

# CONSIDERACIONES TEÓRICAS ACERCA DEL MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO CONCERTADO VÍA ELECTRÓNICA

*Lisette Hernández Fernández\**

## RESUMEN

En este trabajo la autora pretende brindar al lector las teorías que sobre la temática de momento y lugar de perfección del contrato electrónico existente en el mundo y explicar las redefiniciones que considera loables para una mejor imbricación avances tecnológicos-contratación. El trabajo está soportado en el análisis de derecho comparado.

**Palabras clave:** contratación electrónica, formación del contrato.

## ABSTRACT

*In this article the author tries to offer the reader the theories that exist around the world about the moment and the place of perfection of the electronic contract. In addition the author explains the redefinitions that she considers to be commendable for a better superimpose of technological advances-contracting. This work is based on comparative law.*

**Key words:** *electronic contracts, formation of contracts.*

*Fecha de recepción: 23 de abril de 2004*

---

\* Graduada en derecho Universidad Central de las Villas, Cuba. Profesora de la Facultad de Derecho, de la misma Universidad de derecho internacional privado, derecho internacional humanitario y profesora de diplomado en comercio electrónico. Doctoranda en derecho Universidad de Girona, España. Ha participado en varios eventos internacionales y es autora de varias publicaciones.

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

1. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: ¿CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES O ENTRE PRESENTES?
  - 1.1. Teorías sobre el momento de perfección del contrato
  - 1.2. El momento de perfección del contrato electrónico
  - 1.3. Acuse de recibo y confirmación
  
2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO
  - 2.1. Las teorías sobre el domicilio
  - 2.2. El establecimiento mercantil
  - 2.3. Lugar de celebración del contrato electrónico

### CONCLUSIONES

### BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

“Pueden distinguirse dos momentos en las manifestaciones de voluntad que van a formar el contrato, ya en la que es propia del oferente, ya en la del aceptante: uno es aquel en que esas voluntades se manifiestan y otro en el que coinciden; así podremos precisar los efectos de la oferta y de la aceptación antes de encontrarse, y los que van a producir después de coincidir la una con la otra para formar el consentimiento”<sup>1</sup>.

Así refería el eminente profesor cubano ALBERTO BLANCO.

Determinar el momento<sup>2</sup> de perfección de un contrato, o sea, el instante en el que dos o más partes quedan vinculadas resulta al extremo importante a los fines de determinar el derecho aplicable a la relación entre las partes,

“para poder establecer varias situaciones jurídicas entre las cuales están: el incumplimiento del contrato, el momento a partir del cual se asumen riesgos, la

---

1 BLANCO, A., *Curso de obligaciones y contratos*, t. II, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1947, pág. 116.

2 KANT define el tiempo como “el orden sucesivo de lo que acontece”. GARDNER, H., *Estructuras de la mente. La teoría de las inteligencias múltiples*, FCE, México, pág. 229. Recuérdese que no es hasta EINSTEIN y POINCARÉ que los conceptos de tiempo y espacio son definidos a partir de la teoría de la relatividad, donde no son absolutos, ni independientes, pues se miden cada uno en función de la relación entre los fenómenos y sus movimientos. Para profundizar sobre el tema HAWKING, S., *Historia del tiempo. Del Bing Bang a los agujeros negros*, Ed., Planet Agostini, Barcelona, 1992.

responsabilidad por vicios”<sup>3</sup> —y— “puede ser determinante en ocasiones de la propia prueba de existencia del contrato”<sup>4</sup>.

Ello puede resultar sencillo cuando se contrata entre personas presentes pues la aceptación es en el acto percibida por el oferente, de modo que:

“la toma de conocimiento de la aceptación coincide con el momento mismo en que la declaración de la aceptación es emitida”<sup>5</sup>.

Pero cuando las partes se encuentran distantes la formación sería *ex intervallo*, al requerir la llegada de las declaraciones de cada uno de los contratantes.

En el caso de la contratación electrónica<sup>6</sup> se han suscitado varios criterios en pos de definir ante qué tipo de contratación nos encontramos y la teoría sobre el momento de perfección a la cual acogernos cuando utilizamos medios infotelemáticos. Por su parte y muy ligado a ello, encontramos la problemática de definir el lugar de perfección, pues ya se discute en la doctrina y recoge la jurisprudencia, la posibilidad de atribuir a un sistema informático la condición de establecimiento permanente. Sobre estos aspectos nos proponemos dilucidar en los siguientes epígrafes.

## **1. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: ¿CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES O ENTRE PRESENTES?**

La inmediatez que se supone a la contratación electrónica<sup>7</sup>, ha suscitado la discusión entorno a si nos encontramos ante una contratación entre ausentes o contratación entre presentes. La contratación entre personas distantes, o la producida *ex intervallo temporis*, ha sido estudiada en relación con el momento de perfección del contrato, específicamente con las declaraciones de aceptación. No así la contratación entre

3 OVIEDO ALBÁN, J., “La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías”, en OVIEDO ALBÁN, J., *et al*, *Estudios de Contratación internacional*, Seminarios 16, 1ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, JAVEGRAF, Bogotá D.C., Colombia, 2004, pág. 547.

4 FERNÁNDEZ, R., *Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet*, editor. J.M. Bosch, España, 2001, pág. 64.

5 MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, traducido por S. SENTIS MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1955.

6 Cfr. HERNÁNDEZ . L., *Comercio electrónico y contratación*, ed. SAMUEL FEIJÓ, Cuba, 2004. Donde se explican las distinciones entre comercio electrónico, contratos informáticos y contratos electrónicos.

7 Ya se está utilizando la televisión interactiva que coloca en contacto a personas, incitándolas a contratar a través de este medio de comunicación, con ausencia de contacto físico.

presentes pues es indiscutible la inmediatez entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente. Veamos algunas opiniones de la doctrina:

Explica ZUMARÁN<sup>8</sup> que la contratación electrónica se caracteriza por la ausencia de las partes en la perfección del negocio, aunque no en términos absolutos, debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido, lo que la hace más parecida a una contratación entre presentes, por lo que llega a decir que se trata de una contratación entre ausentes en tiempo real.

Para la mexicana GABRIELA BARRIOS<sup>9</sup>, el correo electrónico constituye la forma más usada en el comercio electrónico, aquí la persona a la que se le hace la oferta lee la misma al consultar su buzón, teniendo esta oferta efectos desde el momento en que es leída por la persona a la que se dirige, dependiendo de ésta devolver un correo de aceptación a quien se la dirigió, viéndola como una contratación entre ausentes.

En Costa Rica pueden analizarse dos operaciones distintas: por una parte el Código de Comercio faculta la utilización de usos y costumbres del comercio internacional si no existieran leyes o costumbres nacionales que regulen un acto jurídico, atemperándose a este caso, las contrataciones a través de páginas *web*, amén de la utilización de los artículos 480, 1007 y 1009 del Código Civil, y 442 y siguientes del Código de Comercio. Otra sería la de la contratación vía correo electrónico, a la cual sí le es aplicable la legislación nacional que regulan los contratos entre ausentes como el caso del art. 435 del Código de Comercio, aplicándose en este último caso la teoría de la recepción.

MARTÍNEZ GALLEGO<sup>10</sup> discurre que el término “ausentes” no es el más apropiado, puesto que éste se encuentra reservado jurídicamente para el supuesto de ausencia legal, pues considera más apropiado el término “no presentes” para evitar la confusión con los denominados contratos a distancia.

Por el contrario, MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS<sup>11</sup> considera, que este tipo de contratación se encuentra dentro del tipo de contratos de los

---

8 ZUMARÁN, S., “*La contratación electronica*”, en

<http://www.ipce.org.pe/contraelec.htm> consultada el 3 de abril del 2003, párrafo 69.

9 BARRIOS GARRIDO, G., “Avances en la legislación del comercio electrónico. México como parte de la globalización desde una perspectiva latinoamericana”, en:

<http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/sobrerp.html> (consultada el 14 de abril del 2003).

10 MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, págs. 113-119.

11 PERALES VISCASILLAS, M.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 152-154.

denominados entre ausentes o por correspondencia, así como en los de formación sucesiva<sup>12</sup>.

En opinión de SONIA BERLANGA<sup>13</sup>, nos encontramos ante una contratación entre ausentes. Para ella está claro, y sin discusión, que las partes están alejadas, no sólo físicamente, sino también alejadas la mayoría de las veces, geográficamente y aunque prácticamente se da por hecho, que las telecomunicaciones son un medio de comunicación rápido, eso no significa, que la comunicación no pueda encontrarse con obstáculos que impidan esa rapidez. Por todo ello considera, que es más razonable la denominación de contratación entre ausentes.

MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO opina que no siempre que se contrata a través de un medio informático se está ante un contrato concluido entre ausentes, ya que el programa informático del que se trate puede tener la calificación jurídica de precontrato. En los supuestos del correo electrónico tampoco existe la contratación entre ausentes, dada la inmediatez de la comunicación<sup>14</sup>. En todo caso, ante el silencio legal, debe examinarse el caso concreto para determinar la regla jurídica aplicable<sup>15</sup>.

En España y en Chile el criterio general es considerar la contratación por Internet como entre ausentes<sup>16</sup>. Alega CAPOTE que:

“en definitiva el tema de la aceptación de la oferta virtual y el momento de celebración del contrato no es sino otra vuelta al concepto de contratación entre ausentes”<sup>17</sup>.

El profesor cubano ALBERTO BLANCO, ya en los años 20 del pasado siglo, refería que:

12 En igual sentido BARCELÓ R.J., considera a estos contratos como contratación entre personas distantes, puesto que hay un lapso de tiempo entre la emisión de la declaración y su efectiva recepción. BARCELÓ R.J., *Comercio electrónico entre empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 333-334.

13 BERLANGA, S., “La perfección del contrato en la contratación electrónica”, en: <http://www.cibertele.com/nuevo/banners/redir.asp?url> (consultada el 5 de febrero del 2004).

14 No es esta opinión coincidente con la sentencia del TS español de 30 de julio de 1996, sentencia dictada en el caso de los hermanos *Esteban Longares S.L. c. Pionner.concrete Hispania S.A* (RJ 1996/673), donde el TS español proyecta la previsión contenida en el artículo 1262 del Código Civil para la aceptación hecha por carta “a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna (...) que sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados”.

15 GETE-ALONSO, M.C., *Manual de derecho civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 560.

16 Criterios distintos sigue el Código de Obligaciones suizo en su artículo 2 y el BGB §147.1, que los acomoda en el grupo de contratos entre presentes.

17 CAPOTE PÉREZ, L.J., “La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil” en <http://www.derecho.org/redi> (consultado el día 3 de marzo del 2003).

“Las partes contratantes, no obstante encontrarse en lugares distintos y distantes, pudieran también expresar directamente su voluntad de palabra, para formar el consentimiento contractual. Tal ocurre con un medio de comunicación tan directo, tan rápido y exacto como el teléfono; el contrato que se celebra mediante la exteriorización de la voluntad de las partes con el empleo del teléfono habría de ser considerado y regido como un contrato entre presentes, no obstante el hecho muy posible encontrarse en lugares distantes los interesados en la negociación”<sup>18</sup>.

Lo cierto es que estamos en medio de una era digital en la que no siempre podremos aplicar las normas tradicionales para satisfacer los nuevos problemas jurídicos. Analicemos que la inmediatez reconocida en la contratación telefónica, superpuesta a la distancia física de las partes, se produce por la posibilidad de un intercambio verbal<sup>19</sup> entre éstas lo cual no puede ser alegado, no obstante la rapidez de las telecomunicaciones<sup>20</sup>, en la mayoría de los contratos realizados por medios electrónicos. Al menos, en cuanto a la contratación realizada a través de videoconferencias, cuarto de *chat*, no puede afirmarse que exista un espacio y tiempo que separe la comunicación entre las partes —como ocurre con el correo electrónico en los que sí podemos aplicar las normas de contratación a distancia— y no son aplicables las normas referidas a los contratos por carta. Diferimos, pues, con CAPOTE en cuanto a su afirmación de que:

“la mayor celeridad del medio empleado no puede igualarse al mutuo consentimiento que de forma instantánea se genera entre presentes”<sup>21</sup>

ya que las compraventas hechas en el ciberespacio y en un supermercado pueden ser (en dependencia del medio utilizado) similares, de hecho ello implicaría no tomar en cuenta la verdadera naturaleza de Internet .

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías a nuestro juicio puede aplicarse a las compraventas realizadas a través de Internet. Según esta convención, el contrato de compraventa de mercaderías se perfecciona

---

18 BLANCO, A., *Curso... cit.* pág. 125.

19 El artículo 850 del Código de Comercio colombiano regula “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilara, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”.

20 ILLESCAS ORTIZ, R., reconoce que se trata de una contratación, en efecto, entre partes distantes en el espacio y cuyo proceso de formación se dilata generalmente en el tiempo aun cuando los mensajes de datos contenedores de las voluntades constitutivas viajen raudamente entre un lugar y otro, tan raudamente como la voz en una conversación telefónica. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, España, 2001, pág. 253.

21 CAPOTE PÉREZ, L.J., “La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil” en <http://www.derecho.org/redi> (consultado el día 3 de marzo del 2003)

en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta (art. 23), ya sea cuando ésta llegue a conocimiento del oferente (art. 18.2) o cuando el aceptante ejecuta un acto que indica la aceptación (art. 18.3). La convención crea una regla importante que puede asimilarse en las ofertas realizadas por Internet. Analizaremos esta convención en los próximos epígrafes.

### **1.1. Teorías sobre el momento de perfección del contrato**

En relación con la contratación entre ausentes se han expuesto varias teorías con respecto al momento de perfección del contrato. Primeramente se desarrollaron dos teorías, ellas fueron:

*Teoría de la emisión o declaración:* en ella el momento decisivo es la emisión por el aceptante de su declaración de voluntad, pues a partir de entonces se entiende existe la coexistencia de las declaraciones de voluntad (oferente-aceptante), tomando como ventaja la celeridad, puesto que aún sin la aceptación ser conocida por el oferente, el aceptante podría comenzar a ejecutar el contrato, mediando sólo una comunicación de dicho comienzo.

*Teoría de la cognición:* aquí se sitúa la perfección en el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente, dado su carácter recepticio. Como expresara GÓMEZ LAPLAZA “las declaraciones de voluntad concurren”<sup>22</sup>.

Ambas teorías han sido objeto de críticas por la doctrina<sup>23</sup>, a nuestra opinión muy certeras, pues, ¿cómo encontrarnos vinculados por lo que ignoramos? Y aun con la solución brindada por la segunda teoría ¿sería justo que por causas imputables al oferente éste no conociere de la aceptación diligentemente realizada y por tanto no se perfeccione el contrato?, todo ello amén de los inconvenientes probatorios.

Por estas razones surgen otras dos teorías, denominadas intermedias, son ellas:

*Teoría de la expedición:* donde no sólo se requiere la emisión de la declaración de voluntad por el aceptante sino de su envío al oferente y sería a partir de entonces

---

22 GÓMEZ LAPLAZA, M.C., “Comentaris al Código Civil español”, *Revista de derecho privado*, dirigida por ALBALADEJO, M y S. DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1-B, Ed. Derechos Reunidas, Madrid, 1993, pág. 126.

23 *Vid* en tal sentido DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, reimpresión primera, Ed. Civitas, Madrid, 1972, págs. 200-202, GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Comentarios...*, *cit.*, págs. 126-127.

que el contrato se entiende perfeccionado pues ya el aceptante hizo lo debido, lo cual podría probar con gran facilidad. Como indica Díez-PICAZO:

“...mientras la declaración de voluntad de aceptación se mantiene dentro del círculo o ámbito del propio aceptante, debe ser considerada como ineficaz para determinar la existencia de un contrato”<sup>24</sup>.

*Teoría de la recepción:* en ella lo importante es el hecho de que la voluntad expresada llegue al ámbito de intereses del oferente, o sea, que se presente la real posibilidad de su conocimiento, si éste actuase diligentemente.

En la primera de ellas podría cuestionarse la posibilidad de recuperar la aceptación e incluso su irrevocabilidad y la segunda, como expresa GÓMEZ LAPLAZA, plantearía graves problemas el hacer depender la conclusión del contrato de un hecho material<sup>25</sup>.

Lo importante radicará en la posición adoptada por cada derecho positivo (siempre con carácter supletorio a la autonomía de la voluntad de las partes), sobre las reglas que regirán el momento de perfección, las cuales deben propender a la seguridad jurídica de ambas partes.

En derecho comparado existe predominio de las teorías intermedias, siendo acogida la expedición por el Código Civil argentino<sup>26</sup>, artículo 1154, y Código de Comercio de Cuba, artículo 54; y la de la recepción por el Código Civil mexicano para el distrito federal, artículo 1807<sup>27</sup>, y el Código de Comercio de Colombia, artículo 864<sup>28</sup>. El Código de Comercio de España, en la modificación del artículo 54, hace alusión a dos teorías distintas, la cognición y la expedición. Dicha modificación, hecha en el año 2002 a tenor de la LSSICE, expresa lo siguiente:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela

24 Díez-PICAZO, L. *Fundamentos... cit*, pág. 322.

25 GÓMEZ LAPLAZA, M.C. *Comentarios... cit*, pág. 128.

26 No obstante, el actual proyecto argentino de Código Civil recoge en el artículo 915. “Conclusión del contrato. El consentimiento se forma con la oferta y la aceptación. El contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente”. Acogiéndose entonces la recepción.

27 Artículo 1807. “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”.

28 Artículo 864. “(...) Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”.



remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

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

El artículo 310 del Código Civil patrio<sup>29</sup> reconoce el momento de perfección cuando las partes manifiestan su voluntad, pudiendo interpretarse que es acogida la teoría de la emisión, lo cual sería válido en una contratación entre partes presentes, pero al dar lectura al artículo 317 segundo párrafo del propio cuerpo legal, cuando el acto se realiza por carta u otro medio de comunicación, se obliga el aceptante desde que emite su voluntad y el oferente desde que llega ésta a su conocimiento, siguiendo el criterio de la cognición.

Esta solución civil trae una discrepancia con el ámbito mercantil<sup>30</sup>, cuando y como ejemplificamos anteriormente, el artículo 54 del Código de Comercio cubano establece, para el caso de contratos celebrados por correspondencia, la perfección desde que se emita la aceptación (teoría de la emisión).

Tales discrepancias han encontrado argumentos en que la teorías de la emisión y de la expedición son más factibles al dinamismo del tráfico mercantil, mientras que las demás se adaptan mejor a la contratación civil<sup>31</sup>.

Frente a los preceptos civiles y mercantiles encontramos la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>32</sup>, que acoge el criterio de la recepción<sup>33</sup>.

Somos del criterio que el momento de perfección entre presentes queda correctamente regulado en el artículo 310 del Código Civil cubano. Sin embargo,

---

29 Artículo 310: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”.

30 Vid. PÉREZ GALLARDO, L.B., “Hacia un nuevo derecho de obligaciones”, en *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, Pérez Gallardo, L.B (coordinador), Ed. FÉLIX VARELA, La Habana, 2000, págs. 21-22, donde el autor explica la no necesaria duplicidad del régimen contractual.

31 URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1947, pág. 532.

32 Cuba se adhiere a esta convención el 2 de noviembre de 1994 y entra en vigor el 1º de diciembre de 1995.

33 La convención recoge en el artículo 18.2) “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente (...) La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa”. Ello en relación con el artículo 24: “A los efectos de esta parte de la presente convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “ilega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente o en su establecimiento o dirección postal...”.

cuando estamos en una contratación entre ausentes debe estipularse tal momento desde que el oferente tiene la posibilidad de conocer la aceptación, acogándose en este caso la teoría de la recepción<sup>34</sup>.

El debatidísimo artículo 1262.2 del Código Civil español<sup>35</sup>, anterior a su modificación del 2002 a tenor de la LSSICE (cuyo texto actual es idéntico, en sus párrafos dos y tres al artículo 54 del Código de Comercio español), al igual que el 317.2 del Código Civil cubano, se refieren a la aceptación hecha por carta, considerada como contratación entre ausentes, dado que el medio escogido para manifestar la voluntad supone una dilación temporal relevante entre la oferta y la aceptación.

La perfección del contrato puede presentar problemas, no sólo por el lapso de tiempo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario, sino también cuando éste existe entre oferta y aceptación.

En los contratos por correspondencia los momentos de oferta y aceptación necesariamente tienen que separarse. Primero existe el momento en que se hace la oferta y se envía el despacho que la contiene, luego aquel en que la otra lo recibe, lo conoce y envía a su vez el despacho contentivo de la aceptación, y aquél otro, por fin, en que la aceptación es recibida y conocida por el oferente.

Como se explica, los artículos 1262.2 español y 317.2 cubano solucionan el problema en caso de dilación temporal entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente, como consecuencia de ello se exige una interpretación que acoja a todos los supuestos de contratación en los que exista ese lapso temporal.

Según GÓMEZ LAPLAZA<sup>36</sup>, el segundo párrafo del artículo 1262, simplemente da solución a un problema específico que no se da en la contratación entre presentes, pues en ésta, es indiferente si el contrato se perfecciona al emitir la declaración de aceptación o al conocerla el destinatario, ya que coinciden los momentos, o son jurídicamente irrelevantes.

---

34 *Vid*, Proyecto cubano de decreto ley "De la contratación económica" artículo 16: "La aceptación de la oferta del contrato ha de ser categórica y sin reservas, perfeccionándose el contrato desde el momento en que el asentimiento llegue al oferente".

35 La sentencia de 31 de mayo de 1993 del TS español *admitió la contratación por télex y el Código de Comercio en su artículo 51 se refiere a la correspondencia telegráfica.*

36 GÓMEZ LAPLAZA, M.C. *Comentarios... cit*, pág.129.

En tal sentido, la jurisprudencia española ha acogido criterios de la teoría de la recepción, siendo suficiente que se pruebe que la declaración ha podido ser conocida por el destinatario, teniendo éste que asumir la carga de la prueba en contrario<sup>37</sup>.

En textos legales internacionales<sup>38</sup>, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 1980 y los Principios de la UNIDROIT<sup>39</sup>, se sigue el criterio de la recepción, pues se entiende que es el que mejor se asocia con los principios de la buena fe<sup>40</sup>, de autorresponsabilidad y confianza. La Ley uniforme sobre la formación del contrato de venta internacional de bienes inmuebles corporales (LUFICO), aprobada en 1964 por un convenio de La Haya, en su artículo 5 decía que la oferta no vincula al oferente hasta que haya sido comunicada al destinatario, y la determinación del momento se situaba en la expedición. En 1967, el grupo de trabajo de la CNUDMI, transformó el “no vinculará” del citado artículo en una regulación positiva, acogiendo al mismo tiempo el criterio de la recepción.

Esto se justifica porque la llegada o recepción hacen efectivas las declaraciones de voluntad, efectividad que ha de situarse en el momento en que llega al ámbito de intereses del destinatario, sin perjuicio de que éste haya llegado efectivamente a conocerla o no.

37 En la sentencia del 7 de noviembre de 1977 del Tribunal Supremo español, se reitera que debiendo considerarse recibida tal declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento, como ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llegó a conocimiento del concedente por causa exclusivamente a él imputable (supuesto de consignación de un domicilio inexacto).

38 Considérese lo expresado en el anteproyecto del Código Europeo de Contratos artículo 20: “Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que pueden derivar de ellos en virtud de la ley, de la costumbre y de la buena fe a partir del momento en que llega a conocimiento de la persona a que son destinados y, aun cuando su emisor los declare irrevocable, pueden ser retirados hasta ese momento. Y explica en el artículo 21: 1. “La oferta, la aceptación, su retiro y su revocación, así como el retiro y la revocación de cualquier otra manifestación de voluntad, incluyendo los actos previstos en el artículo precedente, se juzgan conocidos por el destinatario en el instante en que le son comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita le es entregada en su propia mano o llega al domicilio de su empresa o de su lugar de trabajo, a su domicilio postal, a su residencia habitual o al domicilio que eligió. 2. El destinatario puede probar que, sin culpa, estuvo imposibilitado de tomar conocimiento de ello”.

39 Artículo 2.6 (3) “La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llegue al oferente” según se explica esta decisión obedece a que resulta más sensato localizar el riesgo de la transmisión de la comunicación en el aceptante, pues es quien escoge el medio de comunicación, determinando cuáles son arriesgados o tardíos.

40 *Vid.* en tal sentido las consideraciones sobre la obligación de negociar de buena fe en el ámbito internacional en ACUÑA SBOCCIA, G., “El contrato internacional problemas relativos a su negociación y perfección”, en OVIEDO ALBÁN, J., *et al*, *Estudios de contratación internacional*, Seminarios 16, 1ª edición, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, JAVEGRAF, Colombia, 2004, págs. 563-566.

Otro problema a resolver sería el supuesto en que la aceptación llegase retrasada o no llegase al poder del oferente por causas ajenas al aceptante. Esto pudiera darse en el ciberespacio por los riesgos propios del correo electrónico<sup>41</sup>. En este caso, plantean diversos ordenamientos como el alemán y el suizo, que el oferente podría quedar vinculado, excepto que manifieste inmediatamente al aceptante dicha demora o no arribo, pues si no valdría la aceptación como hecha tempestivamente.

Si el aceptante ha hecho todo aquello que estaba a su alcance para que el oferente conociera su declaración y si este último pudo, y actuando diligentemente, debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no haya sido así real y efectivamente. El destinatario que, habiendo recibido la comunicación, alega no haberla conocido, actúa deslealmente y contra la buena fe.

En la contratación entre ausentes, como hemos podido observar, se necesita un equilibrio mayor entre las partes contratantes, y esto, lo permite la teoría de la recepción; pues no es el oferente el único beneficiado. Esta corriente favorece el tráfico jurídico de los negocios, característica fundamental de la contratación.

## **1.2. El momento de perfección en el contrato electrónico**

La Ley modelo de la CNUDMI regula en su artículo 15 el tiempo y lugar del envío y la recepción del mensaje de datos. No nos dice el lugar y el momento en que debe entenderse perfeccionado el consentimiento a fin de no interferir con los ordenamientos nacionales, pero sí nos ofrece normas que pueden facilitar su determinación por cada derecho interno.

El artículo 15.1, señala respecto al momento en que debe entenderse que un mensaje de datos fue enviado que:

“De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos a nombre del iniciador”<sup>42</sup>.

---

41 Entiéndase como los eventuales congestionamientos de la red, presencia de piratas informáticos que impiden la recepción del mensaje contenido de la manifestación o que éste llegue distorsionado.

42 Entiéndase como emisión el envío que realiza una persona —a la que la ley modelo de la CNUDMI denomina como iniciador—, de un mensaje de datos. Este mensaje, sale del sistema de información de la persona que va a enviarlo y a través de un complicado sistema técnico, se inserta en el sistema de información de la persona o personas, que hayamos nombrado como destinatarias de ese mensaje de datos, dando lugar a la recepción.

El apartado 2 del referido artículo, plantea respecto al momento en que debe entenderse recibido un mensaje de datos que:

“De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción<sup>43</sup> de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción del mensaje de datos, la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje en el sistema de información designado; o, ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario”.

En el derecho anglosajón desde hace varios años se han instituido políticas legales en cuanto a la reglamentación de los contratos en Internet. Algunos autores han proferido que las reglas generales de contratación vía Internet, no cambian en su mayoría en relación con las reglas generales de los contratos comunes. Los autores JOHNSTON, HANDA Y MORGAN<sup>44</sup>, plantean que al existir poca experiencia en la cibercontratación, deben aplicarse de manera analógica las reglas comunes. En cuanto a la oferta expresan que se deben considerar como tales, sólo a las ofertas que razonablemente puedan inferirse que lo sean.

La aceptación puede darse perfectamente por medio de un correo electrónico, lo que perfeccionaría el contrato, dándose, según ellos, un caso de contratación a distancia, por lo que debe estudiarse la adaptación de normas especiales para este tipo de contratos. Así es que mencionan la “*Mailbox rule*” o regla del correo, la cual define que la aceptación de una oferta a distancia se considera realizada después del envío por correo del mensaje contentivo de dicha aceptación. Una vez depositada la carta el riesgo lo corre el oferente.

En el ciberespacio, la aplicación de esta regla depende del medio por el que se envíe el mensaje. Si se utiliza el correo electrónico, al existir un tiempo considerable entre envío y recepción la “*Mailbox rule*” se aplica. Si las comunicaciones se realizan a través de un sitio *web* que ofrece al sujeto la posibilidad de apretar el botón de “acepto”, no podrá aplicarse dicha regla, pues no existe retraso entre el

---

43 La recepción es la llegada o entrada del mensaje en el sistema de información de la persona que haya sido designada al producirse la emisión, es decir, el destinatario del mensaje de datos. El mensaje entra en nuestro buzón, y una vez ahí nosotros podemos recogerlo, conectándonos con nuestro servidor, en el momento en que se ha recibido, o bien, podemos recuperarlo posteriormente.

44 JOHNSTON, D.; HANDA, S. y Ch., MORGAN, *Cyberlaw what you need to know all business on line*, Ed. Stoddart Publishing Co. Limite, Toronto, Canadá, 1997, pág. 179.

envío y la recepción del mensaje; desapareciendo el tiempo, no procediendo entonces las normas de contratación entre ausentes.

En el sistema del *Common Law*, la ley que gobierna la formación del contrato de compraventa por Internet, a través de páginas *web*, es la misma de las transacciones realizadas telefónicamente. Las comunicaciones que se realicen con un servidor que utiliza un programa que realice ofertas y aceptaciones inmediatas debe ser considerada como las operaciones “cara a cara” o entre presentes. Estos mensajes al ser instantáneos no pueden verse como comunicaciones entre ausentes, por lo que no se aplica la “*Mailbox rule*”.

Por su parte el Código Civil chileno expresa que el consentimiento se forma cuando el destinatario —receptor— de una oferta la acepta sin modificaciones, independientemente de que el oferente —o emisor— se entere o no. El autor JIJENA<sup>45</sup> opina que dicha norma no siempre se aplica, pues los intervinientes pueden encontrarse regidos por leyes que optan por soluciones distintas.

El Código Civil argentino, se adhiere al sistema de la expedición en su artículo 1154, al expresar que la aceptación perfecciona el contrato desde que la misma se hubiere enviado al proponente, determinando como excepciones: que el aceptante puede revocar su aceptación hasta que sea conocida por el oferente (art. 1155 .1), y que ésta pierde virtualidad si antes de ese momento el oferente fallece o pierde su capacidad para contratar.

Según criterio de SALVAT

“el código ha seguido un sistema intermediario: el contrato no se considera perfeccionado y definitivamente concluido, hasta el momento en que la aceptación llega al conocimiento del proponente y es por eso que hasta entonces el aceptante puede retractarse de ella (art. 1155.1); pero una vez que esa condición se cumple, ella funciona retroactivamente y en consecuencia, desde ese momento la conclusión o perfección del contrato se considera producida a contar desde el momento en que la aceptación fue enviada (art. 1154) (...) este sistema tiene la ventaja de hacer coincidir las dos voluntades en un momento dado, con lo cual se evitan las controversias y discusiones sobre la necesidad de que el conocimiento de la aceptación del promitente por el oferente, llegue, a su vez, al conocimiento de aquél: se evita así el círculo vicioso del sistema de la cognición”<sup>46</sup>.

45 JIJENA LEIVA, R.J., “Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del contrato electrónico” en <http://www.derecho.org/redi> (consultado el día 10 de marzo del 2003).

46 SALVAT, R., *Contratos en general*, Buenos Aires, 1941, pág. 36.

Estos autores no hacen referencia a la distinción entre los contratos realizados vía correo electrónico, la contratación directa en un sitio *web* y la que se produce por conexión audio a través de redes abiertas, Internet o a través de videoconferencia; cosa preocupante, pues es notable la diferencia que tienen estas últimas con los contratos entre ausentes, pues ellas sí se asemejan a la contratación telefónica.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo no determina cuál debe ser el momento de perfección del contrato y deja libertad a los estados para que en su propia legislación establezcan dicho momento, aunque sí establece como obligatorio respecto del comercio electrónico el envío de un acuse de recibo por parte del prestador de los servicios.

El anteproyecto de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico <sup>47</sup> (LSSICE), optaba por una regulación específica intrínseca en la Ley de un momento de perfección del contrato electrónico. En el artículo 32 del anteproyecto se establecía:

“1. El contrato electrónico se entenderá celebrado en el momento en que la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y accesible por este último.

2. Lo establecido en este artículo se aplicará tanto a los contratos civiles como a los mercantiles”.

Así se establecía una regulación específica fuera de la legislación común constituida por el Código Civil y de Comercio, del momento de perfección del contrato electrónico. Unificaba los contratos mercantiles y civiles electrónicos, seleccionando la teoría de la recepción como la determinante de la perfección de los contratos electrónicos.

No se impuso finalmente dicho criterio. Se optó porque la LSSICE no preceptuara de una forma propia y específica el momento de perfección del contrato, y se reformaran los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, a tenor de lo preceptuado en su disposición final cuarta (con idéntica redacción a la ya enunciada cuando hicimos referencia al artículo 54 del Código de Comercio), para uniformar su aplicación a las distintas ramas del derecho, y sobre todo para optar por una categorización del momento de perfección del contrato atendiendo a

---

<sup>47</sup> Anteproyecto del 18 de enero del 2001.

los dispositivos automáticos utilizados en su formación, y separarlo así diáfananamente del contrato entre ausentes.

A este respecto, se hace nacer el contrato “desde que se manifiesta la aceptación” si se ha realizado por dispositivos automáticos. Estas son las teorías de la expedición o comunicación que se nos exponen en los últimos párrafos de los artículos 1.262 y 54; y que difieren por completo de la recepción que en el propio anteproyecto de la LSSICE se había concebido. Dicho momento de perfección ocurre antes de que el oferente conozca la aceptación, y antes, incluso, de que haya llegado dicha aceptación al ámbito del oferente.

Somos del criterio de que se evidencia mayor ventaja y seguridad en la teoría de la recepción (cuando a contratación por vía electrónica realizada entre ausentes nos referimos, *ad. ex, e-mail, páginas web*); pues ésta permite que el mensaje llegue al buzón del destinatario, sin necesidad de que tenga que abrirlo o leerlo para conocer el contenido de la aceptación, ya que contiene información como el nombre del remitente y del destinatario, la fecha y asunto de que trata el mensaje.

### **1.3. Acuse de recibo y confirmación**

Una lectura elemental de lo que la teoría de la recepción considera necesario para el nacimiento del contrato, nos podría llevar a la conclusión de que el oferente puede estar asumiendo un riesgo, proveniente de la no obligatoriedad para la perfección, de que conozca la declaración, ya que en cuanto ésta llega a su poder el contrato es perfecto.

En la contratación electrónica es necesario algo más que la llegada para garantizar la perfección<sup>48</sup>, pues se utilizan medios electrónicos complejos por naturaleza. Aparte de intervenir un remitente y emisor, son necesarios otros instrumentos, como terminales, que deben estar conectados a una red. Los mensajes pueden retrasarse en el tiempo, dando lugar a una inseguridad jurídica en ambas partes.

En segundo lugar, pero no menos importante, es que al haber optado por la teoría de la recepción, nos concierne asegurar que los mensajes lleguen inalterados.

---

48 El anteproyecto del Código Europeo de Comercio dispone en el artículo 16.5: “El autor de la oferta, si da una confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar como concluido el contrato que es objeto de una aceptación de la cual toma conocimiento en fecha posterior al plazo previsto por el inciso 3 del artículo 15, o de una aceptación no adecuada a la forma o a las modalidades fijadas por la oferta”.



La solución posible sería completar la teoría de la recepción con un acuse de recibo, y confirmación.

El acuse de recibo<sup>49</sup> constituye la certeza<sup>50</sup> de que el mensaje ha arribado a sus destinatarios, pero no garantiza que su contenido haya llegado inalterado. La confirmación es un acto de comunicación, consistente en que el destinatario del mensaje de datos, recibido y acusado, pide al remitente una corroboración; lo cual supone que el iniciador se reitera en su voluntad.

En este sentido, el artículo 11.1.1º de la Directiva 2000/31/CE, hace obligatorio —salvo pacto en contrario cuando las partes no son consumidores— la expedición del acuse por el destinatario de un mensaje recibido. En cuanto al plazo para el envío del acuse, la mencionada directiva recoge en dicho artículo<sup>51</sup> que éste, debe ser sin demora indebida; que debemos interpretar, será lo antes posible.

Sin embargo en la propuesta de esta directiva el artículo 11 planteaba que el contrato se entendía celebrado:

“Cuando el comprador haya recibido un acuse de recibo de su aceptación o petición por parte del vendedor (prestador de servicios) por vía electrónica y haya confirmado la recepción del acuse de recibo”.

Este artículo se suprimió en la versión final, pues significaría una reforma de las legislaciones nacionales, centrándose únicamente en las cuestiones relativas al pedido, acuse de recibo y medios para corregir errores de introducción de datos.

De haberse adoptado, el iter del contrato quedaría perfectamente delimitado: el destinatario de la oferta y remitente del mensaje de datos (acusado y recibido), envía su declaración de voluntad, que debe llegar al oferente-destinatario; éste a su vez, que ya tiene en poder la declaración de voluntad (mensaje) en la terminal

---

49 El acuse de recibo consiste en un mensaje de datos contenedor de una declaración en cuya virtud su iniciador, destinatario de un precedente mensaje de datos, comunica al iniciador de este último la recepción del mismo. En el EDI los acuses de recibo declararan no sólo la recepción del mensaje de datos sino también su procesabilidad por el sistema de información del destinatario.

50 *Cfr.* CANDELARIO, I. “El comercio electrónico: un examen de la contratación electrónica en el sector bancario” en <http://www.latinlex.net/cuadernos> (consultada el 23 de marzo 2004).

51 11.1. “Los estados miembro garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicaran los principios siguientes:

- el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica”.

del ordenador, pide al iniciador la confirmación, que supone que el destinatario se reafirma en su postura.

En la LSSICE, artículo 28, se expone la obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación, ya sea por un acuse de recibo, o por otro medio de comunicación electrónica equivalente, entendiéndose así, que se ha recibido la aceptación y su confirmación, cuando las partes a que se dirija puedan tener constancia de ello. Dicha constancia se presumirá desde que el acuse quede almacenado en el servidor donde esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de las comunicaciones.

Según el Código Civil peruano, artículo 1374, si la aceptación se realiza a través de medios electrónicos, se presumirá la recepción de la misma cuando el remitente (aceptante) recibe acuse de recibo. Así el contrato electrónico se distancia de las teorías enunciadas producto de la naturaleza de los medios empleados.

El proyecto cubano de decreto ley sobre comercio electrónico en su artículo 8 reconoce la necesidad de acusar recibo para surtir efectos un mensaje de datos cuando sea requerida por disposición legal o por el emisor, reconociéndose en los artículos 6 y 7 que lo antecedan lo referido a la emisión y momento de recepción del mismo.

Como se puede apreciar los cuerpos normativos tienden a introducir la obligación<sup>52</sup> de una notificación del oferente para confirmar el recibo de la aceptación<sup>53</sup>.

El acuse de recibo, en las comunicaciones vía correo electrónico<sup>54</sup>, resulta fácil de lograr pues es automático, bastando sólo que el destinatario accione dicho dispositivo en su sistema de correo para que los mensajes que le lleguen remitan

---

52 Nótese en este sentido el término obligación y no requisito de perfección. El profesor FERNÁNDEZ, R. explica que parece que la directiva ha sentado un nuevo principio de perfección, al que podría denominarse de la confirmación. Aspecto con el que no coincidimos pues el acuse sólo comprende una obligación; el propio autor reconoce finalmente que el acuse no es un requisito para la perfección y no afectaría a la existencia del vínculo contractual. FERNÁNDEZ, R., *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Editor J.M. Bosch, España, 2001, págs. 64-71.

53 Cfr PERALES VISCASILLAS, M.P., "Formación del contrato electrónico". en ILLESCAS, R; J, CREMADES y M.A., FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, (coordinadores), *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, págs. 915-920.

54 En la Directiva 2000/31/CE se excluye la obligación del acuse de recibo en la contratación por correo electrónico, en su artículo 11.3 regula "El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 11 no se aplicaran a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación igual equivalente". Pudiese ser previsible casos de EDI o mensajes de datos en entornos cerrados.

automáticamente<sup>55</sup> un acuse de recibo cuando son abiertos. Este mecanismo automático permite al remitente de una declaración contractual conocer el momento exacto en que el destinatario está tomando conocimiento la declaración. Pero no es el caso de la recepción, pues puede haberse recibido la aceptación y encontrarse ésta en el buzón del oferente desde mucho antes de éste abrir el mensaje y que se produzca el acuse de recibo. Por lo que se tendría en consideración se tendría en cuenta la fecha en que fue enviado el mensaje de datos contenido de la aceptación.

En definitiva, tanto el acuse como la confirmación<sup>56</sup>, suponen una garantía jurídica de que los mensajes han llegado, pero en ningún caso puede hacerse depender de ello la perfección del contrato pues supondría dejar a facultad del oferente tal decisión. Las partes pueden pactar el acuse a efectos de que puedan optar por otros mecanismos de seguridad distintos a la firma electrónica.

## 2. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Precisar el lugar<sup>57</sup> en que se forma el consentimiento resulta importante en el sentido de fijar la competencia de los tribunales de justicia, la interpretación de la voluntad de las partes de acuerdo con los usos y costumbres del lugar e incluso determinar la legislación del país que es aplicable.

El artículo 1262. 2 del Código Civil español y el 317. 2 del Código Civil cubano se refieren al supuesto de personas que contratan encontrándose alejadas geográficamente las unas de las otras; introduciéndose así el problema del lugar de celebración del contrato<sup>58</sup>, al cual hace mención expresa el citado articulado español, no así el cubano.

55 ILLESCAS, R., no es partidario de que la indicación efectuada por intermediarios (redes o ISP) de que el mensaje de datos ha sido recibido por el sí del destinatario, sea considerado un acuse de recibo. ILLESCAS, R., *Derecho... cit.*, págs. 245-246. Aspecto con el que no coincidimos pues el acuse debe bastar para indicar que se ha recibido el mensaje de datos.

56 La Directiva europea según su tenor literal recae la obligación de acusar recibo sobre el prestador de servicios. En el comercio empresario-empresario no es fácil distribuir tal condición a una sola de las partes, por lo que la obligación recae sobre todos los sujetos contratantes salvo pacto contrario.

57 Las definiciones de espacio han sido muy diversas, así encontramos que para KANT, en el siglo XVIII, espacio es “un orden de existencia de las cosas que se manifiesta en su simultaneidad”. GARDNER, H., *Estructuras de la mente. La teoría de las inteligencias múltiples*, FCE, México, pág. 229. Por su parte HARVEY explica que “las concepciones objetivas de tiempo y espacio son creadas necesariamente pensando materialmente los procesos y las prácticas que sirven para reproducir la vida social y por la variación que esto tenga geográfica e históricamente”. HARVEY, D., *La experiencia del espacio y el tiempo*, traducción de SERAFÍN MALDONADO desde *The Condition of postmodernity, An inquire into de Origins of Cultural Change*, Great Britain, Cambridge University Pres, 1994, pág. 4.

58 El Código de Comercio colombiano regula en el artículo 864: “El contrato (...) y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente (...)”.

En el caso de la contratación entre ausentes, el precepto 1262.2 citado, determina que el contrato se entenderá celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Pero, ¿qué hacer en el caso de la contratación entre presentes?

Ya habíamos aclarado anteriormente, que existe contratación entre presentes en la que las partes se encuentran alejadas geográficamente. Así tenemos que aunque supuestos como el de la contratación telefónica se consideren contratos entre presentes, el problema del lugar de celebración subsiste, pues a pesar de la inmediatez entre las declaraciones de voluntad, las partes pueden encontrarse en distintas localidades o países, planteándose la disyuntiva de considerar como lugar de celebración aquél donde se hizo la oferta o aquél donde se aceptó.

LUNA SERRANO<sup>59</sup> plantea que la regla del segundo párrafo del artículo 1262 debe aplicarse también a la contratación telefónica, en caso de distanciamiento geográfico, es decir, que debe entenderse celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta. De acuerdo con él, LALAGUNA<sup>60</sup> expresa que la solución dada a la cuestión del lugar no tiene necesariamente que estar determinada por la dada a la del momento, a pesar de que en el precepto se intenta coherencia entre ambas.

La coincidencia de las soluciones no se propone rígidamente, pues la norma es dispositiva, estableciendo una presunción respecto al lugar, siendo, pues, las partes, libres para establecer coincidencias o disociaciones entre momento y lugar de perfección del contrato.

Por su parte, RÓGEL VIDÉ<sup>61</sup> entiende que tiene que existir una correspondencia temporal-espacial entre los puntos de momento y lugar. Para el Código Civil español, al no tratar la perfección del contrato entre presentes y entenderse que es cuando la aceptación se emite, también el lugar será aquel en que se haya emitido ésta. Igual sería en el Código de Comercio, con base al artículo 54.

No participamos de la posición del citado autor de que el Código Civil español no recoge la contratación entre presentes; a nuestro entender el artículo señalado va encaminado a ello. Hay que estar claro de que lo importante de este tema no es saber precisamente dónde ha tenido lugar el acontecimiento físico, sino establecer

---

59 LUNA SERRANO, E.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 2, 2ª edición, Barcelona, 1987, pág. 93.

60 LALAGUNA RODRÍGUEZ, E., "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pág. 418.

61 RÓGEL VIDÉ, C., *Momento y lugar de la formación del contrato*, en *La Ley*, Madrid, 1982, págs. 1263 y 1268-1270.

dónde es más justo entablar la litis y qué normas serían más procedentes para decidirla.

El legislador se inclinó por considerar como lugar de celebración del contrato aquel donde se hizo la oferta, aunque no sea el mismo donde se reciba y conozca la aceptación<sup>62</sup>. Este criterio legal es aplicable a la mayoría de los supuestos<sup>63</sup> en los que, emitiéndose oferta y aceptación en distintos lugares y con independencia del medio para perfeccionar el contrato, existan dudas sobre competencia de los tribunales, legislación aplicable, usos, etc.

El artículo establece una presunción que eximirá de prueba al que sostenga que el juez competente es el del lugar donde se realizó la oferta, pero puede destruirse por prueba en contrario, es decir, probando que las partes acordaron que fuera otro el lugar de celebración; pues dicha norma es supletoria para cuando nada se hubiese acordado, e interpretativa de lo que, en su caso, hubieran estipulado las partes.

El Convenio de Viena no contiene referencia alguna al lugar en que se entiende perfeccionado el contrato<sup>64</sup>. En cuanto al lugar de perfección del contrato, de acuerdo al artículo 23, si el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, puede decirse que se perfecciona en el lugar donde surte efecto la misma<sup>65</sup>.

62 Cfr. GÓMEZ LA PLAZA, M.C. *Comentarios al Código Civil español...* cit. pág. 143.

63 No tiene que adecuarse una solución única al tema del lugar. Podría pensarse, por ejemplo, en la oferta al público, que en el supuesto de ir dirigida a consumidores, sería criterio oportuno considerar que el lugar de perfección del contrato es el domicilio del consumidor. En este caso el contrato se entiende concluido fuera del establecimiento mercantil del empresario.

64 El convenio no contiene referencia alguna al lugar en que se entiende perfeccionado el contrato. Ante esta situación, la doctrina se divide entre los que consideran que debe estarse a lo dispuesto en las normas internas de cada Estado, y los que opinan que dentro de la propia convención puede entenderse que, salvo que exista una norma de contenido especial, debe considerarse como lugar de celebración del contrato aquel al que llega la declaración que lo concluye o perfecciona. Véase DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: "Comentario al artículo 23", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (DIEZ-PICAZO L. Y PONCE DE LEÓN, dir. y coord.), Madrid, 1998, pág. 201 y sigs. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*, Pace Law School Institute of International commercial Law, pág. 35. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de octubre de 1998 (AC 1998/2098) considera que el contrato de compraventa mercantil debe entenderse celebrado en el lugar donde se hizo la oferta. En contra, algunos autores como SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 20ª edición, 1997, pág. 125 y. BROSETA PONT M., *Manual de derecho mercantil*, Madrid, 8ª edición, 1990, pág. 396, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998/1093), que, en relación con un contrato de suministro celebrado por medio de fax, señala que "habiéndose emitido la oferta en dos ocasiones desde Gibraltar y aceptada en Madrid, ha de entenderse que el lugar de celebración del contrato fue Madrid, porque en ella concurrió la oferta y la aceptación".

65 Cfr. OVIEDO ALBÁN, J., "La formación..." cit pág. 549.

“Esto lleva, siguiendo los criterios del artículo 18, a proponer que el lugar de perfeccionamiento del contrato puede ser: a) el lugar al que llega una aceptación verbal o escrita (art. 18.2), que ordinariamente será el lugar donde el oferente tenga su establecimiento; b) el lugar donde el aceptante realiza el acto que indica la aceptación (art. 18.3), que por lo general será donde el aceptante tenga su establecimiento”<sup>66</sup>.

Como expresamos el Código Civil cubano no preceptúa el lugar de celebración del contrato. Se limita a establecer el lugar de cumplimiento de las obligaciones en su artículo 236 y reconoce en su artículo 17 la presunción legal (a falta de voluntad expresa o tácita) de regir las obligaciones contractuales por la ley del lugar de ejecución del contrato<sup>67</sup>. Por su parte el proyecto cubano de decreto ley “De la contratación económica” en su artículo 14<sup>68</sup> reconoce la posibilidad que tienen las partes de pactar el lugar al que la declaración de aceptación debe ser enviada y en su defecto se entenderá el domicilio del oferente. Cabría preguntarnos si este precepto pudiera ser interpretado a los fines de determinar el lugar de celebración del contrato. Como se observa la norma parte de personas que se encuentran distantes y el artículo 15 que le continúa reconoce perfeccionado el contrato desde el momento en que la aceptación llegue al oferente, por tanto me inclino a afirmar que el lugar de perfección queda reglado en dicho articulado, luego éste sería, a falta de pacto entre las partes, el del domicilio del oferente.

En tal sentido y por la importancia que reviste para la determinación del lugar en la contratación electrónica se analizara en el epígrafe siguiente la institución domicilio.

## 2.1. Las teorías sobre el domicilio

El domicilio<sup>69</sup> constituye la sede jurídica de la persona y en atención al mismo pueden adquirirse derechos o puede estarse en condiciones de cumplir determinadas obligaciones.

---

66 ADAME GODDARD, J., *El contrato de compraventa internacional*, Ed. McGraw-Hill, México D.F., 1994 pág. 115.

67 Vid TOLEDANO CORDERO, D., *Derecho de contratos, Teoría general del contrato*, OJEDA, N.C (coordinadora), t. I, Ed. Félix Varela, Cuba, 2004, pág. 154, donde explica que “el artículo 17 es de aplicación exclusiva a las relaciones jurídicas con elemento extranjero pues su objetivo es dirimir el conflicto de ley propio de estas relaciones”. Criterio al que nos afiliamos.

68 Artículo 14. “Plazo para la aceptación. El destinatario de la oferta, una vez que la ha recibido, está en el deber de dar respuesta, aceptándola o rechazándola, en el plazo y lugar pactado o, en su defecto, en el domicilio del oferente”.

69 La palabra domicilio se deriva del griego *domus* y del latín *domicilium*, que significan morada o residencia fija. En los primeros tiempos fue confundido domicilio con ciudadanía por la identificación del Estado con la ciudad, luego este criterio se sustituyó por el de nacionalidad, en el siglo XIX; recuperando la conexión

El Código alemán define al domicilio como el lugar donde la persona se establece de modo permanente, entendiéndolo la doctrina como el punto central de las relaciones jurídicas de la persona<sup>70</sup>.

Según la *Enciclopedia jurídica española*<sup>71</sup>, el domicilio es el lugar donde una persona está establecida con su familia o donde tiene el centro principal de sus negocios<sup>72</sup>.

---

domicilio su pasado esplendor en la actualidad para determinar ley aplicable, pues posee carácter intermedio, conciliador, de compromiso entre territorialidad y nacionalidad.

Las teorías subjetivas del domicilio plantean que éste es el lugar donde el sujeto tiene la intención, expresa o tácita, de residir. Las objetivas plantean que es el lugar donde una persona ha establecido su asiento principal de residencia y donde se encuentra el mayor volumen de sus negocios. Las mixtas combinan la intención con el asiento principal de la residencia y los negocios.

La doctrina ha reseñado las características del domicilio:

- Personal; cualquier persona debe tener un domicilio, sin importar que sea ciudadano o extranjero.
- Real o de hecho; determinado por el hecho real de la residencia en un lugar concreto. Es aquél donde la persona tiene fijada su residencia habitual voluntariamente, pues depende ella de convertirlo en tal (art. 28.3 del Código Civil cubano).
- Fijo; un cambio momentáneo de residencia no hace perder al domicilio anterior ni constituir uno nuevo, pues la permanencia accidental o circunstancial en un lugar no basta para su adquisición, ni para la pérdida del anterior.
- Obligatorio; toda persona, al menos en principio, debe tener un domicilio, que puede ser el de origen o el de los padres, aunque existen personas que carecen de él, como los vagabundos, llamados adomidias.
- Único; se plantea que debe tenerse sólo un domicilio, pero nada impide que se tenga doble o múltiple, incluso en Cuba, con la posibilidad de existencia del domicilio de elección coexistiendo con el domicilio general. Así vemos que se evidencia la posibilidad de que existen varios tipos de domicilio: real o de hecho y legal o ficticio, necesario y voluntario, absoluto o propio y relativo o derivado. En cuanto al domicilio hay varias direcciones doctrinales. En Roma, los glosadores exigían dos elementos: el hecho de la habitación y el ánimo de habitar permanentemente. Otra entiende al domicilio como el sitio de origen, adquiriéndose por nacimiento, o es el lugar donde habita el padre. También se ve relacionado con la vecindad.

70 El Código Civil colombiano conceptualiza el domicilio como la residencia acompañada, real o presuntamente del ánimo de permanecer en ella (art. 76). El Código Civil para el D.F de México, expresa en el artículo 29 “El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle”. Para las personas naturales el Código Civil cubano recoge en el artículo 28.3 “El domicilio de las personas naturales es el que como tal consta en el registro oficial correspondiente”.

71 *Enciclopedia jurídica española*, t. XII. FRANCISCO SEIX editor, Barcelona, 1910, pág. 538.

72 La Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, CIDIP II, regula en su artículo 2, “El domicilio de una persona física estará determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias:

1. El lugar de residencia habitual;
2. El lugar del centro principal de negocios;
3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;
4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”.

Una dirección doctrinal se fija en la situación de los bienes de la persona. La doctrina francesa la sigue con la fórmula del establecimiento principal, para fijar el domicilio de la persona que resida en diferentes lugares. Es el domicilio principal aquel donde se tiene la sede<sup>73</sup> y el centro de los negocios, plasmado en el artículo 102 del Código napoleónico, cuando habla del lugar en que el francés “tiene su principal establecimiento”.

Este concepto material o económico del domicilio del Código de Napoleón se difundió a los códigos italianos de 1865 y 1942, que lo regulan de igual manera en el título III del libro primero, definiéndolo como:

“el lugar en que la persona tiene la sede principal de los propios negocios o intereses”.

Respecto a las personas jurídicas el artículo 43 del Código Civil cubano expone que el domicilio de éstas es:

“El que se determine en la disposición legal que las crea, en sus estatutos o reglamentos y, en su defecto, el lugar donde esté establecida su representación legal o radique su órgano superior de dirección”.

Todas estas corrientes se basan, en esencia, en la fijación del domicilio en dependencia al lugar donde la persona tenga su establecimiento principal o permanente. Quede aclarado que éste constituye un lugar fijo de negocios, el centro de la actividad del empresario.

A los efectos del comercio, tanto las personas naturales como las jurídicas tienen necesariamente que fijar con claridad y anticipación a su tráfico, cuál será su domicilio<sup>74</sup>.

Con las primeras puede establecerse diferencia entre domicilio y residencia, no sucediendo lo mismo con las segundas dada su incorporeidad, pudiendo tan solo tener más de un domicilio, diferente de aquel que expresamente se fijó en el pacto social.

---

73 En igual sentido el Código Civil de Colombia atendiendo a las personas jurídicas reconoce en el artículo 86: “El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales”.

74 La doctrina italiana admite que las personas jurídicas elijan domicilios especiales para determinados actos o relaciones jurídicas, cumpliendo los fines de localización y notificación. El Código civil para D.F de México expone en el artículo 34 “Se tiene derecho a designar un domicilio para el cumplimiento de determinadas obligaciones”. En este sentido el artículo 85 del Código Civil colombiano “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”.



“De ahí la necesidad de fijar en la escritura de constitución de la sociedad, y en los estatutos, la población en que ha de tener su domicilio la nueva entidad nacida a la vida del derecho. Esta designación no puede ser invariable, sino que, por el contrario, está sujeta a las modificaciones que el tiempo y las circunstancias del caso aconsejen”<sup>75</sup>.

## **2.2. El establecimiento mercantil**

El establecimiento mercantil es el auxilio que necesita el empresario para desarrollar su actividad, es un conjunto de bienes y servicios por él coordinados y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa. Es uno de los elementos constitutivos del domicilio, muy importante a la hora de determinar, entre otras cosas, la competencia de los tribunales.

La posibilidad que tiene un empresario de utilizar varios establecimientos es evidente. Normalmente éstos radican en distintos lugares geográficos, aunque puede utilizarlos en la misma población. En estos casos el establecimiento principal es el del domicilio del empresario, centro de su actividad empresarial, el resto son sucursales<sup>76</sup>, que nacen como consecuencia de la dispersión territorial de la actividad empresarial, extendiendo el empresario su ámbito de negocios más allá de los límites propios del establecimiento principal, adquiriendo así nueva clientela.

## **2.3. Lugar de celebración del contrato electrónico**

La red define, por sí misma, un nuevo espacio (espacio virtual), sin ninguna conexión territorial precisa y en el que la información, al igual que la oferta y aceptación contractual, la prestación de ciertos servicios e incluso la entrega de ciertos productos, circulan de forma inmediata y automática. Un espacio donde además, confluyen múltiples operadores con localizaciones territoriales diversas (consumidores, proveedores de servicios, proveedores de redes).

La contratación electrónica experimenta un crecimiento exponencial gracias a Internet derivándose, en la mayoría de los casos, relaciones trasfronterizas. En derecho internacional privado un principio general es la autonomía de la voluntad de las partes, pero en este tipo de contratación,

---

75 MARTÍNEZ ESCOBAR, M., *Sociedades civiles y mercantiles*, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1949, pág. 67.

76 El Código Civil para D.F. de México reconoce en el artículo 33, tercer párrafo “Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales”.

“muchas veces no se da la oportunidad de que las partes puedan fijar de acuerdo a su voluntad muchos de los aspectos fundamentales a la hora de realizar un contrato. Por ejemplo, al realizar una compra desde una página *web*<sup>77</sup>, en ésta ya se encuentran fijadas todas las condiciones impidiéndole intervenir en las cláusulas de contratación, por lo que el comprador acepta o rechaza de manera general el contrato”<sup>78</sup>.

Puesto que la autonomía de las partes se ve tan mermada<sup>79</sup>, resulta de gran importancia determinar cuál será el lugar de celebración en el contrato electrónico, y a qué reglas hay que atenerse.

En el tipo de contratación que nos ocupa, debe quedar claro que el establecimiento permanente es el lugar fijo de negocios<sup>80</sup>, pero no queda claro si éste debe estar manejado por personas o el empresario puede hacer sus gestiones a través de medios informáticos.

En el Modelo Europeo de Acuerdo EDI<sup>81</sup> se define el lugar de formación del contrato como el lugar en que el mensaje de EDI llegue al sistema informático del ofertante.

Hay que analizar la posibilidad de considerar una máquina o servidor como un establecimiento permanente. En la sentencia del Bundes Finanz Hof<sup>82</sup> alemán de 30 de octubre de 1996 se reconoce la posibilidad de que una máquina pueda constituir un establecimiento permanente sin necesidad de personal. Esto propició una reinterpretación por parte de la doctrina en el ámbito de las telecomunicaciones, por la que una compañía telefónica extranjera podría tener un establecimiento permanente en Alemania; por lo que nada obsta para que los proveedores de acceso a Internet puedan llegar a considerar que tienen un establecimiento permanente en Alemania por tener allí un servidor.

El criterio mencionado fue modificado en virtud de una ordenanza regional de Karlsruhe de noviembre de 1999, que señala que un servidor de una empresa

---

77 *Ad.ex*, el *click wrap agreement* que es la denominación del acuerdo en la que la aceptación es expresada mediante la pulsación o cliqueo del ratón de la computadora en la opción *acepto* o *I agree*.

78 DAVARA, M.A., *Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 173.

79 La terminología anglosajona es muy expresiva al respecto al considerar que no es *el bargaining* sino el *shopping* lo que garantiza la libertad de los consumidores.

80 Téngase en consideración que puede existir una separación geográfica considerable entre establecimiento comercial y el emplazamiento del sistema informático, los que actualmente pueden ser móviles.

81 Sobre el intercambio electrónico de datos puede profundizarse en BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación... cit*, págs. 241-257. CARRASCOSA LÓPEZ, V.; M.A. POZO ARRANZ, y E.P. RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Ed. Comares, Granada, págs. 77-86.

alemana en el exterior no constituye establecimiento permanente. En ella se discutía si el servidor de una empresa alemana situado en otro país podía constituir establecimiento permanente en él, teniendo en cuenta que dicho servidor era utilizado por la empresa alemana con la mera finalidad de publicitar clientes para la empresa a través de una *web*, detalle éste que determinó que no se le clasificara como tal.

En el caso sólo se ha tenido en cuenta el supuesto de explotación de un servidor propio en territorio extranjero, pero no sobre la de una página *web* en un servidor extranjero, que podría tener una respuesta diferente.

Aun cuando un equipo automático fijo comercializado por una empresa constituya establecimiento permanente en el país en que esté situado, se debe distinguir entre equipos informáticos (*ad. ex.*, servidores<sup>83</sup>) y el *software* o datos utilizados en su funcionamiento (incluidas las páginas *web*).

“Normalmente la sociedad propietaria del servidor es distinta de la sociedad propietaria de la *web*, pues ésta última únicamente arrienda el espacio necesario. Es habitual que la empresa proveedora del servidor sea diferente de la que ejerce su actividad a través de la página *web*”<sup>84</sup>,

pero esto no quiere decir que la empresa haya adquirido un lugar de negocios en virtud del contrato de hospedaje, ni que el servidor y su emplazamiento estén a disposición de la empresa, ni da al titular de la *web* un derecho de espacio o control del servidor. Empero, si la empresa titular de la página es a la vez titular del servidor en el que ésta se sitúa, podría constituir un establecimiento permanente.

Lo cierto es que un prestador de servicios en Internet no puede constituir un establecimiento permanente, a menos que pueda calificarse como un agente de la empresa titular de la *web*, dado que la finalidad de los prestadores es la de facilitar un espacio físico a las empresas que domicilien su *web*, y nunca estaría habilitado para concluir contratos en nombre de la empresa.

Existen dos posiciones con relación a la necesidad o no de intervención humana para la consideración de establecimiento permanente. Un sector opina que la

---

82 Tribunal fiscal de Schleswig-Holstein.

83 Un equipo informático sólo puede considerarse establecimiento permanente si tiene la condición de fijeza (servidor), y para que constituya un lugar fijo de negocios deberá estar situado en un lugar por un determinado lapso de tiempo suficiente para convertirse en fijo.

84 DOMINGO PÉREZ, G., “E-Commerce y el establecimiento permanente”, en: *REDI* # 35.

intervención humana no es necesaria, si la actividad efectuada por el equipo representa la principal cifra de negocios de la empresa. Así asemejan las operaciones de comercio electrónico con aquellas actividades en las que un equipo funciona automáticamente; por tanto, les parece ilógico concluir que la presencia humana sea absolutamente necesaria<sup>85</sup>.

Otro sector opina lo contrario, planteando que la actividad humana debe manifestarse en las personas que estén presentes en el país donde esté ubicado el equipo informatizado y consideran que este personal debe ser asalariado o agentes dependientes de la empresa, no necesariamente autorizados para concluir contratos. En la sentencia analizada el tribunal sostiene que la presencia del personal no es relevante en la determinación si los servicios se llevan a cabo a través de un lugar fijo de negocios.

Cuando las prácticas del comercio electrónico desempeñadas con la ayuda del equipo informático ubicado en otro país se limiten a actividades preparatorias o auxiliares, no se considerará que la empresa actúe mediante un establecimiento permanente. Como preparatorias o auxiliares pueden citarse las siguientes actividades: asegurar un nexo de comunicación entre proveedores y clientes, realizar mensajes publicitarios sobre bienes y servicios, obtener datos sobre el mercado a cuenta de la empresa, facilitar informaciones<sup>86</sup>.

La Directiva 2000/31/CE de 8 de junio del 2000 no se pronuncia sobre el lugar de perfección del contrato pactado por vía electrónica señalando que se debe concretar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La Ley modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI dedica su artículo 15.4<sup>87</sup> a los supuestos en los que la comunicación consiste en un mensaje de datos,

---

85 La sentencia de 6 de septiembre de 2001 del Tribunal fiscal de Schleswig-Holstein, que analizamos, falló que un servidor de Internet situado en instalaciones arrendadas sin presencia de personal puede constituir un establecimiento permanente a efectos de la fiscalidad empresarial en Alemania.

86 El artículo 5.5 del modelo de convenio de doble imposición de la Organización para la cooperación y desarrollo económico señala: “No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, cuando una persona —distinta de un agente que goce de un estatuto independiente, al cual se le aplica el párrafo 6— actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esta empresa tiene establecimiento permanente en este Estado respecto de todas las actividades que esta persona realiza por cuenta de la empresa, a menos que las actividades de esta persona se limiten a las mencionadas en el párrafo 4 y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubiera considerado este lugar como un establecimiento permanente, de acuerdo con las disposiciones de este párrafo”.

87 15.4) “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

así analiza el lugar partiendo de la posibilidad de existencia de diversos establecimientos o cuando carecen de ellos.

De acuerdo con la regulación anteriormente citada BARRIUSO plantea:

“en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios es importante determinar de qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cuál de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular”<sup>88</sup>.

Todo depende de dónde se encuentre el ordenador del oferente, aunque es previsible que las grandes empresas centralicen sus operaciones en un único lugar, independientemente del número de sucursales<sup>89</sup> que tengan, pues éstas quedan subordinadas a su establecimiento principal, convertidas en cauces de información.

La LSSICE<sup>90</sup> indica en su artículo 29 que:

“Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”.

---

Para los fines del presente párrafo:

- a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;
- b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

88 BARRIUSO, C., *La contratación... cit.*, pág.154.

89 Estamos considerando las sucursales en las empresas informatizadas como meros enlaces informáticos, como cauces de información.

90 En la exposición de motivos de la LSSICE expresa “Desde un punto de vista subjetivo, la ley se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España. Por «establecimiento» se entiende el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, definición ésta que se inspira en el concepto de domicilio fiscal recogido en las normas tributarias españolas y que resulta compatible con la noción material de establecimiento predicada por el derecho comunitario. La ley resulta, igualmente, aplicable a quienes sin ser residentes en España, prestan servicios de la sociedad de la información a través de un «establecimiento permanente» situado en España. En este último caso, la sujeción a la ley es únicamente parcial, respecto a aquellos servicios que se presten desde España. El lugar de establecimiento del prestador de servicios es un elemento esencial en la ley, porque de él depende el ámbito de aplicación no sólo de esta ley, sino de todas las demás disposiciones del ordenamiento español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen. Asimismo, el lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el principio de la aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE. Vid. en <http://www.servidoc.com/>

Si tratamos de ubicar espacialmente una página *web* puede resultar difícil, dado que los nombres que poseen los proveedores de Internet no se corresponden necesariamente con una ubicación física conocida. Dificultad que aparece igualmente desde la perspectiva del adquirente de bienes y servicios, ya que puede realizar la operación desde cualquier ordenador conectado a la red.

Por ejemplo, desde cualquier país usted puede obtener un dominio o dirección electrónica *Internet Protocol* (IP) en otro país. En ese caso el domicilio real sería diferente del virtual<sup>91</sup>. Parte de la doctrina considera que la ley aplicable a un posible conflicto será la del país donde se encuentre el servidor del ofertante, que sería de donde partió la oferta, determinable por la dirección IP. Pero no siempre IP está indicado en la dirección de Internet, pues muchas direcciones sólo señalan www.\*\*\*.com o www.\*\*\*.net, casos en los que resulta a veces imposible determinar de qué país proviene la oferta, pues gran cantidad de usuarios de la red están virtualmente domiciliados<sup>92</sup>, como es el caso, en Estados Unidos, lugar distinto al de su domicilio físico.

Pero la solución de que la ley aplicable sea la del lugar donde se encuentre el servidor del ofertante, a nuestro juicio, trae consigo otro problema. Ya anteriormente habíamos referido que lo usual es que la sociedad propietaria del servidor sea diferente a la sociedad propietaria del sitio en cuestión, y no siempre el dueño del sitio, reiteramos, tiene su domicilio real en el país en que se encuentra el servidor que lo hospeda. Es en extremo difícil determinar con seguridad el domicilio material guiándonos solamente por la dirección IP, cuestión importante, principalmente, para los contratos que versen sobre bienes tangibles.

Encontramos más razonable, amén de los contratos con consumidores, donde coincidimos, se tendrá en cuenta al domicilio de éstos; el determinar el lugar de celebración por el domicilio del oferente<sup>93</sup>, pues como ya explicamos no siempre coincide éste con el del servidor, debiendo tenerse en cuenta en el caso de las personas jurídicas que este domicilio debe ser considerado, a tenor de lo expuesto anteriormente, el determinado en sus estatutos o donde radique su órgano de dirección. Por su parte, cuando el oferente es una persona natural

---

91 Esta situación puede conllevar a la presencia de un fraude de ley por la posibilidad de realizarse contratos desde un servidor de Internet fuera del país para eludir prohibiciones internas.

92 El domicilio virtual puede ser considerado a los fines de notificaciones y emplazamientos.

93 ILLESCAS, R., *Derecho de la...* cit, pág. 266. Reconoce que poseen más méritos los criterios que asocian el lugar de perfección del contrato con el lugar del establecimiento de una de las partes del contrato electrónico y no con el emplazamiento de uno de sus sistemas informáticos.

debe prevalecer el domicilio legal y en ausencia de éste, su lugar de residencia o estancia<sup>94</sup>.

No obstante, la parte ofertante pudiera decidir qué domicilio escogerá para el cumplimiento de su obligación, debiendo quedar perfectamente detallado, en tal caso, en las cláusulas del contrato<sup>95</sup>.

## CONCLUSIONES

Los contratos efectuados por dispositivos electrónicos son considerados, por unos, como contratación entre ausentes debido a la distancia geográfica y temporánea, y por otros, como contratación entre presentes, a causa de la simultaneidad de las declaraciones. Nuestro criterio es considerar como contratación entre ausentes la realizada a través del correo electrónico o en un sitio *web*, pues existe un lapso de tiempo que media entre las declaraciones de voluntad de las partes y necesariamente hay que separar la oferta de la aceptación. Caso distinto el del contrato realizado por videoconferencia o en una sala de *chat*, medios que permiten que las declaraciones de voluntad se emitan simultáneamente, desapareciendo el lapso de tiempo, pues son medios rápidos, directos, exactos, que permiten que el consentimiento se forme de inmediato sin importar el hecho frecuente de que se encuentren en lugares distintos y distantes; así pues, a este tipo de contratos lo consideramos como entre presentes.

En los contratos entre presentes el consentimiento se manifiesta de forma simultánea y el lapso de tiempo desaparece, pero la contratación entre ausentes ha sido estudiada en relación con el momento de la formación del contrato, en dependencia a las declaraciones de aceptación. Así es que se han desarrollado varias teorías: emisión o declaración, cognición o conocimiento, expedición y recepción. Nuestro Código Civil reconoce que la perfección ocurre cuando las partes manifiestan su voluntad; por su parte, en la contratación entre ausentes se afilia a la teoría de la cognición, la que puede presentar inconvenientes derivados de la posible falta de conocimiento de la aceptación por parte del oferente por causas sólo a él imputables. Consideramos, que a fines prácticos, la teoría de la recepción sería más adecuada, pues logra una equidad mayor entre las partes y favorece el tráfico jurídico de los negocios.

---

94 El artículo 26 del Código de Bustamante regula “Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia, o en donde se encuentren”.

95 Vid. CARRASCOSA LÓPEZ, V. (et. al.) *La contratación informática...* cit, pág.110.

En la contratación electrónica entre partes ausentes se entiende como lugar de celebración aquél de donde partió la oferta, no ocurriendo lo mismo en la contratación entre presentes, pues pese a la inmediatez con que se forma el consentimiento, las partes pueden encontrarse geográficamente alejadas y existe la disyuntiva de considerar como lugar de celebración el del país donde se hizo la oferta o aquél donde se aceptó. En estos contratos que derivan relaciones transfronterizas es fundamental la determinación del lugar de celebración, debiéndose tener muy presente las teorías del domicilio y de establecimiento permanente y las diferencias entre las personas naturales y las jurídicas.

Un equipo automatizado sólo podrá considerarse como establecimiento permanente si posee la condición de fijeza en un lugar por un período de tiempo, pudiendo estar operado o no por personas. En cuanto a los contratos en los que una de las partes sea un consumidor, coincidimos en considerar como lugar de celebración el del domicilio de éste. En el B2B entendemos como más adecuado considerar como lugar de celebración el del domicilio real del titular de la *web* (las direcciones IP casi nunca se corresponden con éste), que en el caso de las personas jurídicas es el determinado en sus estatutos o donde radique su órgano de dirección; cuando el oferente es una persona natural debe prevalecer el domicilio legal y en ausencia de éste, su lugar de residencia o estancia. No obstante, el oferente pudiera decidir qué domicilio escogerá para el cumplimiento de su obligación, aclarándolo en las cláusulas del contrato.

Precisar el momento de perfección y lugar de celebración de los contratos realizados por medios electrónicos, tiene, a nuestro juicio, gran trascendencia jurídica, pues permite ubicarlos temporal y espacialmente, cuestiones de considerable utilidad a la hora de exigir responsabilidad contractual discernir tribunal competente y determinar ley aplicable, y si ello se une a la agilidad del proceso, podemos afirmar que desde el punto de vista sociocultural humaniza la actividad comercial al brindar mayor seguridad y dinamismo a los comerciantes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional*, Ed. McGraw-Hill, México D.F., 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Curso de derecho civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1997.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º La obligación y el contrato en general, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 1994.

BARCELÓ, ROSA JULIA, *Comercio electrónico entre empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.



- BARRIUSO RUIZ, CARLOS, *La contratación electrónica*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2002.
- BERLANGA, SONIA, "La perfección del contrato en la contratación electrónica" <http://www.cibertele.com/nuevo/banners/redir.asp?url>
- BLANCO, A., *Curso de obligaciones y contratos*, t. II, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1947.
- BRITZ, JULIÁN e ISIDRO LASO, *Internet y comercio electrónico: características, estrategias, desarrollo y aplicaciones*, ESIC: Mundi-Prensa, Madrid, 2001.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. III (artículos 17 a 41 del Código Civil), bajo la dirección de: ALBALADEJO MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA 2ª edición, EDESA, Madrid, 1993.
- CANDELARIO, I., "El comercio electrónico: un examen de la contratación electrónica en el sector bancario" en: <http://www.latinlex.net/cuadernos>
- CAPOTE PÉREZ, LUIS JAVIER, "La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil" en: <http://www//derecho.org/redi>
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español. Común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones*, 15ª edición, revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1988.
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Derecho internacional privado*, parte general, 1ª y 2ª parte, impreso por ENPES, La Habana, 1992.
- DAVARA, M.A., *Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1993.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, reimpresión de la segunda tirada de la edición original publicada en 1971, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- DE DIEGO, *Curso elemental de derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1926.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. II, *Teoría general del contrato*, 6ª edición, revisada y puesta al día, Tecnos, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1966.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, t. II, Cívitas, Madrid, 1993.
- Enciclopedia jurídica española*, FRANCISCO SEIX editor, Barcelona, 1910.
- ESCOBAR, MODESTO, *El comercio electrónico: perspectiva presente y futura en España*, Fundación RETEVISIÓN, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, RODOLFO, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, J.M. Bosch, Barcelona 2001.

- FERNÁNDEZ, M., "La reforma legal de la contratación *on line*" en: <http://www.expansiondirecto.com/edicion/indice/0.2457.2525.00.html>
- GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, *Manual de derecho civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GÓMEZ LAPLAZA, MARÍA DEL CARMEN, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1º B (artículos 1261 a 1280 del Código Civil), bajo la dirección de ALBALADEJO MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA 1ª edición, Edersa, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1º A (artículos 1254 a 1260 del Código Civil), bajo la dirección de ALBALADEJO MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA 1ª edición, Edersa, Madrid, 1993.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. "La contratación electrónica" en <http://www.emprendo.com/articuloshtm>
- HERNÁNDEZ, LISETTE, *Comercio electrónico y contratación*, ed. SAMUEL FEIJÓ, Cuba, 2004.
- HERRERA JOANCOMARTI, JORDI (coordinador), *Comerc electrónico*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2002.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- JIJENA LEIVA, RENATO JAVIER, "Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del contrato electrónico". en Revista electrónica de derecho informático, nº 50, <http://v2.vlez.com/es/asp/default.asp>
- JOHNSTON DAVID, SUNNY HANDA y CHARLES MORGAN, *Cyberlaw, what you need to know all business on line*; Ed. Stoddart Publishing Co. Limite, Toronto, Canadá, 1997.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil (revisado y compilado por ANDRÉ BRUN)*, t. II, vol. I, Teoría general de las obligaciones, t. II, vol. III, traducción de CUNCHILLOS y MANTEROLA, SANTIAGO de la 3ª edición francesa publicada por Libraire du Recueil Sirey, S.A., Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cía. - Editores, Buenos Aires, 1950 y 1951, respectivamente.
- LALAGUNA, RODRÍGUEZ, E., "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990.
- LUNA SERRANO, *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 2, 2ª edición, Barcelona, 1987.
- MALDONADO, S., "Acuerdos de distribución y comercio electrónico" en [http://www.geocites.com/siliconValley/network/5054/marcos/compe/distribution\\_eu\\_es.htm#intro](http://www.geocites.com/siliconValley/network/5054/marcos/compe/distribution_eu_es.htm#intro)
- MANRESA y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, vol. II, 5ª edición, revisada por MORENO MONCHOLÍ, Reus, Madrid, 1950.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, MANUEL, *Obligaciones y contratos*, La Habana, Ed. Cultural S.A., 1938.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, MANUEL. *Sociedades civiles y mercantiles*, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1949.

- MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.
- MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, t. II (traducción de ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN), 1ª edición, Bosch, Barcelona, 1995.
- MOLINA QUIROGA, E., “Contratos informáticos” en: <http://www.aaba.org.ar/aabahome.htm>
- MUÑO MATIENZO, M.C., “El comercio electrónico y el vacío normativo argentino” en [http://www.justiniano.com/revista-doctrina/el-comercio-electronico.htm#\\_ftn1](http://www.justiniano.com/revista-doctrina/el-comercio-electronico.htm#_ftn1)
- OBANDO, JUAN JOSÉ, “Los contratos electrónicos y digitales” en: *Revista electrónica de derecho informático*, n° 39. <http://www.redi.org/>
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. y TERESA DELGADO VERGARA, *Teoría general de las obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2001.
- OVIDIO ALBÁN, J., *et al*, *Estudios de contratación internacional*, Seminarios 16, 1ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, JAVEGRAF, Bogotá D.C., Colombia, 2004.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- RIOSECO LÓPEZ-TRIGO, PEDRO, *Comercio electrónico: la nueva conquista*, Ed. Científico-Técnica, La Habana, 2001.
- RIVAS, JAVIER, “Comunicación CE sobre coordinación internacional en materia de comercio electrónico”, en: <http://www.onnet.es/info.htm>
- ROGEL VIDÉ, CARLOS, *Momento y lugar de la formación del contrato*, en La Ley, 1982.
- SALVAT, RAYMUNDO M., *Contratos en general*, Buenos Aires, 1941.
- STIGLITZ RUBÉN S. y GABRIEL A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ed. Depalma, España, 1985.
- TOLEDANO CORDERO, DAGNISELYS, “La formación del contrato” en AAVV, *Derecho de contratos*, t. I, Teoría general del contrato, en IMP, Cuba, 2002.
- TOMSEN, MAI-LAN, *Contenidos web: estrategias para comercio electrónico y creación de contenidos* (traducción, RUTH VÁZQUEZ), Ed. Pearson Educación, Madrid, 2000.
- URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1947.
- VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN, *et al.*, *Derecho civil. Parte general*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2001.