. En lo relativo a la formación del contrato electrónico, dentro de la legislación de la Unión Europea, el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico dispone que: *"El prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica. Se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos"*. El apartado 3 del mismo artículo, en cambio, señala que sus párrafos 1 y 2 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente, excepción que, como se ha

garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país".

⁴⁷⁵ El "artículo 33 de la misma Ley, por su parte, exige que la información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor. Expresiones tales como «garantizado» y «garantía», sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas".

⁴⁷⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

sostenido, “se explica debido a la circunstancia de que las exigencias formuladas en los apartados 1 y 2, del artículo 11, han sido ideadas para el comercio electrónico realizado por Internet a través de páginas Web u otros medios equivalentes *on line*-, y no para sistemas comunicacionales *off line*-, como es el caso de la comunicación vía correo electrónico”⁴⁷⁷.

En cuanto al sistema de acuse de recibo o aceptación consagrado en el artículo 11 de la Directiva, un autor se pregunta “¿cómo se practica y qué contenido ha de tener la notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio?”⁴⁷⁸ La respuesta a la pregunta, es que ella debe hacerse por vía electrónica y, por vía electrónica debe entenderse, lo dispuesto por la Directiva 98/48/CE modificatoria de la Directiva 98/34/CE, tema ya tratado dentro de la oferta electrónica.

Con todo, como se ha sostenido “el legislador comunitario no regula expresamente una modalidad específica electrónica a través de la cual deba hacerse el mencionado acuse de recibo por lo que forzoso será concluir que si la ley no distingue no cabe hacerlo al intérprete pudiendo, en consecuencia, hacerse tal acuse por medio de cualquier medio de comunicación electrónico”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁷⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁷⁹ Se ha sostenido que “a pesar de que la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico discurre sobre la idea de que el acuse de recibo puede hacerse por correo electrónico, ésta no es la única forma electrónica en que es posible hacerlo”. Así es como ALCARAZ CARSÍ propone como ejemplo otra forma de acusar recibo electrónicamente: “*Pensemos por un momento que el usuario -destinatario del servicio- al clicar el botón de comando Aceptar del formulario de pedido podría por ej. estar invocando a una rutina CGI -presente en el código de la página del formulario, la cual automáticamente enviaría desde el host a la memoria de su máquina un nuevo documento htm del prestador del servicio, documento genérico de agradecimiento que al mismo tiempo podría dar cumplimiento a la obligación de notificar el acuse de recibo. Cabría imaginarlo así: <Estimado Sr. o Sra. Su pedido ha sido recibido con éxito. Envíenos, por favor, a continuación un e-mail a nuestra dirección xxxx@xxxxx.xxx escribiendo en el título del mismo:<CONFIRMACIÓN PEDIDO> y dejando en blanco el cuerpo del mensaje. Gracias por confiar en nosotros. Reciba un cordial saludo. X, director de laempresa.com*”, ALCARAZ CARSÍ, Juan Ignacio (2000): “Breve comentario sobre la notificación del acuse de recibo del prestador de servicios ex art. 11 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior” (Madrid, España, Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 21. Ed. Vlex) disponible online en <http://publicaciones.derecho.org/redi>. [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

En cuanto al contenido que ha de tener la notificación que debe efectuar el prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario “se puede afirmar que éste no se encuentra determinado por el legislador por lo que habrá que concluir que será suficiente cualquier comunicación en que, identificándose inequívocamente la transacción, se haga saber al destinatario el hecho de haber recibido el pedido lo que constituiría para todos los efectos legales su aceptación, considerándose desde ese momento perfeccionado el consentimiento y, por tanto, el negocio jurídico”⁴⁸⁰.

Como se puede apreciar, la normativa europea es, a este respecto, bastante más adecuada, mas no perfecta.

3.3. Aceptación electrónica y condiciones generales de contratación.

La aparición de contratación en masa efectuada a través de condiciones generales de contratación ha generado la necesidad de procurar entregar la adecuada protección a la parte más débil del contrato. Ello se justifica, como ya se ha señalado, por la evidente disparidad en cuanto a la capacidad de negociación de ambas partes.

Dentro de los instrumentos jurídicos que se utilizan para limitar los abusos dentro de esta clase de contratación, encontramos “la elaboración de un conjunto de normas tendentes a asegurar que las condiciones generales sean utilizadas dentro de los parámetros de la buena fe contractual, que el adherente haya conocido efectivamente las condiciones generales y que haya dado su consentimiento en términos explícitos aceptando las mismas, destacando, por tanto, la consagración del denominado deber de información”⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁸¹A este respecto, se ha sostenido que "los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial", GÓMEZ CALLE,

En concordancia con lo anterior, y dentro del mismo ámbito comunitario europeo, “puede destacarse la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma que dispone en su artículo 3.1, que las cláusulas contractuales que no se hubieran negociado individualmente se considerarían abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”⁴⁸².

En Chile, respecto de la ley 19.955⁴⁸³, se ha indicado que “entre sus objetivos principales ha estado el de legitimar la contratación por medio de la adhesión a condiciones generales, de la facultad del empresario de redactarlas y de la posición del consumidor de aceptarlas pura y simplemente, contemplando normas de orden público de protección que fijan requisitos de validez del contrato por adhesión, referidos al cumplimiento de ciertas formalidades y a la prohibición de algunas estipulaciones, sancionando con nulidad absoluta su vulneración”⁴⁸⁴. Es decir, se configuran una serie de normas, de orden público, que buscan proteger a quien se presenta como más débil en cuanto este no puede proponer los términos sino sólo aceptarlos. De ser contravenida esta normativa, como sanción más graves, el ordenamiento jurídico dispone que el contrato será nulo absolutamente.

Esther (1994) “*Los Deberes Precontractuales de Información*” (Madrid, España, Editorial La Ley) pp. 15

⁴⁸² PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁸³ A este respecto, es la ley 19.955 la que nos ofrece la “perspectiva más interesante de análisis respecto de esta, sin olvidar, el importante rol que puede cumplir tal Ley en la analogía e interpretación analógica que pueda hacer el intérprete en otras clases de relaciones como las entre comerciantes b2b- y netamente civiles que no pudieran encuadrarse como de consumo- debido a lo antiguo de los Códigos que rigen tales materias, el silencio que guarda el Código Civil sobre la formación del consentimiento, así como la especialidad y complejidad de la realidad electrónica que hace muy difícil, por no decir imposible, su plena aplicación a la resolución de problemas derivados de las nuevas tecnologías de la información”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁸⁴ Tapia, Mauricio Y Valdivia O., José M. en PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

A su vez, el artículo 12 A⁴⁸⁵ de la ley del consumidor requiere el cumplimiento de una serie de deberes de información precontractuales, tema ya abordado dentro de este estudio, los cuales, de ser omitidos, derivarán el inexistencia del contrato. Ello, pues dentro del precepto al cual hemos hecho referencia se prescribe que *"el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente..."*.

Junto con lo anterior, la sola visita al sitio de Internet no puede imponer al consumidor obligación alguna, *"a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor"*. Es decir, la voluntad debe ser *"concluyente -facta concludentia-*, en el sentido de inequívoca y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada"⁴⁸⁶.

En relación a esto último, y como ya se ha señalado en reiteradas ocasiones dentro del presente trabajo, *"la calificación fáctica del carácter concluyente de un determinado comportamiento -en caso de desacuerdo entre las partes- será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello a las reglas de la lógica, toda vez que la determinación de la voluntad tácita consiste en un proceso de inferencia o deducción a partir de determinadas premisas, configuradas en éste caso, por el comportamiento del sujeto"*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ "Artículo 12 A.- En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos. La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor. Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato"

⁴⁸⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

⁴⁸⁷ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte II op. cit. pp. Online.

3.4. Perfeccionamiento del contrato electrónico.

En base a lo señalado dentro de este capítulo, se ha sostenido por diversos autores la “insuficiencia de los conceptos clásicos para explicar adecuadamente las hipótesis de contratación electrónica, en el sentido que en tal modalidad contractual carece de sentido, bajo algunos aspectos, el calificar un determinado negocio como celebrado entre ausentes o entre presentes”⁴⁸⁸.

Sin embargo, considerando las características generales de simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales mediante nuevas tecnologías estaríamos en presencia, según los cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes. Ello reviste gran importancia en lo relativo a determinar, con precisión, el perfeccionamiento del contrato, en este caso, electrónico. Ello se ha entendido “como regla general que admite excepciones en atención a las diversas características de los diferentes medios pertenecientes a las tecnologías de la información”⁴⁸⁹.

Lo cierto es que, al decir que “los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes, lo que estamos afirmando realmente es que los consideramos o asimilamos a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues, la realidad será que, en la gran mayoría de los casos, las partes se encuentran ausentes”⁴⁹⁰. En base a tal asimilación, y teniendo en consideración las particularidades, adaptables, de cada medio electrónico de declaración de voluntad, podemos encontrar respuesta satisfactoria en cuanto a la determinación del perfeccionamiento del contrato. A su vez, debe considerarse a este respecto, el innegable aporte que representa para los medios electrónicos, en general, y para las nuevas tecnologías de la información, en particular, la teoría de la recepción contenida dentro de los cuerpos que buscan uniformar el derecho mercantil internacional, en especial en cuanto a la

⁴⁸⁸ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁸⁹ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

⁴⁹⁰ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

Convención de Viena. Los problemas que se han suscitado al respecto, han sido de carácter más bien técnico, por lo que su solución debiera provenir desde ese sector, más que del jurídico, el cual reviste en este punto, caracteres de precisión y determinación suficientes. Sin embargo, lo señalado no ha representado un tema pacífico para la doctrina.

3.4.1. Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico.

En cuanto a este punto, dentro de nuestra legislación, la ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica no contiene disposiciones aplicables al tema, lo que revela, una vez más, el considerable atraso que presenta nuestro ordenamiento jurídico en esta área.

Ilustrativo sobre este punto resulta la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. En su artículo 11 número 1, al referirse al *acuse de recibo*, tal directiva prescribe que el prestador de servicios “deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica”, y “que se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen hayan podido tener acceso a los mismos, optando la mencionada Directiva por una solución que puede ser adscrita dentro de la teoría de la recepción”⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Se sostiene en nota explicativa al efecto, que “la génesis del artículo 11, de la Directiva ha sido accidentada, ya que ha debido enfrentar diversas propuestas de redacción fruto de las diferencias de criterios entre los Estados miembros en lo relativo al instante y, a los pasos previos necesarios para entender perfeccionado el contrato realizado vía electrónica. La primera redacción del citado artículo, modificada posteriormente por el Parlamento en su enmienda 42 de la propuesta de Directiva, pretendía armonizar el momento de la conclusión del contrato celebrado por medios electrónicos exigiendo un sistema de doble acuse de recibo. El sistema fue simplificado por la mencionada enmienda 42 del Parlamento Europeo, en el sentido de que el contrato debería considerarse concluido cuando el prestador de servicios hubiera enviado el acuse de recibo de la aceptación del receptor. Este nuevo sistema eliminó el último acuse de recibo que debía hacer el destinatario del servicio -usuario-, suponiendo concluido el contrato con el acuse de recibo que el prestador debe hacer del pedido del cliente. El sistema originalmente propuesto, si bien ganaba en seguridad jurídica, hacía más lento y complejo el proceso de negociación, pareciendo más adecuado el sistema simplificado por el cual finalmente se ha optado”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

En cuanto a la contratación internacional electrónica, como ya se señaló en variadas oportunidades, la Convención de Viena, al igual que otros sistemas unificadores⁴⁹², adscribe a la teoría de la recepción, al prescribir en su artículo 18.2, que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, dentro del plazo fijado por las partes o dentro de lo que la Convención denomina “plazo razonable”, considerando todas las disposiciones aplicables al efecto, ya señaladas en capítulos anteriores.

Hoy en día, existe una tendencia doctrinal mayoritaria, a adoptar la teoría de la recepción, lo que, a su vez, ha encontrado gran respaldo normativo internacional⁴⁹³. Esto último debe, a nuestro entender, ser considerado como referente al momento de cualquier reforma que se pretenda iniciar dentro de nuestro país. Ello resulta plenamente concordante con lo expresado en capítulos anteriores, dejando de manifiesto las innegables consecuencias negativas que nos ha entregado la teoría de la declaración, en consideración a las bondades manifiestas de la teoría de la recepción establecida en la Convención de Viena.

3.4.2. Lugar de formación del consentimiento electrónico.

Como se ha sostenido acertadamente “son múltiples los problemas que ofrece la contratación electrónica para la fijación del lugar de celebración del

⁴⁹²Este criterio, se encuentra a su vez en el artículo 2:205 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en el que bajo el epígrafe de: "*Time of Conclusion of the Contract*", se señala en su apartado 1º que, si una aceptación ha sido enviada por el destinatario de la oferta se concluye el contrato cuando la aceptación llega al oferente". En los principios UNIDROIT, de similar manera, se dispone en su artículo 1.9 que: "la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien va dirigida" y, "se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal", acogiéndose, por tanto, también el criterio conceptualizado como teoría de la recepción.

⁴⁹³ CAVANILLAS señala que "no es casualidad que varios de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como norteamericanos, se inclinan por la adopción de la teoría de la recepción". Asimismo ROGEL "Recepción. Digamos, desde ahora, que es la tesis más aplaudida por la doctrina, siendo predicada, por cuanto me resulta y a mayor abundamiento, en la Convención de Viena sobre compraventa internacional e integrada en los principios predicados por UNIDROIT". Ambos en PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): Parte III op. cit. pp. Online.

contrato, ello debido, principalmente, a su marcado carácter internacional y al hecho de que al concepto de domicilio físico de un usuario de las nuevas tecnologías hoy día puede agregarse el relativo al domicilio informático o electrónico del usuario, lo que agrega un elemento de confusión más al problema anunciado⁴⁹⁴.

A este respecto, y en concordancia a lo ya establecido en cuanto a la Convención de Viena, la doctrina actual parece estar de acuerdo en torno a establecer la primacía de la denominada *autonomía conflictual*. En base a ésta, el contrato será regido por la voluntad expresada a este respecto por las partes contratantes. Si las partes, en cambio, nada dicen al respecto, sólo en ese instante buscaremos establecer cuál es la legislación aplicable al caso concreto.

Como correctamente se ha sostenido, “el lugar de celebración del contrato tendrá, entonces, una aplicación subsidiaria como factor de conexión⁴⁹⁵. La apreciación anterior no gozará de plena aplicación en los casos en que sean aplicables las normas establecidas, en los diferentes Estados, respecto de la protección al consumidor, ya que éstas son consideradas de orden público⁴⁹⁶, y por ende, indisponibles para las partes. Es decir, ellas quedan excluidas de la autonomía conflictual. De no ser así, ellas carecerían de operatividad, cuestión a todas luces evitable, en consideración a la dispar capacidad de negociación que presentan las partes en su contratación. Ello encuentra correlación con lo

⁴⁹⁴ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): “La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico.” Revista *Ius et Praxis* Versión On Line ISSN: 0718-0012 disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100009&script=sci_arttext [Última visita: 21 de Diciembre de 2010] Volumen 12 número 1. (Talca, Chile) pp. 215-231

⁴⁹⁵ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

⁴⁹⁶ Se ha establecido que “el Derecho de consumo es de orden público, ya que sus disposiciones no han sido establecidas en el sólo interés del individuo, sino que su cumplimiento interesa a toda la sociedad y, por tanto, a la autoridad pública en su rol de garante de los intereses públicos, ya que sus normas son, generalmente, protectoras de una gran cantidad de individuos: los consumidores. Como las facultades que concede el derecho del consumo no han sido otorgadas en el sólo interés del consumidor individualmente considerado- no puede éste renunciar a aquellas prerrogativas, que por su trascendencia y generalidad son elementales para el buen comportamiento de la economía y el respeto de derechos básicos de la persona”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

establecido en el artículo 4 de la ley 19.955⁴⁹⁷, ley que, además, en su artículo 50 A, fija el tribunal competente⁴⁹⁸.

En cuanto a la legislación comparada, el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales establece en primer término, en su artículo 3.1⁴⁹⁹, que la ley que regirá el contrato, será la fijada por las partes. De no configurarse ello, debemos recurrir a lo establecido en el artículo 4.2⁵⁰⁰, y en defecto de éste al artículo 4.3⁵⁰¹ o el 4.4⁵⁰² respectivamente. Sin embargo, “las normas del mencionado instrumento internacional se aplican, por disposición expresa, a los contratos de consumo”⁵⁰³.

A este respecto, es importante, señalar, que la corriente actual, dentro del derecho internacional privado, “en reemplazo del lugar de celebración, emplea factores de conexión (...) (que) pertenecen a la categoría de los *factores abiertos* pues, contrariamente a lo que ocurre con los *factores de conexión cerrados*, presentan una cierta flexibilidad, valorada en cuanto permite asegurar

⁴⁹⁷ Ahí se establece que “los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”.

⁴⁹⁸ Ahí se establece que “los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor”

⁴⁹⁹ “Artículo 3. Libertad de elección 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

⁵⁰⁰ “Artículo 4.2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”

⁵⁰¹ “Artículo 4.3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país”

⁵⁰² “Artículo 4. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

⁵⁰³ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

una determinación del derecho aplicable realmente más conectado con el contrato”⁵⁰⁴.

Al respecto, se ha propuesto una fórmula como la siguiente: “el negocio electrónico se entenderá perfeccionado en el lugar que las partes acuerden; en defecto de elección el lugar de perfeccionamiento será aquél con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de normas imperativas de protección de la parte más débil -v. gr. el consumidor -en caso de considerarse necesarias”⁵⁰⁵.

Por otra parte, correctamente se ha sostenido que “debe abandonarse el principio, al menos como criterio de carácter general, que estima que en nuestro caso el de la aceptación electrónica, el que corresponde al del punto donde se encuentra ubicado el computador desde el cual se ha transmitido dicha aceptación, y resolverse tal cuestión de acuerdo a las pautas generales contenidas en las reglas para la formación del consentimiento, por lo que deberá considerarse que el lugar desde el que se ha hecho la oferta o la aceptación es aquél donde se ha exteriorizado la voluntad con el propósito serio de obligarse”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ A este respecto se señala que “estos factores abiertos son una respuesta del ordenamiento jurídico a la incertidumbre en torno al lugar de celebración del contrato, tanto por la dificultad de precisarla, cuanto por la circunstancia de que, incluso determinado, puede no reflejar el “asiento natural” de la relación jurídica. Esta respuesta, bien puede emplearse en un ámbito más amplio que el del derecho internacional privado, por ejemplo, como mecanismo general de determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato”. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

⁵⁰⁵ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

⁵⁰⁶ PINOCHET OLAVE, Ruperto (2006): op. cit. pp. Online.

CAPÍTULO CUARTO
CRITICAS AL SISTEMA CHILENO
Propuesta de reformas

SUMARIO.

Introducción. 1. La oferta. 2. Forma de las declaraciones de voluntad. 3. Aceptación. 4. Contratos de consumo.

Introducción.

A través de la simple lectura de lo expuesto hasta el momento dentro de esta obra, saltan a la vista una serie de diferencias sustanciales entre lo dispuesto dentro del texto vienés y lo establecido en nuestra legislación nacional. La finalidad del capítulo que a continuación se inicia, consiste en resaltar las referidas divergencias estableciendo un paralelo crítico entre ambas. Los resultados obtenidos a través de este ejercicio nos permitirán sentar las bases para arribar a las conclusiones perseguidas, y si es posible, aportar en la generación de alternativas a la problemática existente en la actualidad respecto del tema. Esta comparación será efectuada tomando en consideración la secuencia lógica asumida durante los capítulos anteriores y sólo consideraremos, por motivos de

extensión, aquellas materias en que existan profundas diferencias entre los sistemas.

1. La Oferta.

Nuestra legislación aborda la formación del consentimiento en el Código de Comercio, específicamente dentro de sus artículos 96 a 106. En cuanto a la oferta, ella no encuentra definición expresa, sino que la misma se desprende de las normas citadas, particularmente de lo establecido en los artículos 97, 98 y 105. A este respecto la doctrina nacional nos brinda una serie de definiciones, todas ellas consignadas dentro de capítulos anteriores, por lo que no corresponde aburrir al lector señalándolas nuevamente.

La Convención de Viena en cambio, define a la oferta en su artículo 14⁵⁰⁷. De la lectura del precepto indicado, es posible establecer la existencia de propuestas y ofertas propiamente tales. Podemos establecer que la propuesta de contratar constituye el género, dentro del cual, la oferta es una especie que se verifica al darse cumplimiento a los requisitos establecidos dentro del mismo artículo.

Así se configura entonces una primera gran diferencia entre ambos sistemas: la Convención en cuanto sistema legal, consagra de manera expresa la existencia de un período previo, eventual, como es el de la propuesta, la cual, de cumplir con los requisitos establecidos, da origen a la oferta, elemento trascendental dentro de la lógica de la formación del consentimiento. Esta lógica, establecida por los sistemas occidentales para sistematizar el estudio de la

⁵⁰⁷ “Artículo 14. 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

formación del consentimiento, a través de elementos que lo doten de certeza, recurre a la “secuencia de oferta /contraoferta /aceptación”⁵⁰⁸. Un connotado autor nos indica al respecto, que “las propuestas son proyectos, que se limitan a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato”⁵⁰⁹. Es dentro de esta etapa donde, al darse cumplimiento a los requisitos establecidos para su generación, puede nacer la oferta.

Dentro del Código de Comercio el tema se aborda de manera distinta, ya que si bien el término no es ajeno al cuerpo legal citado, la referencia indistinta que efectúa a términos como oferta y propuesta⁵¹⁰, los hace prácticamente sinónimos. Ello constituye un grave error, pues como mencionamos oportunamente, la secuencia oferta/contraoferta/aceptación, por muy simplista que pueda ser o parecer, nos permite efectuar un análisis necesario de las etapas de la formación del consentimiento. En el caso de la propuesta, al constituir una etapa eventual y anterior a la oferta, ella no encaja formalmente dentro de esta lógica, ya que no se da cumplimiento a los requisitos establecidos para su configuración, por lo que deben ser abordadas de manera distinta. Como ya se hizo hincapié, toda oferta forma parte de lo que debe entenderse como una propuesta, pero no toda propuesta corresponde a una oferta propiamente tal. Asumir que ambas instituciones son sinónimas acarrea consecuencias que impactan a todo el sistema establecido para formación del consentimiento dentro de nuestra legislación interna.

Lo anteriormente descrito se ve agravado al incurrir el legislador en un nuevo error terminológico al establecerse dentro de su artículo 105, la existencia de “ofertas indeterminadas”. Frente a ello, es necesario reiterar que no procede hablar de oferta si la misma no cumple los requisitos establecidos por el mismo Código de Comercio para su verificación. Ello genera incongruencias que impiden la coherencia necesaria de que debe estar dotado todo sistema de formación del consentimiento. Nada ayuda a este respecto, que nuestra doctrina

⁵⁰⁸ BONELL, Michael Joachim (1990) op. cit. pp. 159.

⁵⁰⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 165

⁵¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 88.

mayoritariamente se incline porque el término en cuestión deba ser entendido como “oferta hecha al público en general”⁵¹¹, ni que en esta línea lo entienda también la jurisprudencia⁵¹². Ello porque además de incumplirse con el requisito subjetivo de determinación del destinatario, establecido doctrinariamente para dar cumplimiento al requisito de completitud de la oferta, la misma posee un carácter condicional establecido expresamente en el artículo 105 del Código de Comercio, por cuanto sólo estaremos ante ofertas obligatorias cuando al tiempo de la aceptación de la misma, los objetos o efectos no hubieren sido enajenados, no se haya verificado una alteración en su precio y cuando ellos existan. De la lectura anterior se desprende que no existiría una intención seria de obligarse por el oferente, ya que la “oferta” no obligaría al mismo a dar cumplimiento a lo propuesto, salvo mediando la verificación de las condiciones ya explicitadas. La crítica en este sentido, no apunta al carácter condicional de las ofertas, cuestión plenamente válida en la medida en que se explicita o la ley lo permita, sino al hecho de que no estamos frente a una oferta propiamente tal, dado que no se reúnen los requisitos necesarios para configurarla.

Ante esto, la doctrina uniforme califica acertadamente la institución como una “invitación a hacer ofertas”. Es decir, se reconoce que no estamos ante una oferta propiamente tal, sino que ante una etapa anterior, ligada a una fase precontractual, etapa dotada de una mayor libertad en términos de negociación.

El artículo 105 del Código de Comercio, entendido en base a las precisiones hechas, debería establecer la existencia de “propuestas hechas al público en general”.

En definitiva, mediante el establecimiento expreso de una etapa previa a la oferta, como es aquella referida a la fase propositiva o invitación a hacer ofertas,

⁵¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) op. cit. pp. 89.

⁵¹² Se ha sostenido que “las expresiones *sin compromiso por precios y fecha de entrega* que se contiene en los pedidos de mercaderías hechos de acuerdo con el agente de una casa exportadora y dirigidos a ésta, no tienen fuerza obligatoria entretanto no se perfecciona el contrato interviniendo una nueva declaración de voluntad de dicha casa tendiente a aceptar los precios ofrecidos y a hacer la entrega de los artículos en determinadas fechas”. Corte Suprema, 21 de septiembre de 1933, R. t. XXXI, sec.1ª, p.26.

podemos solucionar una serie de problemas debatidos históricamente dentro de la doctrina nacional. Para ello sería necesario brindar reconocimiento expreso a la existencia de “invitaciones a hacer ofertas” o “propuestas hechas al público en general”. A través de ello, y en concordancia con lo expresado al inicio de este apartado, podremos identificar un marco conceptual aséptico, que nos permita definir correctamente la institución de la oferta, evitando que parezca simplemente una construcción teórica endeble sobre la que se sustenta el concepto mismo del consentimiento, institución sin la cual es imposible formar el acuerdo de voluntades necesario para dar vida a un contrato. Ello redundará en una mejor descripción de sus requisitos, permitiendo tener un conocimiento más acabado de ella.

En concordancia con lo anterior, una nueva gran diferencia respecto de la CV se presenta en cuanto a las exigencias para configurar una oferta. En síntesis, la doctrina nacional ha establecido que ellas son: a) que verse sobre un contrato determinado, b) que revista el carácter de completa, c) que sea seria y d) que se haga a persona determinada. Para efectuar un adecuado análisis comparativo con la CV, alteraremos esta estructura, clasificando dichos requisitos en base a sus elementos. Así, la oferta deberá contar con elementos de carácter volitivo (voluntad firme, de la cual se deriva la seriedad de ésta), subjetivo (persona determinada) y objetivo (contrato determinado y carácter completo de la oferta).

Así, respecto del carácter volitivo, la CV indica que este se satisface al manifestarse la voluntad con intención real y seria de vincularse. En cuanto al requisito subjetivo, el artículo 14 del cuerpo en comento, indica que la oferta debe realizarse a una o más personas determinadas. En cuanto a la última exigencia, el carácter objetivo, el cuerpo vienés establece en el referido artículo, que la oferta debe ser precisa desde un triple punto de vista, pues “basta que se señale las mercaderías y, expresa o tácitamente, señale la cantidad y el precio o prevea un medio para determinarlos”.

A primera vista, pareciera ser que los requisitos en uno u otro sistema son similares, o al menos muy parecidos, pero de un análisis más acucioso, se desprende una respuesta distinta.

Respecto al componente volitivo, el tema no presenta diferencias sustanciales.

Sin embargo, en cuanto al requisito objetivo existen diferencias notorias entre ambos sistemas. Por una parte, nuestra legislación establece como requisito el que ella reúna el carácter de completa pues, como ya se ha establecido, debe contener todos los requisitos esenciales del contrato que se propone, es decir, “debe existir precisión en cuanto a su contenido a objeto de establecer la plena certeza acerca del acto que se pretende celebrar”⁵¹³.

En este punto la Convención fija un requisito distinto, pues se establece que la oferta deberá revestir precisión desde un triple punto de vista, ya que como señala su artículo 14 “basta que se señale las mercaderías y, expresa o tácitamente, señale la cantidad y el precio o prevea un medio para determinarlos”. En base a los análisis de la doctrina, ya citados en el capítulo correspondiente, podemos advertir la existencia de una lógica más flexible que la establecida dentro de nuestra legislación. En ella se privilegia la fluidez del tráfico mercantil, asimismo que se promueve el desarrollo del comercio internacional. Afirmamos lo anterior, en base a que, ante la falta de determinación de los requisitos establecidos, la CV recurre a medios supletorios, buscando ante todo perpetuar el deseo o interés de las partes por configurar el acuerdo de voluntades y llevar a cabo la intención común buscada. En otras palabras, para estar frente una oferta, se exige precisión en cuanto a los elementos ya mencionados. Si alguno de ellos falta, la Convención busca suplirlos en la manera en que le sea posible, sin establecer barreras en una primera línea de acción, al contrario de lo que ocurre en nuestra legislación.

Clarificador a este respecto resulta la exigencia de determinación expresa del precio en ambos sistemas. Las soluciones, como se podrá apreciar, son bastante distintas.

⁵¹³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 10

Ante la ausencia del precio la Convención de Viena establece disposiciones aparentemente incompatibles para la solución del conflicto. Por un lado, el artículo 14.1, en base a la doctrina del *pretium certum*, establece que el precio debe estar determinado o debe, al menos, ser previsto un mecanismo para su determinación. Por otro lado, el artículo 55 indica que cuando el precio no se expresa y no se prevé un medio para su determinación, se entiende que las partes han hecho referencia implícita al precio generalmente cobrado por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil que se trata. Frente a esta aparente incompatibilidad, han surgido posturas divergentes dentro de la doctrina internacional. Como consta en el capítulo dedicado a la Convención, se puede afirmar, que la postura más acertada es aquella que otorga la posibilidad de que, aún cuando el precio no se encuentre determinado de manera precisa o no se haya establecido por las partes un medio para hacerlo, igualmente pueda configurarse una oferta válida que permita, con posterioridad, dar vida al contrato. Ello refleja la importancia, que para la Convención tiene la fluidez en el tráfico internacional. Dicho ordenamiento busca facilitar acuerdos potenciales, generando una vía para su concreción. Es innegable que el fin último que deriva de una reunión inicial de las partes es concluir un negocio que para ambos es beneficioso. Ante esto, ¿por qué poner trabas a la intención común de satisfacción de necesidades?, ¿por qué ir en contra del principio de autonomía de la voluntad cuando lo que se busca es cautelar los derechos y obligaciones de particulares que buscan contratar? En definitiva, creemos que para el caso particular, la CV se pone en todos los escenarios posibles, incluyéndose, para el caso en que las partes, por el motivo que fuere, olvidasen establecer el precio o un mecanismo para su determinación, una solución justa que va en correlación a lo perseguido por la institución: el desarrollo del comercio internacional. Dicha solución es además, realista, pues reconoce una práctica habitual dentro del comercio internacional. Ella se relaciona con lo establecido en los artículos 2.1.13 y 2.1.14 de los Principios UNIDROIT, versión 2004. Dichos preceptos, se refieren respectivamente, al perfeccionamiento condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos y contratos con términos abiertos. Ello no es más que otra

manifestación del principio *favor contractus* que rige la CV y el comercio internacional.

Nuestra normativa interna, en cambio, en cuanto al contrato de compraventa establece que el precio debe configurarse mediante la convergencia de voluntades dentro del período correspondiente a la oferta. Sin embargo, por razones diversas, puede ocurrir que dicha etapa sea obviada por los contratantes. Frente a esto, el Código establece, dentro del mismo artículo 139, que de no existir acuerdo en cuanto al precio, la compraventa no se verificará, salvo que la cosa objeto del contrato, hubiere sido entregada. En tal caso el precio se presumirá y será fijado en consideración de las circunstancias particulares existentes dentro del ámbito comercial en el cual se desarrolle la compraventa. Para ello, el precio será el corriente que la cosa tenga en el día y lugar en que el contrato se hubiere celebrado. Es decir, verificándose la excepción establecida en nuestro ordenamiento legal, este suple la convergencia de voluntades y establece, mediante el criterio indicado el precio a objeto de consolidar la relación comercial. Sin embargo, sólo sería aplicable a la compraventa comercial⁵¹⁴, no así a la que revistan el carácter de compraventa civil.

En base a lo anteriormente expuesto, podemos sostener que nuestro ordenamiento jurídico es bastante más riguroso en cuanto a la necesidad de establecer el precio como requisito para configurar la oferta. Podemos apreciar

⁵¹⁴ Don Ricardo Sandoval complementa esto al señalar que “según la codificación mercantil, si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. Agrega que en el caso de haber diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador pagará el precio medio. Esta misma regla se aplica en el evento de que los contratantes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato. Asimismo, en la situación en la que las partes han confiado el señalamiento del precio a un tercero y éste no lo determina por cualquier motivo y el objeto vendido ha sido entregado, el contrato de compraventa se lleva a cabo por el precio que la cosa tuviere el día de su celebración, y en caso de variación de precio, por el precio medio. Esto sólo tiene lugar tratándose de la compraventa comercial, porque en la de carácter civil, como ya señalamos, puede dejarse la fijación del precio al arbitrio de un tercero, pero si éste no lo determina puede hacerlo otra persona en la que convienen los contratantes y en caso de no convenirse, no habrá compraventa. Por último, el Código de Comercio contempla el caso de compra de mercaderías por el precio que otro ofrezca. En esa situación el comprador, en el acto de ser requerido por el vendedor, puede llevarla a efecto o desistir de ella. Pasados tres días sin que el vendedor requiera al comprador, el contrato queda sin efecto. Sin embargo, cuando el vendedor hubiere entregado las mercaderías, el comprador deberá pagar el precio que aquellas tuvieren el día de la entrega (art. 141 del Código de Comercio)”. Sandoval López, Ricardo (2007) op. cit. pp.

que las excepciones a este respecto son limitadas, lo que genera un sistema extremadamente estricto en cuanto a la posibilidad de generar un acuerdo vinculante sin verificarse la concurrencia del elemento ya mencionado. La CV en cambio, reconoce la posibilidad de obviarse involuntariamente por las partes este requisito y aún así generar un contrato. Frente a esto, cabe señalar que, basándonos en criterios económicos, es posible establecer que no es beneficioso para ninguna de las partes dejar de lado este elemento, pues dentro de la fase negociadora se pueden generar condiciones más ventajosas para una u otra parte. Es decir, con la solución última que nos entrega la Convención no se está beneficiando a las partes negligentes, sino que se reconoce la comisión de un error por parte de ellas, procediendo a su enmienda de manera justa y equitativa supliendo la deficiencia a través de la fijación de un precio con arreglo a criterios objetivos. Una solución similar encontramos dentro de la contratación bajo condiciones generales, al surgir el denominado “conflicto de formularios” y la manera de resolverlo a nuestro juicio, más adecuada: la *Knock Out Rule*.

A su vez, es preciso indicar que la Convención, en cuanto a su aplicabilidad, no hace distinción en cuanto a la naturaleza de la compraventa, sea comercial o civil, con lo cual se amplía su rango de aplicación a todas las compraventas, salvo aquellas expresamente exceptuadas por ella misma. La circunstancia anteriormente descrita no ocurre dentro de nuestra legislación, la que establece una excepción (que se configura con la verificación de la entrega de la cosa objeto del contrato) y que resulta aplicable solamente a un tipo de compraventa específico como lo es la comercial.

A nuestro juicio, la aplicación del criterio adoptado por la Convención produce efectos innegablemente beneficiosos, por cuanto permite dar correcta solución a los casos problemáticos en que no se ha fijado el precio por las partes o no se ha establecido un mecanismo para tal efecto sin recurrir a técnicas que obstruyan el desarrollo del comercio internacional y sin afectar la seguridad jurídica, pues la alternativa que suple la deficiencia es de carácter objetiva, fácilmente verificable y equitativa para ambas partes.

Volviendo al artículo 14.2 de la CV, las propuestas a personas no determinadas se consideran como *invitatio ad oferendum*, por lo que no pueden considerarse como ofertas de contrato. Sin embargo, el precepto citado admite la posibilidad de producción del efecto contrario. Ello se verificaría cuando el oferente “indique claramente lo contrario”. Se ha sostenido que “el propósito de la Convención, como ya se ha puesto de relieve, es considerar que una propuesta que se dirige a un número indeterminado de personas no es una oferta en sentido jurídico, sino una invitación a formular ofertas dirigida al público en general. Esta presunción puede ser desvirtuada por el propio oferente si especifica de manera rotunda y clara que su declaración, a pesar de esa indeterminación en cuanto a los destinatarios, es una oferta”⁵¹⁵.

Es decir, podemos entender en este caso, en virtud del principio de autonomía de la voluntad ya analizado dentro de este estudio, que la parte que emite la propuesta o invitación a formular ofertas puede establecer una excepción a esta regla señalando expresamente que dicha propuesta se constituye en oferta por su propia voluntad. El concepto mismo de oferta, al establecer requisitos de operatividad, se estructura sobre una base de defensa de la persona del emisor, *ergo*, si éste busca renegar de ello, le es absolutamente lícito, en virtud del principio ya indicado, contenido en el artículo 6 de la Convención.

A su vez dentro de la doctrina uniforme se ha sostenido que “entre las situaciones en que la oferta se dirige a “una o varias personas determinadas” y la invitación a hacer ofertas a la “generalidad del público”, existen ciertas situaciones intermedias en las que no queda claro cuál es su calificación jurídica. Nos referimos a los supuestos habituales de envío de catálogos, prospectos, folletos o instrumentos similares a número de personas identificadas por su nombre (nombre de la empresa o datos de identificación personal del empresario) y en los que constan los demás elementos del artículo 14 CNUCCIM. En nuestra opinión, esos supuestos han de tratarse como si fuesen invitaciones a hacer ofertas, ya que en el tráfico comercial internacional, la utilización de esos instrumentos tiene un

⁵¹⁵ PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) op. cit. pp.285-286.

sentido perfectamente claro: exponer una información, incitar al destinatario a que realice una oferta o inducir a la lectura de la información que se envía”⁵¹⁶. Lo anterior complementa lo aseverado en la primera parte del presente capítulo y nos permite afirmar que la CV establece un sistema más preciso y donde lo que debe primar siempre es la voluntad de las partes.

Frente a lo señalado podemos afirmar que dentro de nuestra legislación, no se reconoce expresamente, como lo hace el artículo 14 en concordancia con el 6 de la CV, la posibilidad de convertir esta propuesta en oferta por la propia voluntad claramente expresada del emisor.

En cuanto a la eficacia de la oferta, nuestra legislación establece que ella producirá sus efectos mientras se encuentre vigente. La vigencia, analizada desde un punto de vista negativo, será efectiva hasta el momento en que dicha oferta sea aceptada o concurra ante ella una causal de ineficacia.

En base a lo dispuesto en el Código de Comercio, se puede afirmar que respecto de las declaraciones de voluntad se sigue la denominada teoría de la declaración. Ello trae como consecuencia, que las declaraciones de voluntad producirán efectos jurídicos desde el instante mismo en que son emitidas. Lo anterior se desprende específicamente de la lectura de los artículos 99⁵¹⁷, 100⁵¹⁸ y 101⁵¹⁹.

En el caso de la oferta, tal afirmación surge de la lectura de lo establecido en el artículo 100 en concordancia con el artículo 99. Ahí se indica, que aún

⁵¹⁶ PERALES VISCASILLAS, Pilar (2002) “*El contrato de compraventa internacional de mercancías*” en sitio web <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#civ> [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

⁵¹⁷ “Art. 99: El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo. El arrepentimiento no se presume.

⁵¹⁸ “Art. 100: La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto”.

⁵¹⁹ “Art. 101: Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la propuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente”.

reconociéndosele al oferente la facultad de retractarse en cualquier tiempo que medie entre el envío de la oferta y la aceptación, éste quedará obligado, aún en el caso de retractación tempestiva, a indemnizar los daños y perjuicios en que hubiera incurrido el destinatario. La norma en comento, establece que sólo podrá excepcionarse de ello cumpliendo el contrato propuesto. Como se puede apreciar, en este caso nace para el oferente una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que le fueron ocasionados al aceptante. Ante ello surgen dudas evidentes. Por una parte, debemos preguntarnos ¿en qué momento nace la obligación de indemnizar?, y de ser procedente ¿desde qué momento ello es efectivo, desde el momento mismo de la emisión de la oferta? Antes de responder, veamos que nos dice el sistema adoptado por la Convención.

El cuerpo vienés, en su artículo 15.1, adopta en esta materia, los postulados de la denominada “teoría de la recepción”. En ella se establece que la oferta produce efecto una vez que llega a su destinatario, siendo necesario que dicha “llegada” deba producirse de acuerdo con lo establecido en el artículo 24⁵²⁰ del mismo texto legal. Así, el momento que determina la efectividad de la declaración, debe situarse en el instante en que ella ingresa al círculo de intereses del destinatario, sin perjuicio de que llegue a conocerla o no⁵²¹. Una vez que se coloca al destinatario en una situación de conocimiento potencial respecto del contenido de la oferta, adquiere efectividad la declaración. Con ello se busca evitar un escenario complejo, pues, superado tal límite se torna tremendamente difícil establecer el momento preciso en que el destinatario toma conocimiento de ella.

Lo anteriormente descrito determina la existencia, dentro del cuerpo vienés, de una institución ajena a nuestro Derecho: el retiro de la oferta. Como correctamente se ha sostenido, “una consecuencia inevitable del hecho de que la

⁵²⁰ “Artículo 24: A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual”.

⁵²¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 171

Convención de Viena haya optado –junto con muchos conjuntos normativos no uniformes– por establecer la eficacia de la oferta en un momento diverso al de la declaración (como vimos, el instante de la recepción por el destinatario), surge un lapso temporal en el cual la oferta está materialmente formulada, esto es, el acto de lenguaje está realizado, pero es jurídicamente ineficaz”⁵²². Así, el artículo 15 de la CV en concordancia con el artículo 24 del mismo cuerpo, nos indica que “*la oferta, aún cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta*”. En cuanto al carácter de revocable o irrevocable de la oferta, la discusión se torna irrelevante puesto que la oferta, aún cuando ya se ha configurado en base al cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, es ineficaz y por tanto no pertenece a la vida jurídica, lo que trae como consecuencia la imposibilidad de vincularla efectivamente con la voluntad de quien la ha emitido.

Teniendo lo anterior en consideración, y comparándolo con lo dispuesto por el Código de Comercio a este respecto, podemos afirmar que la efectividad de la declaración debiera encontrarse supeditada al ingreso de la oferta a la esfera de control del destinatario, surgiendo la misma en el instante que media entre la recepción de la oferta y la aceptación de la misma. Con anterioridad a ello es imposible que se generen perjuicios, ya que el destinatario no podría haber tenido u optado siquiera a tener conocimiento de ella, y no es posible, habida consideración de las circunstancias explicitadas, que el oferente quede vinculado y obligado por ello. Es decir, podríamos encontrarnos ante un caso en que el contrato exista sin que el oferente lo sepa, situación a todas luces evitable.

El concepto de retiro de la oferta consagrado en el artículo 15 de la CV, es completamente ajeno al Código de Comercio. La doctrina mayoritaria, en consideración a lo señalado, hace referencia simplemente a revocación o retractación, haciéndolas sinónimos y definiéndolas como “el acto por el cual el

⁵²² Varas Braun, Juan Eduardo (1999) En Revista de Derecho, Vol. X, n° 1 (Valdivia, Chile) pp. 135-152. También disponible versión online en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000200013&script=sci_arttext [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

proponente revoca la oferta antes que haya sido aceptada por la persona a quien va dirigida”⁵²³. Dicha definición, corresponde a lo que nuestra doctrina denomina como retractación tempestiva u oportuna. Ella deriva del hecho de asumirse la teoría de la declaración dentro del Código de Comercio para justificar la producción de efectos de una declaración de voluntad, lo que permite que dicha retractación “oportuna”, genere acción para demandar indemnización de perjuicios. Lo señalado, en consideración a la argumentación esgrimida, genera la imposibilidad absoluta de arrepentirse de una oferta planteada, aún cuando ella sea ineficaz en términos de la CV. Ello conduce a la producción de efectos nocivos.

Asimismo, cuando esta retractación se verifica posterior al momento establecido dentro de su definición, la doctrina nacional hace referencia a una retractación intempestiva, la cual da lugar a responsabilidad contractual.

En oposición a esto último, la doctrina comparada, nos habla de revocación, señalando que ella “es una declaración de voluntad de cancelación de la oferta en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato”⁵²⁴. Esta declaración, a su vez, constituye un principio general dentro del texto de la Convención. Así, la CV al hacer referencia a la revocación, se coloca, al contrario del retiro, en una situación de eficacia de la oferta. Ello justifica necesariamente el resarcimiento correspondiente, pues nos encontramos frente a un acuerdo de voluntades que debe ser respetado.

La CV, al considerar la posibilidad de retiro, permite configurar un escenario de negociación más completo y preciso que el ofrecido por el Código de Comercio. Ello, porque establece un último período, potencial, de evaluación para el oferente, entre la propuesta y la oferta propiamente tal, permitiendo una mayor reflexión en torno al negocio. En base a lo descrito se genera un espacio de mayor libertad para el oferente en torno a la generación de acuerdos, lo que debería incitarlo a obrar, dentro del contrato, con una seguridad y convicción mayor. Ello presenta

⁵²³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) op. cit. pp. 12.

⁵²⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) op. cit. pp. 172

indudables beneficios para el comercio internacional, realidad que debe ser apreciada en consideración a quienes actúan dentro del tráfico, los comerciantes. Ello se logra potenciando instancias de negociación y no generando barreras inútiles que entraben su crecimiento. Lo anteriormente descrito no atenta, como pudiera sostenerse, contra la certeza jurídica, pues el establecimiento de los requisitos necesarios para el perfeccionamiento del contrato es preciso. Lo referente al retiro, como se alcanzó a esbozar, es sólo eventual, pues se encuentra condicionado de manera clara, y desde varios puntos de vista, dentro del cuerpo vienés.

Como se ha podido apreciar, asumir como correcta la teoría de la declaración o emisión para dotar de eficacia las manifestaciones de voluntad, trae innumerables consecuencias negativas. Ellas van desde la incerteza jurídica, hasta las trabas que imponen las instituciones creadas a su alero como por ejemplo la revocación en ambas variantes. Ello queda de manifiesto cuando efectuamos el debido contraste con un sistema como el propuesto por la CV, que privilegia la libertad de los actores promoviendo por consiguiente el crecimiento del comercio a través de su unificación. Probablemente en los primeros años de implementación del Código de Comercio, la teoría asumida por este no presentaba problemas o al menos éstos no eran tan notorios como en la actualidad, donde las consecuencias, no se restringen simplemente a la oferta, sino que afectan toda la etapa de formación del consentimiento. Ello nos lleva a considerar con urgencia una nueva alternativa.

Para ello, debemos tener en consideración lo dispuesto por la CV, sobretodo, teniendo presente que nos encontramos en un mundo donde las barreras físicas y temporales han sido derribadas y donde debe considerarse siempre la adopción de nuevas medidas que apunten a corregir los defectos existentes buscando unificar el Derecho Comercia Internacional, teniendo la humildad suficiente para asumir los errores y reconocer virtudes en sistemas ajenos, que puedan ser de gran utilidad para el resto de los países.

Un gran paso para nuestro país estaría dado por el hecho de asumir plena conciencia de nuestra pertenencia al mundo globalizado, terminando con instituciones que hoy en día nos resultan más problemáticas que beneficiosas, reconociendo que nuestro sistema, si bien eficiente en muchos casos, adolece de innumerables problemas que se deben solucionar.

2. Forma de las declaraciones de voluntad.

La Convención se encarga de establecer su posición frente al tema en el artículo 11. En él se establece que “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”. De la lectura del artículo precedente se desprende que nos encontramos frente a un sistema en que prima, ante todo, la libertad de forma. El cuerpo vienés, como se ha sostenido, “recoge con carácter general el principio de libertad de forma, pudiendo celebrarse el contrato por escrito, oralmente o incluso mediante actos concluyentes”⁵²⁵. No se exige, por ende, la escrituración del mismo⁵²⁶. Asimismo, “según ha puesto de relieve la jurisprudencia⁵²⁷, se desplaza la llamada *parol evidence rule*, propia del derecho anglosajón”⁵²⁸.

⁵²⁵ El autor citado justifica la afirmación con apoyo jurisprudencia, refiriéndose al caso “«cátodos», OLG Munich, Sentencia de 8 marzo 1995 (no publicado; *CLOUT*, núm. 134): «*Nach Art. 11 CISG können Verträge, die dem Übereinkommen unterliegen, formttrai -d. h., mündlich oder konkludentab- (gr.) geschlossen werden*» (De acuerdo con el art. 11, los contratos amparados en la Convención pueden celebrarse de manera informal, esto es, oralmente o por actos concluyentes)”. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 92.

⁵²⁶ Así lo ha declarado la jurisprudencia en la “sentencia HG des Kantons St. Gallen, 5 diciembre 1995; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Notario, 31 agosto 1999; Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 8 agosto 2000; Sentencia Rechtbank van Koophandel Hasselt, 22 mayo 2002”. CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 405.

⁵²⁷ Según se ha sostenido, “ésta es la opinión generalizada en la jurisprudencia, a pesar de alguna vacilación inicial. En favor del desplazamiento de la «*parol evidence rule*» cfr. los casos «Filanto, S.p.A. c. Chilewich International Corp.», U.S. District Court for the Southern District of New York, Sentencia de 14 abril 1992 (publicado en *Journal of Law and Commerce*, 1993, pgs. 239 y ss., *CLOUT*, num. 23); «MCC-Marble Ceramic Center Inc. c. Cerámica Nuova D'Agostino, S.p.A.», U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit {*CLOUT*, num. 222} y «Calzaturificio Claudia, s.n.c. c.

Sin embargo, este principio no es absoluto, dado que, dentro de este cuerpo legal, se le otorga especial relevancia a la autonomía de la voluntad. De ello, deriva el hecho de que la libertad de forma puede ser limitada desde un triple punto de vista. Ello puede verificarse en primer término por la manifestación de voluntad expresa de ambas partes dentro del contrato. En segundo lugar, ello puede efectuarse a través usos y prácticas establecidas entre las mismas, que determinen la escrituración u otra formalidad. Ambas formas no resultan problemáticas. La tercera vía es la que ha generado mayor controversia. Ella dice relación con la facultad de los Estados Parte de excluir la aplicación del capítulo II, referido como ya se ha señalado a la formación del contrato, a través de una reserva en virtud de lo dispuesto por el artículo 96⁵²⁹. A este respecto, a modo de síntesis, se ha sostenido que “el principio formulado supone una derrota para las leyes internas que prevén la redacción del contrato por escrito. Sin embargo, los artículos 12 y 96 dan la posibilidad a los Estados, cuya legislación exija que los contratos de compraventa deben concluirse por escrito, de declarar que los artículos 11, 29 (relativo a la modificación del contrato) y todas las disposiciones de la segunda parte de la Convención (es decir, las referidas a la oferta y la aceptación), que autorizan una forma distinta a la escrita, no se apliquen a una compraventa incluida en el ámbito de aplicación de la Convención cuando una de las partes tenga su establecimiento en el territorio de un Estado que haya hecho tal declaración”⁵³⁰.

Olivieri Footwear Ltd.», U.S. District Court for the Southern District of New York, Sentencia de 6 abril 1998. En contra, caso «Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. c. American Business Center Inc.», U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, sentencia de 15 junio 1993 (publicado en 993 Federal Report 2d1178 -1993-, *CLOUT*, num. 24)”. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 92-93

⁵²⁸ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp.92-93

⁵²⁹“Artículo 96 El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.

⁵³⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2004) op. cit. pp. 406.

La exclusión de la CV no es absoluta, pues, en aplicación de lo establecido en el artículo 1 b) del mismo cuerpo legal, ella puede ser aplicada de manera indirecta, como derecho interno de uno de los Estados Parte.

Nuestro país, al hacer uso de la facultad ya enunciada, señaló que *“el Estado de Chile declara, en conformidad con los artículos 12 y 96 de la Convención, que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 12, del artículo 29 o de la Parte II de la Convención que permita que la celebración, modificación o la terminación por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o cualquier oferta, aceptación, u otra manifestación de intención se hagan por cualquier procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cualquiera de las Partes tenga su establecimiento en Chile”*.

De los términos de la reserva surge una inquietud principal, ¿cómo debemos interpretar esta reserva? En consideración a ello, ¿puede establecerse, en base a esta reserva, que toda celebración, modificación o terminación de contrato, deba efectuarse por escrito? Con anterioridad a las dudas planteadas surge otra interrogante: ¿cuál es el objeto de establecer la escrituración obligatoria a este respecto?, ¿es acaso un requisito que apunta a fortalecer la relación contractual, dotándola de elementos que la nutren de certeza jurídica o termina debilitándola mediante la imposición de rígidos formalismos?

Frente a la pregunta principal planteada, es decir, cómo debemos entender esta reserva, partimos de la base de que su interpretación literal puede llevar a excesos nefastos. A modo de ejemplo, podemos señalar el caso de un comerciante chileno, el vendedor, que contrata con un par francés, el comprador, teniendo cada uno de ellos su establecimiento principal en su respectivo país (determinación de carácter internacional que se requiere para la aplicación de la CV). El comprador, telefónicamente, se muestra de acuerdo con la compra de 1.000 cajas de tomates chilenos. El comerciante chileno procede al envío de lo solicitado. Una vez que las mercaderías arriban al lugar de destino, el comerciante francés decide que no efectuará la compra. En base a los requisitos de aplicabilidad de la Convención, ellos se verifican existiendo la reserva efectuada

por nuestro país, que establece la escrituración del contrato. Para el caso particular, una aplicación irrestricta de dicha reserva, derivaría en una situación en extremo injusta, como es, la invalidez del contrato, lo que generaría un notable menoscabo para el comerciante que, diligentemente ha procedido a enviar lo solicitado. Por ende, no creemos que ella haya sido la intención del legislador nacional promover este tipo de situaciones. La reserva entonces debe entenderse de otra manera.

En consideración a nuestro ordenamiento jurídico: ¿Cuál será la razón del requisito de escrituración, teniendo en consideración que la compraventa es, por regla general dentro de nuestro país, consensual? ¿Será que el legislador buscó, a través de la formulación de esta reserva, proteger al comerciante nacional incauto estableciendo requisitos que dotaran al acuerdo de mayor certeza jurídica?

Para intentar dar respuesta a estas preguntas, es necesario analizar cuál es, frente a este tema, la postura que asume el comercio internacional. ¿Es recurrente la necesidad de escrituración dentro del comercio internacional? La respuesta, en base a constatación fáctica, es negativa. La realidad del comercio internacional deriva de un ordenamiento práctico, creado para promover su desarrollo y el de sus actores, permitiendo generar negocios, más que ahogarlos a través de la imposición de requisitos que estanquen su crecimiento. Para ello, el compromiso, ya sea que se configure por escrito, de manera oral o de la manera que fuese, es fundamental.

A su vez, intentar proteger a un comerciante por estimar que puede incurrir en errores derivados de su negligencia o falta de aptitud, debe ser considerado como una auténtica ofensa para el mismo. Ello pues la dinámica misma de los negocios necesariamente regula o se traduce en la necesidad de que las partes mismas regulen la actividad comercial. Entender otra cosa, sería asumir una actitud de menosprecio por los actores mismos del comercio, tanto en el entorno nacional como internacional. La lógica de obtención de mayores utilidades al menor costo posible, lleva a las partes a planear de la mejor manera posible el

negocio, derivando, en muchos casos en intensas y extensas negociaciones, que inciden en la regulación más completa de la relación comercial. Es la voluntad de las partes la que debe determinar el contenido del negocio, para lo cual debe primar su elección en todo ámbito, incluida la forma en que ellas manifiestan su voluntad.

Así, sostener la invalidez de un contrato verbal, por los motivos que fuere, significa no tener consciencia de la realidad tanto actual como histórica del comercio. La labor del ordenamiento jurídico en estos casos debe tener un efecto coadyuvante respecto de la formación de dicha relación jurídica, sin caer en situaciones de carácter meramente intrusivo. Es por ello que se debe intentar perpetuar una situación en la que ambas partes, de buena fe, han actuado en conjunto para satisfacer las necesidades tenidas en cuenta al momento de contratar.

Retomando el tema referido al modo en que debe entenderse la reserva del artículo 96, la doctrina no se ha manifestado conteste frente al asunto.

Por una parte se ha entendido que por el hecho de hacerse una reserva por un Estado contratante, se deriva en la inmediata y automática aplicación de las normas internas de dicho Estado, frente a una relación contractual con otro Estado Parte⁵³¹. Pero ¿qué pasa si ello deriva en la exigencia, como sería el caso, de requisitos superiores a los establecidos por la legislación nacional para casos de compraventas internas? ¿No sería ello, por decirlo así, ilógico o atentatorio contra el ordenamiento jurídico al excederse los requisitos legales establecidos al efecto? La pregunta es interesante y la respuesta debiese ser afirmativa. No se pueden imponer, a nuestro parecer, requisitos no contemplados por el propio Estado que ha efectuado la reserva, pues ello constituiría una vulneración de su propio ordenamiento jurídico. Para el caso nacional, no podemos pensar que ello haya

⁵³¹ Así se ha sostenido por alguna jurisprudencia. En Rusia, un fallo del Alto Tribunal de la Federación Rusa de Arbitraje, de 16 de Febrero de 1998, rechazó una modificación al contrato realizada vía telefónica pues se consideró que una de las partes tenía su establecimiento en Rusia, país que, según consta, mantuvo la reserva hecha a este respecto por la ex URSS. En <http://cisg3w.law.pace.edu/cases/980216r1.html>. En el mismo sentido una sentencia dictada en Bélgica, Rechtbank van Koophandel Hasselt, de 2 de mayo de 1995, en <http://www.law.kuleeuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1995-05-02.html>.

sido conocido y amparado por nuestro legislador. Además, constituiría una abierta violación a los principios generales y en definitiva a la finalidad perseguida por la CV.

Por otra parte, se ha estimado, que dentro de una relación contractual, la aplicación de los requisitos de forma del Estado que efectúa la reserva, contemplados en su legislación nacional, no necesariamente serán operativos. Se recurrirá entonces, a determinar el derecho aplicable en base a la aplicación de las reglas contempladas por el Derecho Internacional Privado. Por ende, si se determina la competencia de los tribunales chilenos, la compraventa será consensual, teniendo el aspecto formal, relevancia en cuanto a lo establecido en el artículo 1708⁵³² y 1709⁵³³ del Código Civil. Es decir, se limitará la prueba de su existencia, más no su formación. A su vez, de la lectura de una norma especial como es el artículo 128⁵³⁴ del Código de Comercio, se desprende que lo anterior sólo será aplicable a materias civiles, no así respecto de las comerciales. Es esta la interpretación que creemos más acorde a los fines de la CV. Entender el requisito de escrituración, como necesario para la celebración del contrato, tendría nefastas consecuencias en cuanto a los objetivos buscados por la Convención, pues, por un lado, afectaría la promoción de la uniformidad en cuanto a su aplicación y por otro, iría en contra de la eficiencia pretendida, al imponer requisitos que se constituirían en verdaderas barreras burocráticas contra el desarrollo del comercio internacional. Por ende, no se estaría dando una señal clara a los demás actores comerciales internacionales.

⁵³² “Art. 1708. No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

⁵³³ “Art. 1709. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida”.

⁵³⁴ “Art. 128. La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”.

3. Aceptación.

El Código de Comercio, en sus artículos 101 y 106, establece que, para dotar de validez a una aceptación, ella debe exteriorizarse oportunamente y de manera pura y simple, debiendo constituir un auténtico reflejo de la oferta misma. Por ende, cualquier desviación o modificación a su contenido genera el nacimiento de una contraoferta, la cual, a objeto de perfeccionar el contrato, deberá cumplir con los mismos requisitos que una oferta, tal como lo señala el artículo 102 del cuerpo legal en comento.

Dentro de la CV, el mismo requisito respecto de la aceptación, puede ser extraído de una aplicación irrestricta del artículo 19.1. Es lo que en el *Common Law* se conoce como *mirror image rule* o regla del espejo. Según esta teoría, la concordancia debe ser tal, que cualquier alteración que se verifique en la aceptación, respecto de la oferta inicial, derivará en la imposibilidad de perfeccionar el acuerdo, y por ende, del contrato, debido a que “los consentimientos recaen sobre materias diferentes”⁵³⁵. Pero, como analizamos dentro del capítulo referido a la Convención, dicha interpretación extrema no se condice con los fines ni con los principios del cuerpo vienés, pues ello resulta en una serie de consecuencias negativas para las partes, cuestión ya abordada exhaustivamente dentro de este trabajo. El apartado segundo del mismo número 19⁵³⁶, se encarga de establecer una solución innovadora respecto de nuestro Código de Comercio. Ahí se establece, que la aceptación valdrá: a) si ella contiene modificaciones, cuando las mismas carezcan del carácter de sustanciales, y b) que la aceptación que contenga las mismas, no sea objetada sin demora

⁵³⁵ VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 135

⁵³⁶ “Artículo 19: 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación”.

injustificada. A su vez, el número tres del artículo 19, establece, a modo enunciativo, una lista no taxativa de “modificaciones sustanciales” a la oferta, lo que nos hace concluir, que la calificación de “sustancial”, no puede efectuarse de manera abstracta, por lo que será necesario efectuar un análisis del caso concreto tomando en consideración los elementos (en atención, también, a la rama del comercio a la que pertenece) del contrato propuesto y las circunstancias particulares del caso. En cuanto al segundo requisito, es decir, que la aceptación no sea objetada “sin demora injustificada”, es necesario señalar que, ante la indeterminación del concepto, nos encontramos ante la imposibilidad de establecerlo anticipadamente y de manera abstracta, por lo que el juez, al fijar dicho período, habrá de aplicar el criterio de razonabilidad, atendida las particularidades del caso concreto.

En definitiva, podemos establecer a este respecto, que la Convención considera dentro de su normativa, preceptos que refuerzan el principio *favor contractus*, facilitando los intercambios comerciales y promoviendo el desarrollo del comercio internacional. La posibilidad de aceptar una oferta con modificaciones que, a juicio del oferente (en consideración de las circunstancias del caso concreto) no son sustanciales, no hace más que reforzar el principio de autonomía de la voluntad a través del fortalecimiento de la libertad de conclusión del contrato. Junto con ello, el criterio de razonabilidad en torno a la apreciación de la demora injustificada, permite atender a circunstancias particulares, que no pueden ser previstas de manera abstracta, lo que permite abordar con realismo la actividad comercial, tomando en consideración las características particulares de cada caso.

En cuanto a la oportunidad de la aceptación, de la lectura del artículo 18.2 de la CV se desprende que la aceptación deberá verificarse, en primer término, dentro del plazo fijado por el oferente. De no ser así, se considerará como una contraoferta que el oferente originario deberá aceptar, a objeto de configurar el contrato. De no haberse establecido por las partes un plazo para la aceptación, deberá fijarse un plazo razonable, el cual deberá considerar especialmente las circunstancias particulares de la transacción y rapidez de los medios de

comunicación utilizados por el oferente, los cuales, no necesariamente deben ser los mismos que emplee el aceptante, pero sí deben ser similares. Como ya se ha señalado, algunos de los criterios referidos a las circunstancias particulares del negocio son *ad ex* el carácter perecedero de la mercadería⁵³⁷ o la urgencia del contrato⁵³⁸. En cuanto a las ofertas verbales, la respuesta deberá entregarse dentro del mismo acto.

Mismo criterio sigue, en cuanto a este último tipo de oferta, el Código de Comercio. Sin embargo, respecto de las ofertas que no revisten tal carácter la solución es diversa. De la lectura del artículo 98, surgen notorias diferencias respecto de la CV. Por una parte, en cuanto al plazo de aceptación, se establece, que este será de 24 horas para responder una oferta emitida al destinatario cuando éste reside en el mismo lugar que el oferente. Por otra, se señala que, de no verificarse tal circunstancia, es decir, de residir el destinatario en lugar diverso que el oferente, la aceptación deberá verificarse “a vuelta de correo”. En cuanto a esta última expresión, como se estableció en el capítulo que abunda sobre este tema, se ha estimado que corresponde a un concepto jurídico indeterminado dentro de nuestro ordenamiento, respecto del cual no existen parámetros objetivos a los cuales atenernos, por lo que quedará entregado a la prudencia de los falladores su determinación en consideración al caso particular. Es decir, debemos atenernos a la voluntad del juez, formada simplemente en base a criterios subjetivos. ¿Es ello recomendable o es preferible la existencia de directrices que guíen la decisión previniendo situaciones de arbitrariedad?

Ante esto, la Convención establece como directriz, el denominado “estándar de razonabilidad” el cual reviste innegable valor en ordenamientos jurídicos comparados, pues aporta mayor certeza en la valoración del problema, en cuanto establece criterios objetivos que sirven a dicho efecto.

⁵³⁷ Parece evidente que un plazo razonable en este caso debe ser mucho más corto si hablamos de una compraventa que involucre manzanas que uno que involucre cobre u otros metales. Ello sólo en consideración de la naturaleza perecedera de las mercancías.

⁵³⁸ Bajo la misma lógica anterior, el plazo será mas breve mientras as urgente sea la situación. Vásquez Lepinette señala como ejemplo “la que hace referencia al suministro de una pieza de recambio cuya ausencia obliga a paralizar una cadena de producción”. VÁSQUEZ LEPINETTE, Tomás (2000) op. cit. pp. 133.

Lo anteriormente señalado, presenta innegable valor respecto de la aceptación extemporánea. En consideración a todo lo anteriormente señalado, es menester establecer una gran diferencia a este respecto. Para nuestro Código de Comercio, si la aceptación se verifica extemporánea, es decir, fuera de plazo, ella no valdrá. Así lo prescribe el inciso final de su artículo 98⁵³⁹. Ante una aceptación tardía, la Convención opta por otro camino: la considerará como una contraoferta. Es decir, se da pie para iniciar una nueva negociación, a partir de lo que podríamos denominar un error del destinatario primitivo, en cuanto la aceptación no llegó dentro de la oportunidad establecida. Ello constituye una clara manifestación del objetivo de la Convención de incrementar el desarrollo del comercio internacional, en este caso, a través de la concreción de una oportunidad de comercio que no se llevó a cabo por motivos formales, pues la intención existía. Existirá entonces, para el oferente primario, la posibilidad de aceptar o rechazar la nueva oferta.

En consideración a la notable diferencia en cuanto a los efectos que produce la aceptación tardía, es necesario entonces determinar, a *contrario sensu*, cuando estamos en presencia de una aceptación oportuna, determinada, como se señaló anteriormente, por la vigencia de la oferta. Ello incidirá de manera concreta en la extensión del plazo en cuestión.

La diferencia entre ambos sistemas, radica en la eficacia del criterio que utilizará el juez a objeto de determinar el plazo en que debe verificarse la aceptación. Al no hacerse referencia a criterio objetivo alguno dentro de nuestro Código, salvo lo referido a la “vuelta de correo”, al cual ya nos hemos referido, sería inevitable que ello derive en situaciones de ambigüedad jurídica. Ello atenta contra el espíritu del comercio internacional, pues, ante un eventual conflicto, las partes no sabrán a qué atenerse en cuanto a la resolución del mismo, ya que su decisión dependerá de criterios personales del juez. Este criterio personal podrá en muchos casos ser el adecuado, pero, ¿qué le garantiza a las partes que ello se replicará en el futuro estando frente a las mismas circunstancias? Esta situación atenta contra la

⁵³⁹ “Art. 98 inciso final. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada. En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación”.

certeza jurídica que necesariamente debe existir dentro de una relación comercial. Distinto es el caso de la Convención. Ella, al recurrir a estándares que con el tiempo han ido objetivizándose, como por ejemplo el de “hombre razonable”, nos brinda soluciones más satisfactorias y acordes con la realidad del comercio, estableciendo un marco legal claro, teniendo siempre en consideración las circunstancias particulares de cada caso. A su vez, al contrario de nuestro Código de Comercio, el cuerpo vienés reconoce validez a ciertos casos de aceptación tardía. Ello podemos hallarlo en lo dispuesto por su artículo 21⁵⁴⁰, dentro de sus numerales 1 y 2. En dicho precepto, se le otorga al oferente, en primer lugar, la posibilidad de validar o aceptar, valga la redundancia, una aceptación tardía. En segundo lugar, se establece que si el escrito que contiene la aceptación tardía indica, ya sea por marcas u otros vestigios verificables, que si la transmisión hubiese sido normal habría llegado oportunamente al oferente, ella surtirá efecto salvo que el oferente comunique oportunamente al destinatario, verbalmente o por escrito, que la oferta ha caducado. Ello se verificará en casos en que, por razones ajenas a su voluntad, el contenido de la aceptación emitido por el aceptante, no ha llegado oportunamente al oferente.

Como se puede apreciar, la Convención de Viena fija un marco legal poco intrusivo, que siendo regulatorio en esencia, cumple el objetivo de ser coadyuvante con la relación comercial internacional.

En consideración a lo anterior, se torna urgente dar solución a la imprecisión reseñada. Los problemas de coherencia generados ante las imprecisiones descritas, no sólo inciden negativamente dentro la actividad comercial interna, sino también en materia internacional. Es posible que la fórmula asumida como válida por nuestra jurisprudencia y doctrina, permita dar solución aparente a casos puntuales, que en la mayoría de los casos serán asumidas por

⁵⁴⁰ “Artículo 21:1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido. 2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido”.

las partes, pero las consecuencias a las que hacemos referencia escapan del ámbito estrictamente legal.

Como sabemos, el desarrollo de una actividad comercial considera necesaria la presencia de una serie de condiciones a efecto de concretarse. Como en toda actividad económica relevante, quien va a realizar una transacción con una parte extranjera, considera imperativo conocer las herramientas jurídicas de que dispone a efecto de dar cumplimiento a los objetivos tenidos en cuenta al momento de tomar una decisión. Un marco jurídico que permita, ante eventuales divergencias, proveer de soluciones aceptadas por la comunidad internacional constituye un activo de gran valor para la contraparte extranjera. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando se aplican soluciones netamente locales, erráticas en nuestro caso, el desincentivo a llevar a cabo nuevos negocios aumenta fuertemente. Como ya señalamos, las decisiones que a este respecto emita un tribunal nacional, serán probablemente aceptadas, como en la mayoría de los casos, por la contraparte extranjera, sin embargo, ante tal precedente, es posible que esta última decida no llevar a cabo nuevos negocios con nuestros nacionales. Esta opinión puede generar eco dentro de la comunidad internacional y afectar futuros negocios impidiendo el crecimiento de los actores comerciales nacionales. Como vemos, las sanciones del mercado internacional escapan a lo legal y es labor de quien genera el perjuicio asumir las consecuencias.

Es por ello que estimamos la necesidad de corregir las fuertes imprecisiones de que adolece nuestro sistema de formación del consentimiento. Ello constituye una labor prioritaria e impostergable. Así, asumir un sistema como el planteado por la CV, que dispone de un texto breve y preciso, latamente negociado, y de eficacia reconocida a nivel internacional, puede redundar en enormes beneficios tanto a nivel nacional como extranjero. Ello evitará caer en discusiones futuras, plenamente evitables, dotando en definitiva de mayor certidumbre a nuestro ordenamiento.

El estado actual de nuestras relaciones comerciales internacionales se presenta auspicioso, lo que debe incitar, con una mirada a largo plazo, más que a

simplemente disfrutar de sus frutos en el presente, a corregir todos aquellos detalles que puedan afectarlo a futuro. Ello nos permitirá contar con un marco jurídico de carácter internacional, operativo, y dotado de la suficiente legitimidad como para que su obediencia sea indiscutible.

4. Contratos de consumo internacionales.

Respecto de este tema, cabe señalar que si bien no corresponde específicamente a una materia paralela entre ambos sistemas, dada la exclusión por parte de la CV y el escaso o prácticamente nulo tratamiento dentro de nuestra legislación, es innegable su trascendencia dentro del tráfico comercial actual. Es imperativo actuar en base a la realidad comercial, la cual nos impone, ante el ingreso de nuevos actores, otorgar la debida protección, generando para ello un marco diferenciado de tratamiento, dadas las particulares características que el mismo presenta.

Es así que deben considerarse, a objeto de llenar el vacío existente dentro de nuestro ordenamiento nacional para situaciones internacionales, las iniciativas promovidas por la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado, que bajo el alero de la OEA, han abordado el tema de manera exhaustiva. Así, la “Propuesta de Buenos Aires”, en concordancia con lo establecido por su predecesora, la “Propuesta de Brasil” de 2008, establece una normativa flexible que brinda una mayor protección al consumidor no profesional.

Lo anterior difiere profundamente de la realidad existente en nuestro país. Si bien nuestra Constitución en su artículo 19 números 21, 22 y 23⁵⁴¹, garantiza la

⁵⁴¹ “Artículo 19 número 21) El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

libertad económica particular, con ciertas restricciones, evitando discriminaciones arbitrarias y estableciendo un sistema basado en la libertad de opinión e información siendo la jurisprudencia a este respecto abundante en cuanto a su aplicación en instancias nacionales, lo es nula en lo referido a transacciones internacionales de consumo⁵⁴². Asimismo, nuestro país no ha firmado ni ratificado ningún tratado que explícitamente tenga relación con los derechos de consumidores internacionales⁵⁴³. Solamente resultarían aplicables a este respecto los tratados relacionados con materias de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, específicamente lo relativo a los derechos a la vida, salud, y seguridad, así como a la protección de intereses económicos, e información veraz y compensaciones sufridas por los consumidores⁵⁴⁴.

Junto con lo anterior, la legislación chilena no contiene normas específicas que regulen la competencia judicial respecto de transacciones comerciales de consumo⁵⁴⁵. Sólo serían aplicables las normas de nuestro Código Orgánico de Tribunales. Asimismo, la restringida aplicación del Código de Bustamante, deriva en la nula existencia de normas rectoras a este respecto.

Lo anterior deriva en abundantes problemas a nivel conceptual. Así, por ejemplo, no existe dentro de nuestra legislación una definición sobre lo que debe

22) La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos; 23) La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.”

⁵⁴² PICAND ALBÓNICO Y BURKHALTER citados en FERNANDEZ ARROYO, Diego (...): *“Consumer Protection in International Private Relationships”*, obra que ha sido preparada en el contexto del XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Washington, Estados Unidos, Ediciones BDG, Biblioteca de derecho de la Globalización) capítulo *“Chilean National Report (2009)”*.

⁵⁴³ Idem.

⁵⁴⁴ Idem. En este sentido, los autores citados señalan que serían y aplicables la Resolución 39/248, de Naciones Unidas de 1985, para protección de los consumidores, el Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Derechos Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁴⁵ Idem.

entenderse por “transacción de consumo internacional”⁵⁴⁶. Lo anterior, unido a una deficitaria definición de lo que debe entenderse por consumidor, configura una precaria protección hacia el mismo.

En el plano del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras dentro de nuestro país, es necesario hacer referencia a un error común en que ha incurrido nuestra judicatura. En lo referido a las medidas cautelares otorgadas por tribunales extranjeros respecto de bienes que se encuentran en Chile, nuestros tribunales históricamente han negado la procedencia de las mismas. Justifican dicho razonamiento señalando que los bienes situados en Chile se someten a las leyes nacionales exclusivamente, por lo que la procedencia y efectividad de dichas medidas carece de valor dentro de nuestro país. Ello, a juicio de destacados autores, constituye un claro error generado en base a una confusión conceptual. Así el legislador confunde la ley aplicable a los bienes con la ley aplicable a las obligaciones, ya que dichos bienes, aún encontrándose en Chile, integran el patrimonio de una persona que ha asumido obligaciones fuera de nuestro territorio, pero respecto de las cuales existe un deber de garantía que debe hacerse efectivo sobre los mismos⁵⁴⁷.

Junto con lo anterior, respecto de materias de cooperación internacional, tema trascendental dentro de la lógica de protección del consumidor fomentada de manera exhaustiva por las Convenciones citadas al efecto, no existe mecanismo alguno que permita la compensación o indemnización de consumidores (internacionales). Lo mismo respecto de la interacción de las autoridades con sus contrapartes extranjeras, la cual se verifica nula a estos efectos.

Como se puede ver, el desarrollo del tema dentro de nuestro ambiente jurídico es precario, por no decir nulo. La negativa a abordar debidamente un tema trascendente dentro de la realidad comercial mundial, no se puede explicar, sino, a nuestro parecer, por motivos de desinterés o negligencia. Ello ha derivado en un

⁵⁴⁶ Idem.

⁵⁴⁷ PICAND ALBÓNICO Y BURKHALTER citados en FERNANDEZ ARROYO, Diego (2010),

notorio retraso respecto de otros países de la región, por lo que dicha falencia debe ser corregida de manera imperativa.

Los esfuerzos realizados dentro de la región pueden constituir un gran referente para considerar a este respecto. Dentro de la versión simplificada de la “Propuesta de Brasil”, es decir, en la “Propuesta de Buenos Aires”, podemos encontrar un sistema dentro del cual se precisan términos claves ampliando su rango de aplicación. Es el caso de la definición de consumidor contenida dentro de su artículo 1.1 donde “se entiende por consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios, actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”, concepto que se ve ampliado en su aplicación en su artículo 1.2, pues “se consideran también consumidores a los terceros que usufructúan directamente, como destinatarios finales, los servicios y productos contratados”.

Asimismo, cuenta con un texto simple, preciso, y que puede complementarse con los protocolos referidos a definiciones (Protocolo I) y aplicación (Protocolo II).

Junto con lo anterior, el artículo 4 provee un marco de protección contractual más amplio, que garantiza la aplicación de la ley más favorable al consumidor final. Ello se ve reforzado con la implementación de la cláusula de armonización contenida en el artículo 9.

El artículo 10 de la Propuesta en comento permite regular situaciones específicas, que antes carecían de la misma generándose situaciones de permanente incerteza. Es el caso de los contratos de viaje y turismo y de tiempos compartidos y contratos semejantes de utilización de inmuebles por turnos.

Como se puede apreciar, la Propuesta anteriormente descrita, representa un esfuerzo notable que debe ser considerado por nuestro legislador a objeto de proveer un adecuado marco jurídico para las compraventas de consumo internacionales.

CONCLUSIONES.

Como señalamos en un principio, el objetivo del presente trabajo, al menos en una etapa primaria, consiste en analizar la realidad de nuestra legislación en cuanto a la formación del consentimiento, todo ello, a la luz del comercio internacional. Para ello utilizamos como referente, o modelo comparativo, al instrumento uniformador más prolífico en cuanto a utilización a este respecto: la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías celebrada en Viena en 1980.

En base al estudio realizado podemos afirmar que respecto de ambos sistemas existen notorias diferencias.

Por una parte, en cuanto a la oferta, no existe una definición conceptual satisfactoria dentro de nuestro Código de Comercio. Junto a ello, en consideración a lo establecido en su articulado, se incurre en un profundo error al asimilar el concepto enunciado con el de propuesta, términos que, a la luz de lo establecido en la Convención de Viena, devienen en notoriamente distintos.

Esta última, debe ser entendida como parte integrante dentro del proceso de formación de la oferta y consiguientemente del consentimiento.

Asimismo, se incurre en equívoco al referirse el Código a las “ofertas indeterminadas”. Dicho concepto, a la luz de las exigencias establecidas para la configuración de la oferta, sería imposible de verificarse por motivos lógicos: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Ello genera efectos en etapas posteriores del tratamiento de la formación del consentimiento dentro del Código. Es así, como los problemas descritos se agravan al establecer que estas “ofertas indeterminadas” no obligan al oferente, puesto que una oferta, en cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, debe necesariamente obligar. Es así como podemos entender el deber que surge de indemnizar los daños y perjuicios que se producen a este respecto. Asimismo, de no ser así, el requisito volitivo no podría configurarse, lo cual deriva en consecuencias nefastas, afectando la validez de todo el proceso. Ello es, a todas luces, evitable.

Junto a todo lo anterior, en cuanto a los requisitos establecidos para configurar la oferta, se presentan, también, grandes diferencias. Así, nuestra legislación determina que para nacer, ella debe cumplir con las exigencias establecidas que le permitan revestir el carácter de completa, es decir, requiere contener todos los elementos esenciales del contrato que se propone. Frente a ello, la Convención establece un criterio diverso, en el cual la oferta deberá ser precisa desde un triple punto de vista, ya que, como fija el artículo 14 de la CV “basta que se señale las mercaderías y, expresa o tácitamente, señale la cantidad

y el precio o prevea un medio para determinarlos”. En base a esto, podemos advertir, dentro de esta última normativa, la existencia de una lógica más flexible que la establecida dentro de nuestra legislación, la cual dota de fluidez al tráfico mercantil y permite, por consiguiente, el desarrollo del comercio internacional.

Por otra parte, respecto de la determinación del sujeto destinatario, establecido en el artículo 14.2 de la CV, las propuestas a personas no determinadas se consideran como *invitatio ad oferendum*, por lo que no pueden considerarse ofertas. Sin embargo, el precepto citado admite la posibilidad de producción del efecto contrario, es decir, permite dotar de eficacia una oferta que no puede, doctrinaria ni jurisprudencialmente, revestir tal carácter, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Ello se verificaría cuando el oferente “indique claramente lo contrario”, es decir, cuando asienta en la producción de los efectos naturales de la oferta.

Respecto de este último tema, y como ya se señaló, nuestra legislación denomina, erróneamente a estas propuestas a personas no determinadas, como “ofertas indeterminadas”. La doctrina ha establecido a este respecto, que el vocablo referido debe entenderse como “oferta hecha al público en general”. Nuevamente se incurre en un error terminológico, puesto que en rigor ellas corresponden a “propuestas hechas al público en general” o a “invitaciones a contratar destinadas al público en general”. Estas últimas, carecen *per se*, de obligatoriedad alguna, cualidad determinante en cuanto a la distinción de la oferta misma.

A través de una comparación entre ambos ordenamientos, podemos notar también, que nuestra legislación no reconoce, como lo hace el artículo 14, ya citado, en concordancia con el 6 de la CV, la posibilidad de convertir esta propuesta en oferta por la propia voluntad claramente expresada del emisor.

Respecto del momento en que se determina la eficacia misma de la oferta, surge uno de las materias más polémicas abordadas dentro del presente estudio. Así, nuestra legislación establece que ella producirá sus efectos mientras se

encuentre vigente, lo que será determinado en base a lo establecido por el Código de Comercio. De la lectura de éste, se desprende que respecto de las declaraciones de voluntad, el cuerpo legal adscribe a la teoría de la declaración: las mismas producen efectos jurídicos a partir del instante en que son emitidas.

La Convención, en cambio, establece algo radicalmente distinto. De lo establecido en artículo 15.1, se desprende que ella presta adhesión, a la denominada “teoría de la recepción”, en virtud de la cual, la oferta sólo produce efecto una vez que llega a su destinatario. Dicha “llegada”, se configura en el instante en que ella ingresa al círculo de intereses del destinatario, siendo indiferente que este efectivamente la conozca. En base a ello, podemos afirmar que la fórmula establecida por la Convención, facilita la determinación del momento a partir del cual la oferta es eficaz, y por ende, es susceptible, verificándose la aceptación de la misma, de producir los efectos jurídicos deseados por ambas partes, obligando al cumplimiento de lo que en ella se establece.

En relación con lo anterior, dentro del cuerpo vienés es posible encontrar una institución completamente ajena a nuestro Derecho, y de innegable valor, como es el retiro de la oferta. La posibilidad de retiro permite configurar un escenario de negociación más completo y preciso que el ofrecido por el Código de Comercio. Ello, porque establece un último período, potencial, de evaluación para el oferente, verificable entre la propuesta y la oferta propiamente tal, el cual permite una mayor reflexión en torno al negocio. En base a lo descrito se acrecienta la libertad del oferente para generar acuerdos, lo que debería incitarlo a obrar, dentro del contrato, con mayor seguridad y convicción. En consideración a lo anterior, es posible afirmar que aún cuando la CV no regula la responsabilidad precontractual, la refuerza generando instancias como la descrita.

En cuanto a la forma de las declaraciones de voluntad, la Convención establece su posición al respecto en el artículo 11. Ahí se consagra la libertad en torno a las mismas, en términos tales que “el contrato de compraventa no tendrá

que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma”.

Dentro de nuestra legislación, en tanto, se encuentra debidamente establecida la libertad de forma en cuanto a la suscripción del contrato, pues, al respecto, prima el consensualismo. Sin embargo, para la prueba del mismo, imperan una serie de limitaciones en cuanto a los medios utilizables. Ello, en la práctica, se restringe de manera casi absoluta la operatividad de esta libertad formal pregonada, pues, en base a las exigencias probatorias establecidas, aunque prime el consensualismo como regla general de conclusión del acuerdo, la existencia del mismo no podrá ser afirmada, salvo que medie su escrituración. Respecto de esto último, y como sabemos, en derecho sólo existe lo que se puede probar.

A su vez, y en base al principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden omitir la libertad de forma estableciéndolo de manera expresa, o a través de los usos y prácticas establecidas por las mismas y en último caso, a través de la posibilidad de efectuar una reserva en los términos del artículo 96. Ella dice relación con la facultad de los Estados Parte de excluir la aplicación del capítulo II, referido, como ya se ha señalado, a la formación del contrato.

Nuestro país, hizo uso de la facultad ya enunciada, señalando que *“el Estado de Chile declara, en conformidad con los artículos 12 y 96 de la Convención, que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 12, del artículo 29 o de la Parte II de la Convención que permita que la celebración, modificación o la terminación por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o cualquier oferta, aceptación, u otra manifestación de intención se hagan por cualquier procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cualquiera de las Partes tenga su establecimiento en Chile”*.

De los términos de la reserva surge una inquietud principal de la que derivan otras complementarias. ¿Cómo debemos interpretar esta reserva?

Por una parte se ha entendido que por el hecho de hacerse una reserva por un Estado contratante, se deriva en la inmediata y automática aplicación de las normas internas de dicho Estado, frente a una relación contractual con otro Estado Parte. Pero ¿qué pasa si respecto de las compraventas internacionales ello deriva en la exigencia, como sería el caso, de requisitos superiores a los establecidos por la legislación nacional para casos de compraventas nacionales? ¿No sería ello, por decirlo así, atentatorio contra el ordenamiento jurídico al excederse los requisitos legales establecidos al efecto? A este respecto la respuesta debe ser afirmativa: no se pueden imponer requisitos no contemplados por el propio Estado que ha efectuado la reserva, pues ello constituiría una vulneración a su ordenamiento jurídico interno. Para el caso nacional, no podemos pensar que ello haya sido conocido y amparado por nuestro legislador. Además, constituiría una abierta violación a los principios generales y en definitiva a la finalidad de la CV.

Por otra parte, se ha estimado, que dentro de una relación contractual, la aplicación de los requisitos de forma del Estado que formula la reserva contemplados en su legislación nacional, no necesariamente serán operativos. Se recurrirá entonces, a determinar el derecho aplicable en base a la aplicación de las reglas contempladas por el Derecho Internacional Privado. Por ende, si se determina que el Derecho competente es el chileno, la compraventa será consensual, teniendo en consideración, sin embargo, lo establecido en el artículo 1708 y 1709 del Código Civil. Es decir, se limitará la prueba de su existencia, más no su formación. A su vez, de la lectura de una norma especial como es el artículo 128 del Código de Comercio, se desprende que lo anterior sólo será aplicable a materias civiles, no así respecto de las comerciales. Es esta la interpretación que creemos más acorde a los fines de la CV. Entender el requisito de escrituración, como necesario para la celebración del contrato, tendría nefastas consecuencias en cuanto a los objetivos buscados por la Convención, pues, por un lado, afectaría la promoción de la uniformidad en cuanto a su aplicación y por otro, iría en contra de la eficiencia pretendida, al imponer requisitos que se constituirían en verdaderas barreras burocráticas para el desarrollo del comercio internacional.

En cuanto a la aceptación, nuestro Código de Comercio establece que, para dotarla de validez, ella debe ser exteriorizada oportunamente y de manera pura y simple, debiendo constituir un auténtico reflejo de la oferta misma. Por ende, cualquier desviación o modificación a su contenido genera el nacimiento de una contraoferta, la cual, a objeto de perfeccionar el contrato, deberá cumplir con los mismos requisitos que una oferta.

La solución de la CV es distinta. Ella se encuentra expresamente establecida en su artículo 19. En él, el inciso segundo del mismo se encarga de establecer una solución innovadora respecto de nuestro Código de Comercio. Ahí se establece, que la aceptación valdrá: a) si ella contiene modificaciones, pero ellas no revisten el carácter de sustanciales, y b) que la aceptación que contenga dichas alteraciones no sustanciales, no sea objetada sin demora injustificada. A su vez, el número tres del artículo 19, establece, a modo enunciativo, una lista no taxativa de “modificaciones sustanciales” a la oferta, lo que nos hace concluir, que la calificación de “sustancial”, no puede efectuarse de manera abstracta, por lo que será necesario efectuar un análisis del caso concreto tomando en consideración los elementos (en atención, también, a la rama del comercio a la que pertenece) del contrato propuesto y las circunstancias particulares del caso. En cuanto al segundo requisito, es decir, que la aceptación no sea objetada “sin demora injustificada”, es necesario señalar que, al igual que en el requisito anterior, la indeterminación del concepto, genera la imposibilidad de establecerlo anticipadamente y de manera abstracta, por lo que el juez, al fijar dicho período, habrá de aplicar el criterio de razonabilidad, atendida las particularidades del caso concreto.

En definitiva, podemos establecer a este respecto, que la Convención considera dentro de su normativa, preceptos que refuerzan el principio *favor contractus*, facilitando los intercambios comerciales y promoviendo el desarrollo del comercio internacional.

En cuanto a la oportunidad de la aceptación, de la lectura del artículo 18.2 de la CV se desprende que la aceptación deberá verificarse, en primer término,

dentro del plazo fijado por el oferente. De no ser así, se considerará como una contraoferta que el oferente originario deberá aceptar, a objeto de configurar el contrato. De no haberse establecido por las partes un plazo para la aceptación, deberá fijarse un plazo razonable, el cual deberá considerar especialmente las circunstancias particulares de la transacción y rapidez de los medios de comunicación utilizados por el oferente.

Mismo criterio sigue, en cuanto a este último tipo de oferta, el Código de Comercio. Sin embargo, respecto de las ofertas que no revisten tal carácter la solución es diversa. De la lectura del artículo 98, surgen notorias diferencias respecto de la CV, estableciéndose plazos fijos, que no consideran las particularidades existentes en ciertos casos, y utilizándose conceptos jurídicos indeterminados, que no establecen parámetros objetivos para el juez, por lo cual es muy probable caer en arbitrariedades.

Ante esto, la Convención establece como directriz, el denominado “estándar de razonabilidad” el cual reviste innegable valor en ordenamientos jurídicos comparados, pues aporta mayor certeza en la valoración del problema, en cuanto establece criterios objetivos que sirven a dicho efecto.

A su vez, dentro de nuestro Código de Comercio, si la aceptación se verifica extemporánea, ella no valdrá. Frente a ello, para la Convención, una aceptación tardía, será considerada como una contraoferta, es decir, se intenta “salvar” el negocio, iniciando una nueva negociación, a partir de lo que podríamos denominar un error del destinatario primitivo.

Como se desprende de todo lo anteriormente descrito, podemos afirmar que la Convención de Viena fija un marco legal poco intrusivo, que siendo regulatorio en esencia, consigue favorecer el tráfico, creando instancias que permiten generar nuevos negocios.

Lo opuesto ocurre en el caso de la legislación establecida dentro del Código de Comercio. Ella se muestra sobrepasada por la realidad comercial actual,

imponiendo requisitos que carecen de todo valor, tanto desde el punto de vista de su eficiencia regulatoria como práctica.

La necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la realidad del comercio internacional, nos debe llevar a considerar, dentro de una primera etapa, a los modelos exitosos a este respecto. La CV ha demostrado con creces que puede ser considerada de esa manera. Aunque parezca extraño, ella forma parte de nuestro ordenamiento desde hace más dos décadas y goza, paradójicamente, de un enorme desconocimiento, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Dicha situación debe ser revertida a la brevedad. La norma uniforme citada nos brinda notorios beneficios en materias comerciales, ya sea dentro de un plano internacional como dentro de una hipotética adaptación a materias locales.

Junto con todo lo anterior, la introducción de criterios de razonabilidad que buscan dotar de efectiva operatividad a la norma dentro del caso concreto, presentan un innegable beneficio práctico. Lo mismo puede decirse respecto de las instancias que la Convención crea a objeto de conservar las negociaciones, optando por solidificar, a todo evento, los lazos generados.

Acoplarnos a un sistema como el propuesto por la norma uniforme nos brinda, a su vez, enormes beneficios desde el punto de vista de la certeza jurídica.

Un tema que escapa al paralelo entre ambos sistemas, pero que debido a su innegable importancia debe ser abordado, es lo relativo a las compraventas de consumo internacional, y en general a las situaciones de consumo internacional. Respecto de este tema, nuestra realidad actual dista de ser óptima. Es por ello que deben considerarse los trabajos que a este respecto, han llevado a cabo instituciones como la CIDIP que, bajo el alero de la OEA, han propuesto la celebración de Convenciones, ya referidas, a objeto de brindar un adecuado tratamiento jurídico al respecto.

A su vez, en cuanto al comercio electrónico, la relación con todo lo anteriormente descrito es innegable. El uso de las nuevas tecnologías de la información, en adelante NTI, ha derivado en la eliminación de barreras

temporales y espaciales, lo que ha contribuido de gran manera a la internacionalización y al exponencial crecimiento que ha tenido dentro del último tiempo. Frente a los excepcionales rasgos que se perciben dentro de las nuevas tecnologías, diversos autores han planteado, por una parte, la necesidad de emprender un trabajo de sistematización que supondrá la correcta incorporación de las nuevas realidades a la teoría tradicional del negocio jurídico. Otros, en tanto, derechamente consideran insuficiente el derecho clásico de obligaciones y contratos para abordar con éxito la tarea de recepción de las realidades negociales que ofrece el desarrollo de las nuevas tecnologías.

En base al estudio realizado, creemos que, respecto del tema abordado, es posible adaptar la teoría tradicional del negocio jurídico a las nuevas realidades, sin necesidad de efectuar cambios radicales al sistema.

En cuanto a la modalidad negocial electrónica, podemos afirmar que ella no es más que otra plataforma válida de expresión de voluntad, por lo que, en principio, debe seguir la misma lógica tradicional en cuanto a la formación del consentimiento, es decir, debe existir una oferta y la consiguiente aceptación para la misma. Respecto de la contratación electrónica en sí, podemos sostener que la manifestación de voluntad debe expresarse a través de una vía electrónica, sin importar si el objeto es o no electrónico.

En consideración a lo anterior, para abordar de manera adecuada el tema dentro de nuestra legislación, es necesario definir adecuadamente conceptos básicos dentro de esta materia, cuestión no abordada correctamente por nuestra legislación. La normativa, en cuanto a la fase de formación del consentimiento, es muy escasa, reduciéndose, casi de manera única, a la ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación y, también, a las leyes 19.955, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Por ello deberá hacerse constante referencia a la normativa establecida por Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones

Electrónicas en los Contratos Internacionales, del año 2005 y las Directivas Europeas sobre Comercio Electrónico sobre la materia. Teniendo ello en consideración, es posible avanzar en la regulación de esta materia.

Respecto de las particularidades que diferencian a las NTI de los medios electrónicos tradicionales, estas últimas presentan la cualidad de ser medios interactivos y bidireccionales. Lo anterior, unido a la inmediatez de la comunicación y la ininterrupción de la misma, han derivado en el cambio conceptual respecto de la categoría contractual “entre presentes”. Ello, pues se ha alterado el elemento determinante de la categoría, el cual se ha desplazado desde la presencia física de las partes a los factores anteriormente señalados. Lo anterior, junto a la normativa referida a la protección de los consumidores, en especial respecto de la contratación bajo condiciones generales, son elementos de vital importancia a objeto de determinar el lugar y momento de la perfección del contrato electrónico.

Otro grave problema que presenta nuestra legislación, se encuentra ligado al hecho de asumir como determinante para fijar la eficacia de las declaraciones de voluntad, a la teoría de la declaración. El problema generado en cuanto a contratos “tradicionales” se agrava aún más respecto de materias electrónicas. Para ello, la teoría de la recepción, adoptada por la Convención de Viena de 1980, se presenta como una alternativa mucho más beneficiosa al respecto, por las razones invocadas dentro de este estudio.

También, en consideración a la protección de los derechos del consumidor, es necesario cumplir con ciertos deberes previos de información. Ello se justifica por la necesaria protección que se le debe brindar a dos partes que se desconocen la una de la otra, fenómeno conocido como la “despersonalización” de la contratación electrónica. Dicha materia es abordada correctamente por nuestra legislación a través de la ley 19.955.

En cuanto a la oferta electrónica ésta debe cumplir todos los requisitos que han sido formulados tradicionalmente en doctrina para tal elemento. En tal sentido,

no se detectan mayores diferencias con la regulación clásica de la formación del consentimiento. A su vez, no es necesario, al contrario de la aceptación, que ella sea expresada a través de vías electrónicas.

En cuanto a la aceptación, podemos considerar que constituye el más importante elemento en la formación del consentimiento electrónico. Ella deberá formularse necesariamente a través de medios electrónicos, ya que, como se dijo, ello determina el carácter electrónico del contrato.

En definitiva, como ya se ha señalado, en cuanto a la normativa que rige la materia, será necesario hacer una constante referencia al derecho comparado. Para ello será necesario tener en consideración conceptos de gran valor práctico como por ejemplo, el denominado “acuse de recibo” debiendo efectuarse las notificaciones correspondientes ya señaladas.

Como se puede apreciar, la contratación electrónica ha permitido un avance fenomenal del comercio internacional. Ello, sin embargo, ha venido de la mano de innumerables problemas. Ellos han sido solucionados, principalmente a través de la incorporación de sus elementos a la teoría tradicional del negocio jurídico, al menos en cuanto a su estructura lógica. Es necesario por ello, adaptar nuestra legislación a dichos cambios, comenzando por solucionar nuestros problemas en torno a la concepción tradicional del negocio jurídico. Para ello se debe proceder en los términos concluidos dentro del presente trabajo, adaptando con posterioridad los elementos que vayan surgiendo, definiendo acertadamente sus conceptos elementales y procurando mantener la seguridad jurídica dentro del tráfico.

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina Nacional. Libros.

1. ROSENDE ALVAREZ, Hugo (1979) "*Algunas Consideraciones Sobre la Responsabilidad Precontractual*". Primera Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso Chile.

2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1940) "*De los Contratos*". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

3. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia (2004) "*Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones Contractuales*". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile.

4. SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco (1994) "*Teoría del Consentimiento*", Primera Edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile

5. ZULOAGA, Isabel (2006) "*Teoría de la Responsabilidad precontractual. Aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos*". Primera Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.

6. BARROS BOURIE, Enrique (1999) "*Límite de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho*", Revista de Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N°7, Santiago, Chile.

7. DOMÍNGUEZ, Ramón et al. (1998) *“Responsabilidad precontractual. Ruptura injustificada de negociaciones avanzadas. Daños causados”*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 204, año 66, Concepción, Chile.

8. BARROS BOURIE, Enrique (2006) *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, Reimpresión Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

9. PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000) *“Seminario sobre Contratos Preparatorios. Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio”*. Primera Edición, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

10. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1996) *“La responsabilidad precontractual en la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes. Instituciones Modernas del Derecho Civil”*. Primera Edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile.

11. LEÓN HURTADO, Avelino (1979) *“Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos”*. Primera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.

12. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1983) *“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno”*. Tomo I, 2ª edición, EDIAR editores, Santiago, Chile.

13. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). *“El Silencio de Los Inocentes: Hacia una caracterización del deber jurídico de informar. Jornadas de Derecho Civil”* .

14. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007) "Manual de Derecho Comercial. Contratos mercantiles, Reglas generales, Compraventa, Transporte, Seguro y Operaciones bancarias". Tomo III Volumen 1. Quinta edición.2007.

15. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009) "*De los contratos*". Reimpresión. 1ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.

16. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003) "*De la compraventa y de la promesa de venta*" 1ª Edición. Tomo I Volumen I, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.

17. CLARO SOLAR, Luis (1979) "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*", Volumen V, Tomo undécimo, "*De las Obligaciones II*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

18. LEÓN HURTADO, Avelino (1991) "*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*". Cuarta Edición actualizada Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

19. MARTINIC GALETOVIC, Dora (2000) "*Apuntes sobre formación del consentimiento*". Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Santiago, Chile.

20. Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Doctrina Comparada. Libros.

1. Oviedo Albán, Jorge (2009), "Estudios de derecho mercantil internacional", Primera edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia.

2. Vásquez Lepinette, Tomas, *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzazi Editorial, Elcano Navarra, 2000

3. Estudios de Contratación Internacional: Régimen Uniforme e Internacional Privado. Seminario 16 (2004) "*Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, (Parte I de la Convención de Viena)*". Primera Edición, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

4. GOLDBERG, Isidoro (1993) "*Indemnización por Daños y Perjuicios*". Primera Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.

5. MESSINEO, Francesco (1952) "*Doctrina general del contrato*", Primera Edición, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina.

6. (LIBRO LEX MERCATORIA)

7. FARNSWORTH, E. Allan (1999) "*Contracts*", Third Edition, Aspen Law & Business, New York, United States.

8. PERALES VISCASILLAS, Pilar (1997) *“Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional”*, en Cuadernos de derecho y comercio número 16, Madrid, España.

9. PERALES VISCASILLAS, Pilar (1996) *“La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías”*, Primera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

10. Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato, Sexta Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, Pág. 330.*

11. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2006) *“La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”*. Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, España.

12. AUDIT, Bernard (1994) *“La compraventa internacional de mercaderías, Convención de las Naciones Unidas del 11 de abril de 1980”*, (traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina)

13. HOCSMAN, Heriberto Simón (2005) *“Negocios en Internet”*, Primera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

14. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2001) *“Manual de Derecho Informático”*, Tercera Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona España.

15. MATEU DE ROS, Rafael (2000) *"El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital"*. Primera Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España.

16. GÓMEZ CALLE, Esther (1994) *"Los Deberes Precontractuales de Información"*, Editorial La Ley, Madrid, España.

17. PICAND ALBÓNICO Y BURKHALTER citados en FERNANDEZ ARROYO, Diego (2010): *"Consumer Protection in International Private Relationships"*. , obra que ha sido preparada en el contexto del XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Washington, Estados Unidos, Ediciones BDG, Biblioteca de derecho de la Globalización) capítulo *"Chilean National Report (2009)"*.

Material obtenido a través de INTERNET.

1. PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): *"La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte I: La Oferta Electrónica"*. Revista *Ius et Praxis* Versión online en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122004000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=es [Última revisión: 21 de diciembre de 2010] ISSN 0718-0012 .Volumen 10 número 2. (Talca, Chile) pp. 267 -320.

2. Pinochet Olave, Ruperto (2005) *"La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?"* Revista *Ius et Praxis* Versión online disponible en

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122005000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es. [Última revisión 21 de Diciembre de 2010] ISSN: 0718-0012. Volumen 11 número 1. (Talca, Chile) pp. 55-92

3. Pinochet Olave, Ruperto (2005): "*La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico*" Revista *Ius et Praxis*, versión online disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/197/19711209.pdf>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010] ISSN: 0718-0012. Volumen 11 número 2. (Talca, Chile) pp. 273-302.

4. Pinochet Olave, Ruperto (2006): "*La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas tecnologías de la Información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico.*" Revista *Ius et Praxis* versión online disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100009&script=sci_arttext [Última visita: 21 de Diciembre de 2010] ISSN: 0718-0012 .Volumen 12 número 1. (Talca, Chile) pp. 215-231

5. PERALES VISCASILLAS, Pilar (1997) "*El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)*", en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of Internacional Comercial Law, versión online disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

6. RICO CARRILLO, Mariliana. (2000). "La Oferta y la Aceptación en la Contratación Electrónica", en *Revista Electrónica de Derecho Informático*". Ed. Vlex, No.

25. Versión online disponible en <http://vlex.com/redi>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

7. ALCARAZ CARSÍ, Juan Ignacio (2000) "*Breve comentario sobre la notificación del acuse de recibo del prestador de servicios ex art. 11 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior*", Revista Electrónica de Derecho Informático. N° 21. Ed. Vlex, de abril de 2000, en <http://publicaciones.derecho.org/redi>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

8. Barrientos Zamorano, Marcelo (2008): "*Los tratos preliminares en la relación precontractual*". Disponible en: http://cursos.puc.cl/dexale1/almacen/1244667391_hazamora_sec4_pos0.pdf
[fecha de última consulta: 20 Diciembre 2010]

9. VARAS BRAUN, Juan Eduardo (1999) En Revista de Derecho, Vol. X, n° 1 (Valdivia, Chile) pp. 135-152. También disponible versión online en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809501999000200013&script=sci_arttext [Última revisión: 21 de Diciembre de 2010]

10. FEJÓS, Andrea (2006) "*Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of Forms under the CISG and the UCC*", versión online disponible en sitio <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>. [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

11. PERALES VISCASILLAS, Pilar, "*La "Batalla de los formularios" en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios UNIDROIT*", versión

disponible en sitio <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

12. PERALES VISCASILLAS, Pilar, en apartado n° 153, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#civ> [Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

13. Sitio web de UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
[Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

14. GALLAGHER, Peter (1999) “*Tendencias del comercio electrónico*”. Revista del Centro de Comercio Internacional (CCI). Forum Internacional. Número 2. Versión online en inglés en la página web http://www.tradeforum.org/news/fullstory.php/aid/140/E-commerce_Trends.html

[Última visita: 21 de Diciembre de 2010]

15. LIMA MARQUES, Claudia (2001): “*Una breve introducción al proyecto de Convención*”, en sitio web <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPintroduc-%20L2.pdf>
[Última visita: 17 de Febrero de 2011]

Codificaciones.

Nacionales.

1- Código de Comercio de la República de Chile.

- 2- Código Civil de la República de Chile.
- 3-Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile.
4. Código de Procedimiento Civil de la república de Chile.

Comparadas.

- 1-Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, Austria, 1980.
- 2-Principios de Unidroit. Principios Generales de Contratación Internacional. Versión 2004.
- 3-Uniform Commercial Code (UCC)
- 4-Derecho Europeo de los Contratos
- 5-Reglamento Roma I
- 6- Directiva Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico
- 7- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Leyes Nacionales

- 1- Ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación
- 2-Ley 19.955, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
- 3-Ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.