

## TEMA 2 : FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS MERCANTILES

### 2.1 Perfeccionamiento de los contratos entre presentes

En tiempos modernos muchos de los contratos se celebran entre personas no presentes, que algunos tratadistas los consideran como contratos a distancia o entre ausentes, que adquiere su estudio importancia por los nuevos mecanismos de comunicaciones electrónicos que facilitan las ofertas y aceptaciones, aún sin que los sujetos se hayan conocido en lugares distantes y en tiempos reales inmediatos.

Cuando nos referimos a los ausentes, debemos precisar que se entiende por ausencia el hecho de que una persona esté separada de la otra o alejada de un determinado lugar, o estando presentes no tengan posibilidad de dialogo por diferentes razones, por ejemplo el uso de un cajero automático.

El problema de la contratación a distancia, que se realiza mediante correspondencia, teléfono, cajeros automáticos, fax, telex, computadoras y tarjetas electrónicas o cualquier otro medio similar, es uno de los más complejos de la disciplina contractual y ha suscitado grandes polémicas con planteamientos totalmente diferentes.

Los contratos a distancia se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación del beneficiario de la oferta. El contrato sólo existe, cuando ambas partes están informadas de que hay acuerdo entre ellas y se ha producido la coincidencia de las voluntades.

Nuestro Código, en su Art. 1374 se inclina por la teoría & conocimiento, por estimar que es el sistema que plantea menores objeciones, adicionando a la presunción *juris tantum* de que la aceptación es conocida en el momento en que llegue a la dirección del oferente.

Conocida la aceptación el contrato se perfecciona en términos generales en el momento y lugar en que se cierra el circuito, esto es en el momento que el oferente toma conocimiento de la aceptación. La importancia que tiene el saber cuándo y donde surge la vida jurídica del contrato es indiscutible, especialmente cuando se presentan problemas como el de la determinación del límite temporal para revocar la oferta o la aceptación, la capacidad de los contratantes, los riesgos propios del objeto de la obligación, la determinación de los precios del mercado, o en fin la posibilidad de resolver los contratos por determinados incumplimientos.

El *locus contractus* por su parte, puede llegar a tener una indudable importancia, especialmente para determinar la competencia del juez a quien corresponde conocer de los posibles litigios, la aplicación de la ley cuando el contrato es celebrado por personas sometidas a diferentes ordenamientos jurídicos o los usos y costumbres diferentes que han de tenerse en cuenta para la interpretación de los mismos.

Trataremos de analizar los problemas más importantes que nos hemos referido anteriormente, en busca de algunas alternativas a las mismas.

1.- El primer problema es el referido a la terminología comúnmente empleada induce a error o es demasiado esquemática, necesitando de ulteriores precisiones.

Algunos tratadistas como ROVIRA y PALOMAR, lo denominan a estos contratos “contratación por correspondencia”, que es sólo geográficamente, lo mismo puede decirse de la llamada “contratación entre ausentes”, dado de que este calificativo tiene, en nuestro Código Civil, un estricto significado técnico-jurídico. Para otros autores, consideran más conveniente utilizar la expresión de “contratos entre personas distantes o ‘contratos a distancia’, terminología avalada por autores tan prestigiosos como MESSINEO.

2.- El segundo problema es el referido al esquemático, pues los contratos celebrados entre presentes no presentan mayores problemas ni comentarios, en cambio los contratos celebrados entre ausentes, muestran serios vacíos, especialmente cuando el Código se refiere a que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es recibida en la dirección del destinatario, lo cual plantea serias dificultades al tratar de fijar en cual de los dos grupos han de encuadrarse los contratos celebrados por teléfono, fax, telex, tarjeta de crédito, terminales empresariales y demás medios de comunicación moderna, dado de que estos medios ponen en contacto directo e inmediato a las personas que lo utilizan, no obstante la distancia existente entre las mismas, de modo tal que parece comulgar con las características de los contratos celebrados entre personas presentes, por lo menos en cuanto se refiere el momento de su celebración.

## 2.2 Perfeccionamiento de los contratos entre ausentes

El art. 54 del C. Civil establece una regulación que se aparta del sistema respecto al momento de la perfección del contrato entre ausentes, donde señala que los contratos celebrados por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se contrate aceptando la propuesta o las condiciones con las que ésta fuese modificada.

Este artículo sigue el sistema de perfección basado en la declaración de la aceptación, mientras que el código civil retrasa el momento de la perfección hasta el instante en que el oferente conozca la aceptación. (art. 1262 C. civil)

La trascendencia que tiene saber el momento de perfección del contrato, es saber en que momento puede revocarse la oferta. Las mismas reglas que se aplican al momento de perfección del contrato son de aplicación a los efectos de determinar el lugar en el que se considera perfeccionado en contrato, por tanto, los contratos mercantiles han de considerar que se perfecciona en el lugar donde se admite la perfección, mientras que el Código civil se considera en el lugar donde se hizo la oferta.

La importancia práctica de establecer el lugar de perfección del contrato radica en cuál serán los tribunales competentes y cuál va a ser el ordenamiento jurídico aplicable.

En el caso de los contratos celebrados por teléfono, se consideran concluidos como los contratos entre presentes para determinar el momento de la perfección y como los contratos entre ausentes respecto del lugar donde se perfecciona.

3º La perfección del contrato en caso de que intervenga un agente mediador.

El Código civil establece que los contratos en los que intervenga un agente o corredor quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieran aceptado la propuesta. Este artículo parece pensar sólo en el caso de que los agentes o corredores sean mediadores, pero frecuentemente ocurre que los agentes actúan como comisionistas de una de las partes con poder de representación y, entonces, el contrato se perfecciona cuando la otra parte acepta sus propuestas o bien cuando el agente acepta la propuesta que otra persona le hace. En el primer caso estaremos ante un agente con el encargo de vender y en el segundo con el encargo de comprar.

La representación del agente puede ser directa, si actúa en nombre de su comitente, o bien indirecta, si omite el nombre de éste.

### 2.3 Eficacia del teléfono , telégrafo y fax

partes hubieren convenido previamente. A más de cien años de que entró en vigor el Código de Comercio, estos preceptos se antojan obsoletos para los medios de comunicación actuales. Hay que considerar, además los medios del télex (ya obsoleto), el fax, a través del módem y los nuevos medios de telecomunicación: el e-mail, los contratos que se celebran por Internet y otros medios propios para celebrar Contratos Mercantiles en la nueva tecnología de comunicación.

En todos estos casos, aunque geográficamente las partes no se encuentran en un mismo lugar, la simultaneidad en que se produce la oferta y la aceptación colocan a muchos de estos supuestos en el caso del contrato entre presentes.

En este sentido puede resultar aplicable, para algunos casos, el Art. 1805 del C.C., supletorio del Código de Comercio, que dice que los contratos por teléfono se entienden celebrados entre presentes o ausentes.

Los Principios de UNIDROIT distinguen entre los efectos de la oferta y los de aceptación. “La oferta surte efectos desde el momento que llega el destinatario (Art. 2.3.1).”

Cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebra, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación” (Art. 2.4.1).

“La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente” (Art. 2.6.2).

### LA CONTRATACIÓN POR FAX

La evolución de los sistemas de comunicación necesariamente influye en la forma de los actos de comercio. El mismo concepto de “documento” o de “escrito” ha cambiado su connotación precisa para ampliar su aplicación a otros medios de comunicación. Por ejemplo, en los Principios de Unidroit, la definición de la palabra “escrito” es muy general, pues incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea

susceptible de ser reproducida en forma tangible” (Art. 1.10). Una de estas nuevas formas de contratación es mediante el uso del fax.

Los contratos que se celebran por medio del fax, son contratos entre ausentes, pues no existe inmediatez en la comunicación.

La recepción de un fax, no prueba nada, más que la recepción misma, pues ni siquiera se puede asegurar, qué documento se recibió. Aunque este documento venga firmado, a este documento no se le puede dar mayor fuerza probatoria que al de una copia que reproduzca un documento original”.

Sobre el valor probatorio del fax, este documento no prueba por sí mismo el acto de comercio. En todo caso, la prueba del fax deberá ser reconocida por las partes contratantes, ya sea porque previamente se pusieron de acuerdo en un contrato normativo sobre la forma de contratar (Art. 80 del Código de Comercio), o porque posteriormente a la celebración del contrato reconozcan que las condiciones de la operación se hicieron mediante los documentos que se contienen en los faxes que mutuamente se enviaron.

La ley modelo de UNCITRAL, sobre comercio electrónico, en su amplia concepción sobre el mensaje de datos, incluye a la información que se da a través de fax (telecopia) (Art. 2°).

## 2.4 Contratos de Adhesión

Un contrato de adhesión es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad. Ejemplos claros de contratos de adhesión están dados por los llamados contratos de suministro de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios.