



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Pinochet Olave, Ruperto Andrés; Aguirre Veloso, Patricio
La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte IV: El
lugar de formación del consentimiento electrónico
Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 215-231
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19712109>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información.

Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico

Ruperto Andrés Pinochet Olave

Patricio Aguirre Veloso¹

¹ Ruperto Pinochet Olave es Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la universidad de Talca.

Patricio Aguirre Veloso es Magíster en Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Profesor Derecho Civil de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Recibido el 20 de enero de 2006 y aceptado 8 de junio de 2006.

ABSTRACT

This is the last article in a series of four in which I have presented a comprehensive study of the formation of consent or agreement by electronic means. It deals with the location of electronic consent, analyzing, in the first section, the rules for its determination provided by the Spanish and Chilean law, and highlighting the differences between the solutions found in each national law. The second section moves to a more current discussion of the locus of consent formation, drawing from applicable international law instruments.

Notwithstanding these rules, it is to be noted that the contemporary trend is to give more leverage to the will of the parties in determining the jurisdiction and law to be applied to the controversies that may arise from a contract, with the exception of consumer law, where as it is well known, most rules are not disposable by the agreement of the parties due to the tutelary role of the law in that area.

DESCRIPTORES

Derecho Civil. Derecho Civil y Nuevas Tecnologías. Contratos, Negocio jurídico. Formación del Consentimiento Electrónico. Lugar de formación del consentimiento.

El presente artículo es el último de una serie de cuatro que tienen por objeto tratar de modo exhaustivo el tema de la formación del consentimiento electrónico. Se ocupa del lugar de formación del consentimiento electrónico analizando, en la primera parte, las reglas que para su determinación ofrecen el ordenamiento jurídico chileno y español resaltando las diferencias por las que optaron las tradicionales soluciones de ambos Derechos. En la segunda parte se estudia el lugar de perfección del consentimiento electrónico desde un enfoque actual, conformado por los instrumentos de Derecho internacional que pueden resultar aplicables a la materia. Se advierte, sin embargo, que la tendencia es dar mayor protagonismo a la voluntad de las partes en la determinación del tribunal y derecho aplicables a la solución de eventuales controversias surgidas del contrato, con la excepción, del derecho de consumo materia en donde, como se sabe, la mayoría de sus disposiciones son indisponibles por voluntad de las partes debido al rol protector de dicha área del Derecho.

Con todo, tal asunto que en principio se encontraba entregado casi exclusivamente a reglas incorporadas en el Derecho interno de los Estados, actualmente propiciadas por una serie de instrumentos del Derecho internacional privado, van siendo traspasadas cada vez más al ámbito de la autonomía privada, donde son las partes las encargadas de determinar el lugar, y por tanto, la legislación aplicable y el tribunal competente, a los contratos por ellos celebrados. Lo anterior, con la clara excepción de los contratos celebrados en el ámbito del Derecho de Consumo, en los cuales existen reglas imperativas, irrenunciables por voluntad de las partes, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho nacional, que buscan proteger a la parte más débil de la relación contractual de consumo.

Todo lo dicho sin dejar de considerar las dificultades añadidas que ofrece la contratación electrónica, por su marcado carácter internacional, y por su complejo mecanismo de transmisión de la voluntad, que hace especialmente difícil en muchos casos determinar el lugar de formación del contrato, si las partes, tal como se ha dicho, no lo han hecho libremente.

INTRODUCCIÓN

Junto a la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico se acostumbra _o se acostumbraba, según explicaremos más adelante- a tratar el problema relativo a la fijación del lugar en que se entiende formado el consentimiento, cuestión que lleva asociada la determinación de una serie de importantes elementos del negocio jurídico entre los que podemos mencionar la fijación del lugar de la ejecución de las obligaciones _como norma de carácter dispositivo-, la determinación del juez competente para la solución de los conflictos de intereses² y la fijación de la ley aplicable, en el caso que existan dos o más legislaciones que puedan aplicarse a la regulación del negocio³.

También, y ya en el plano nacional, el lugar en que se forma el consentimiento determina la costumbre que se aplica a algunos contratos, por ejemplo: el contrato de arrendamiento, regulado en los artículos 1940 y 1944 del Código Civil.

Si bien para algún autor la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato no ofrece dificultad alguna⁴, pues, en general, como ocurre en el caso chileno y en el español⁵, existen reglas particulares que sirven para determinarlo, en nuestros días la mayoría de la doctrina ya no estima suficientes estas reglas, especialmente por el creciente carácter internacional de la contratación electrónica y las características especiales de la misma.

Para hacer patente los problemas que genera la contratación electrónica en lo relativo a la determinación del lugar de perfeccionamiento del consentimiento, se debe recordar que la mayor parte de los negocios electrónicos son considerados, para los efectos de la determinación del momento de perfeccionamiento del mismo -según hemos explicado latamente en los artículos que han precedido al presente-, como contratos entre presentes, por lo que resultará paradójico que partes consideradas presentes se encuentren en lugares distantes, como efectivamente sucede en la gran mayoría de los casos reales de contratación electrónica, por lo que a pesar de la presencia virtual de las partes, se hará necesario determinar, de todos modos, el lugar de celebración del contrato electrónico.

Como puede fácilmente apreciarse son múltiples los problemas que ofrece la contratación electrónica para la fijación del lugar de celebración del contrato, ello debido, principalmente, a su marcado carácter internacional⁶ y al hecho de que al concepto de domicilio físico de un usuario de las nuevas tecnologías hoy día puede agregarse el relativo al domicilio informático o electrónico⁷ del usuario, lo que agrega un elemento de confusión más al problema anunciado.

Al mismo tiempo, dado que existe una fase nacional y otra internacional en la mayor parte de las hipótesis de contratación electrónica, abordaremos el estudio de la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato desde ambas

perspectivas.

2. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN EL DERECHO INTERNO CHILENO Y ESPAÑOL

Tal como hemos señalado en los trabajos anteriores, nuestro Código Civil no contiene disposiciones que regulen la formación del consentimiento y el legislador chileno intentó por medio de la promulgación del Código de Comercio, como se señala en el mensaje del mismo cuerpo legal, "*llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil*", haciéndose aplicable _aunque no sin opiniones contrarias- los artículos 97 a 108 del Código de Comercio, relativos a la formación del consentimiento, en materia civil, ya que "*a pesar de estar contenidos en un código especial, regulan una materia de aplicación general*"⁸.

En el plano de la formación del consentimiento entre personas distantes, el artículo 98 del Código citado dispone que la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechara dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso.

Respecto del lugar de formación del contrato electrónico y dado el supuesto de la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio en materia civil, dispone el artículo 104 del Código referido que: "*Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada*".

Con todo, resulta conveniente tener en consideración que, atendida la solución prevista por el ordenamiento jurídico chileno al problema del derecho aplicable en materia contractual, la determinación del lugar de celebración del contrato será relevante sólo si las propias partes no han designado el derecho que lo regirá, ya que la solución chilena, al igual que como tendremos la oportunidad de ver en el caso español, tiene el carácter de dispositiva y se aplica sólo en caso de que las partes no hayan fijado libremente el lugar de celebración del contrato en las convenciones.

Como se ha dicho, la regla del artículo 1.262 inciso final del Código Civil español, prescribe que el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta⁹, consagrando una regla completamente opuesta a la del Derecho nacional, que como hemos dicho establece la regla del lugar en que se ha producido la aceptación.

Sin embargo, tal regla de aparente simplicidad genera una serie de interrogantes

cuando se trata de aplicarla a la modalidad contractual electrónica¹⁰.

En primer término, si bien se acostumbra a pensar que el lugar en el que se hizo la oferta es la sede principal de negocios del oferente y, en consecuencia, en donde se recibirá la aceptación, esto no es necesariamente así, pues nada impide que la oferta haya sido efectuada en un lugar diferente y, por tanto, distinto del lugar en que se perfeccionará realmente el contrato, el lugar de recepción de la aceptación _que como se sabe determina su momento de perfeccionamiento-.

En segundo término, es necesario determinar si la regla del artículo 1.262.2 se aplica en los contratos de formación instantánea¹¹ entre personas distantes o si su determinación debe hacerse de acuerdo a las reglas generales, esto es, en el lugar de la aceptación, que es donde se entiende perfeccionado el negocio al ser ése el instante en el cual se cierra el *iter contractual*¹².

Frente a tal cuestión Clemente¹³ es de la opinión que la regla del artículo 1.262 se debe aplicar a los contratos de formación instantánea entre personas distantes, ello porque tal precepto no distingue y en la actualidad el problema relativo al lugar de perfeccionamiento puede darse tanto en los negocios de formación sucesiva como en los de formación instantánea, por lo que considera la inconveniencia de tener que distinguir en cada caso si la formación del contrato ha sido sucesiva o instantánea y aplicar, por tanto, soluciones distintas según cada hipótesis contractual electrónica.

Concordamos en líneas centrales con las ideas expresadas por Clemente, aunque no cabe duda que el legislador español al utilizar en el artículo 1.262 la expresión: "en tal caso", se está refiriendo a la contratación por carta. Es evidente, que para el legislador del siglo XIX fue imposible imaginar que los contratantes distantes pudieran contratar de modo instantáneo o no interrumpido por lo que al utilizar la expresión aludida no tuvieron la intención de limitar la regla sólo para las hipótesis negociales jurídicas vía epistolar, sino que intentaron elaborar una regla para la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato aplicable a todos los casos en que las partes estuvieren distantes físicamente.

En tercer término será necesario desentrañar -específicamente para las hipótesis negociales electrónicas- lo que debe entenderse en el caso chileno por *el lugar donde se produjo la aceptación* y, en el español, por *el lugar donde se hizo la oferta*, dado que existe la posibilidad de considerar que tal lugar corresponde ya sea al del punto en donde se ha adoptado la decisión de aceptar o de realizar la oferta de contratar, como también en el lugar donde se encuentra ubicado el computador en donde se ha emitido electrónicamente la aceptación o la oferta, lugares que pueden coincidir o no. Tal problema adquiere un grado de complejidad mayor si se piensa en la dimensión internacional de la contratación electrónica, pues en tal caso, los lugares de la o las sedes del oferente así como el de

ubicación del o los servidores del aceptante pueden encontrarse situadas en distintos países.

Ante el problema de la determinación del lugar donde se ha realizado la oferta se han propuesto tres soluciones diferentes: entender que es aquél donde se ha enviado electrónicamente la oferta _lugar del computador del oferente-, entender que es el lugar de domicilio o residencia habitual del oferente y, por último, estimar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la oferta¹⁴, soluciones que pueden ser perfectamente extrapoladas al intentar determinar el lugar donde se ha producido la aceptación, de ese modo sería factible entender que podría ser aquél donde se ha enviado electrónicamente el mensaje que contiene la aceptación _lugar del computador del aceptante-, pensar que es el lugar de domicilio o residencia habitual del aceptante y, finalmente, considerar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la aceptación.

Respecto del problema planteado en relación a la indeterminación del lugar en que debe considerarse realizada la oferta, parte de la doctrina española considera que el lugar desde el que se ha efectuado la oferta es aquél en donde se encuentra ubicado el o los computadores desde el cual la oferta ha sido transmitida¹⁵, cuestión que, dada la variedad de sistemas de emisión de la voluntad electrónica, ya constituye un asunto de suyo complejo¹⁶. No consideramos satisfactoria tal solución, ya que determinar el computador preciso dentro de una gran red mundial es una cuestión no sólo complicada sino en muchas ocasiones imposible¹⁷, además de que hoy en día es posible emitir mensajes electrónicos desde computadores que se encuentran en movimiento, lo que hace totalmente inviable tal criterio de solución¹⁸.

Para nosotros, la tesis de la ubicación del computador del oferente debe ser rechazada más que por cuestiones de naturaleza técnica por consideraciones de lógica jurídica, ya que estimar que el lugar desde el que se ha efectuado la oferta es el del lugar en donde se encuentra ubicado el computador desde donde se ha transmitido es tan absurdo como considerar que una oferta transmitida telegráficamente debe situarse en el lugar de la oficina de telégrafos desde donde ha sido emitida¹⁹. Crítica plenamente aplicable si, en el caso chileno, consideramos que el lugar desde donde debe estimarse realizada la aceptación es aquél en donde se encuentra ubicado el computador del aceptante.

3. PROBLEMAS ESPECIALES QUE PRESENTA LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Hoy es posible sostener que las premisas sobre las cuales fueron elaboradas las reglas para la determinación del momento y lugar de perfeccionamiento del contrato, basadas en la presencia o ausencia de las partes _distancia geográfica-,

no son válidas ni suficientes por sí mismas, según se ha dicho, para enfrentar adecuadamente los problemas específicos de la contratación electrónica.

En primer lugar, en la actualidad es perfectamente posible, a través de los diversos medios electrónicos de comunicación existentes, que contratantes ubicados distantes geográficamente puedan contratar por medio de un proceso continuo e ininterrumpido y que por tanto tal contratación constituya, de acuerdo a los criterios desarrollados en el siglo XX para la contratación telefónica, una especie de contratación entre presentes.

En segundo lugar, debe considerarse que si bien en un principio los medios de comunicación electrónicos fueron concebidos para la contratación entre personas distantes, hoy puede apreciarse su utilidad adicional también para los procesos negociales que desarrollan personas presentes físicamente, que se encuentran en un mismo lugar, esto por las ventajas que el formato electrónico ofrece a las partes para el almacenamiento y transmisión del acuerdo.

Con todo, gran parte de los problemas suscitados por la contratación electrónica hoy pueden ser estudiados adecuadamente si se tiene en cuenta que en la actualidad, en los hechos, el criterio de la distancia geográfica ha sido abandonado y reemplazado por el que considera esencial la circunstancia de que los contratantes no concurren, o no estén presentes, o no se encuentren en comunicación inmediata en el momento de unirse sus declaraciones de voluntad, conclusión a la que adhiere, como hemos visto en los artículos anteriores de esta serie, mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, primero para la hipótesis de contratación telefónica y hoy, también, para la contratación electrónica.

Del abandono del criterio de la distancia geográfica se deduce *contrario sensu* que: "*tanto da que este hecho [el de la comunicación interrumpida] se produzca como consecuencia de que los contratantes no pueden llevar a cabo el contrato en un mismo acto por estar alejados entre sí o por encontrarse en lugares distintos, como que se produzca porque los contratantes, pudiendo realizar el contrato en un mismo acto por encontrarse en el mismo lugar, hayan decidido celebrar el contrato haciendo sus respectivas declaraciones de voluntad en actos separados*"²⁰.

No obstante, si bien es cierto que las nuevas formas de entender los procesos de formación del consentimiento permiten captar mucho mejor la realidad electrónica, que si a tal fenómeno se aplicaran las reglas decimonónicas de forma ortodoxa, de todos modos, los lugares en los que puede entenderse hecha la oferta o la aceptación _de acuerdo a los criterios clásicos- no es asunto fácil de esclarecer cuando se incorpora el elemento electrónico, pues el computador desde el que se transmite una oferta o aceptación, según hemos dicho, puede no estar ubicado en el domicilio del oferente o del aceptante²¹.

4. EL LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. UN ENFOQUE ACTUAL

Tras una lenta evolución, caracterizada por la resistencia de sectores conservadores²², la doctrina actual parece uniformarse en torno a la aceptación de la autonomía conflictual en materia contractual²³. Esto quiere decir que el contrato se regirá, primeramente, por la legislación escogida por las propias partes²⁴.

Sólo en defecto de designación por las partes del derecho aplicable, esto es, si no han ejercido la autonomía conflictual, el contrato se regirá por la ley del lugar en que ha sido celebrado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la designación que hagan las partes del derecho aplicable puede ser, incluso, tácita, como ocurrirá por ejemplo si el lugar de ejecución del contrato, el tribunal arbitral escogido y las referencias en el contenido contractual son, todas ellas, relativas a un ordenamiento determinado. En consecuencia, la autonomía conflictual no debe ser restringida a supuestos de contratos complejos o de elevado nivel técnico.

Como puede verse, el lugar de celebración del contrato tendrá, entonces, una aplicación subsidiaria como factor de conexión²⁵, razón por la cual puede estimarse de menor entidad, los problemas derivados de la dificultad para precisarlo en el ámbito de la contratación electrónica.

Sin embargo, la afirmación anterior se debilita cuando nos enfrentamos a la figura del contrato de consumo, pues tratándose de una categoría contractual fuertemente protegida por el ordenamiento jurídico – como ocurre por lo demás en no pocas legislaciones del derecho comparado –, muchas de sus normas se situarán fuera del alcance de la autonomía conflictual, o al menos la amplitud de ésta se verá restringida, recuperando protagonismo el lugar de celebración del contrato, cuyas normas de protección al consumidor tendrán aplicación no obstante las eventuales designaciones hechas por las partes del contrato de un derecho distinto para regularlo.

Tal característica es más bien una cualidad presente en todas las facultades que concede el Derecho de consumo a los consumidores, y que se explica por el hecho de que a pesar de que parte del Derecho del consumo integra el Derecho privado, específicamente el Derecho civil y Mercantil, se trata de unas de aquellas áreas que pueden ser catalogadas dentro del concepto de orden público.

En efecto, afirmamos que el Derecho de consumo es de orden público, ya que sus disposiciones no han sido establecidas en el sólo interés del individuo, sino que su cumplimiento interesa a toda la sociedad y, por tanto, a la autoridad pública en su rol de garante de los intereses públicos, ya que sus normas son, generalmente, protectoras de una gran cantidad de individuos: los consumidores. Como las facultades que concede el derecho del consumo no han sido otorgadas en el sólo

interés del consumidor _individualmente considerado- no puede éste renunciar a aquellas prerrogativas, que por su trascendencia y generalidad son elementales para el buen comportamiento de la economía y el respeto de derechos básicos de la persona.

Confirmado lo dicho nuestra Ley del Consumidor N° 19.496 modificada por la Ley 19.955 dispone en su artículo 4 precisamente que: "*Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores*". Y tal como se ha dicho, también en nuestro caso, el Derecho de Consumo fija el Tribunal competente y la ley aplicable en el caso que se contrate con consumidores; así en el artículo 50 A se dispone que:

"Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanen de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor", fijando incluso nuestra ley una regla especial para la determinación del tribunal que debe conocer de un asunto en las hipótesis de contratación electrónica.

Sobre la posibilidad de prorrogar la competencia por libre acuerdo de las partes, el artículo 16 de nuestra Ley del Consumidor, al tratar las cláusulas abusivas, en su inciso final establece que, en todo caso, en materia de designaciones de jueces árbitros, el consumidor siempre mantiene su derecho de recurrir ante el tribunal competente.

En el ámbito español y comunitario europeo se encuentra consagrado igual principio. Así, la norma de irrenunciabilidad de los derechos del consumidor se encuentra reconocida en el artículo 2.3 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, disposición que señala que la renuncia previa de los derechos que reconoce la Ley a los consumidores en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula. Normas de semejante redacción se encuentran además en el artículo 48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, artículo 12.1 de la Directiva sobre Contratación a distancia²⁶, disposición adicional primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al introducir la lista de cláusulas abusivas en varias de ellas²⁷ se incluye como conducta abusiva el hecho de hacer renunciar al consumidor a alguno de sus derechos básicos, tal como ocurre en otras disposiciones de similar tenor difíciles de enumerar contenidas a lo largo de toda la legislación especial de consumo.

Así las cosas, habida consideración de que la contratación electrónica ha sido aplicada en su primera etapa, fundamentalmente, en relaciones jurídicas que

podríamos calificar como de consumo, el problema objeto del presente trabajo cobra pleno interés, sobre todo si se considera que el formato electrónico de contratación, por sus ventajas, y porque probablemente en el futuro todos los sistemas de almacenamiento y transmisión documental sean también electrónicos, superará ampliamente su ámbito inicial del contrato de consumo y se aplicará generalizadamente en toda clase de contratos.

4.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO EN CUANTO FACTOR PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO

Señalado el marcado carácter internacional de la contratación electrónica y, a pesar de no constituir tal tarea una misión específicamente perteneciente al ámbito propio del Derecho civil sino más bien al ámbito del Derecho internacional privado, dedicaremos unas líneas a sentar los principios que hoy en día pueden ser utilizados para la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato electrónico internacional, en cuanto factor de determinación del derecho aplicable en materia contractual.

Si bien es cierto que las legislaciones nacionales comparadas _ como es el caso de la española _ contienen normas de Derecho internacional privado relativas al derecho aplicable al contrato que incorporan como factor de conexión el lugar de celebración del contrato²⁸, es preciso reconocer que recurren a éste sólo de manera subsidiaria, para el evento en que no resulten aplicables otros factores entre los cuales la autonomía conflictual ocupa el primer lugar²⁹.

Al respecto debe considerarse que si bien el Código civil español contiene normas para la determinación del derecho aplicable al contrato³⁰, éstas han sido desplazadas _ como anota De Miguel _ por las contenidas en el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³¹, conforme al cual, en todo caso, el contrato se rige por la ley escogida por las partes; y, en defecto de dicha elección, por aquélla que presente los *vínculos más estrechos* con el contrato. En consecuencia, conforme a esta última normativa, el lugar de celebración del contrato queda descartado como factor de conexión del contrato.

La reglamentación del derecho aplicable al contrato prevista en el Convenio de Roma resulta todavía más pertinente que legislaciones nacionales como la española, a efectos de precisar la decreciente importancia del lugar de celebración del contrato en el ámbito del derecho internacional privado, pues las normas del mencionado instrumento internacional se aplican, por disposición expresa, a los contratos de consumo. En efecto, de conformidad con el artículo 5.2 del Convenio, el contrato se regirá por la ley elegida por las partes, sin perjuicio de la vigencia de las normas imperativas del Estado en que el consumidor tenga su residencia habitual, en algunas hipótesis respecto de las cuales se ha querido mantener la

protección estatal³².

Desde otra perspectiva, la regulación del derecho aplicable al contrato reseñada precedentemente, muy especialmente la del Convenio de Roma, puede ser considerada como una herramienta para enfrentar las dificultades surgidas en torno al lugar de perfeccionamiento del negocio electrónico, a partir de los factores de conexión empleados.

Como se ha visto, el derecho internacional privado actual, en reemplazo del lugar de celebración, emplea factores de conexión como la autonomía conflictual, los vínculos más estrechos; y, en algunos casos, la residencia habitual de las partes. Estos factores pertenecen a la categoría de los *factores abiertos* pues, contrariamente a lo que ocurre con los *factores de conexión cerrados*, presentan una cierta flexibilidad, valorada en cuanto permite asegurar una determinación del derecho aplicable realmente más conectado con el contrato³³.

Pues bien, en nuestra opinión estos factores abiertos son una respuesta del ordenamiento jurídico a la incertidumbre en torno al lugar de celebración del contrato, tanto por la dificultad de precisarla, cuanto por la circunstancia de que, incluso determinado, puede no reflejar el "asiento natural" de la relación jurídica. Esta respuesta, bien puede emplearse en un ámbito más amplio que el del derecho internacional privado, por ejemplo, como mecanismo general de determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato.

En consecuencia, la problemática relativa a la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato, puede intentar superarse recurriendo a los criterios de localización mencionados. Al respecto, podría proponerse una fórmula como la siguiente: el negocio electrónico se entenderá perfeccionado en el lugar que las partes acuerden; en defecto de elección el lugar de perfeccionamiento será aquél con el que el contrato presente los vínculos más estrechos³⁴. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de normas imperativas de protección de la parte más débil _ v. gr. el consumidor _ en caso de considerarse necesarias.

Finalmente, sin perjuicio de lo expresado precedentemente, habida consideración de que no se trata de una propuesta de aplicación inmediata, quizás resulte pertinente tener en cuenta lo aconsejado por De Miguel, para quien, dada las dificultades para aplicar la multiplicidad de reglas en el contexto internacional, los inconvenientes propios que genera la determinación del domicilio en empresas de Internet y la circunstancia de que tal labor de calificación, al menos en primer término, corresponderá a los tribunales españoles, debe adoptarse como un criterio de interpretación recomendable para tal labor el considerar que: "*esencial en este contexto es garantizar las legítimas expectativas de los contratantes y la seguridad jurídica en la determinación de la competencia de los tribunales españoles, por lo que ante la falta de correspondencia entre criterios territoriales como el del lugar en el que se hizo la oferta y la esencia de Internet, parece*

oportuno conceder un margen de apreciación al intérprete, cuando existen indicios significativos (como las direcciones de Internet) que pudieron llevar a la contraparte a considerar de buena fe que la oferta se hizo desde España (en particular, si ningún otro criterio atribuye competencia a nuestros tribunales y existen vínculos apreciables con España)"³⁵. Tal criterio práctico podría también ser recomendable para los Tribunales nacionales en el caso que se encontraran ante la necesidad de resolver la misma clase de problemas.

Por otra parte, debe abandonarse el principio, al menos como criterio de carácter general, que estima como lugar de la oferta electrónica o, en nuestro caso, el de la aceptación electrónica, el que corresponde al del punto donde se encuentra ubicado el computador desde el cual se ha transmitido la oferta o la aceptación, y resolverse tal cuestión de acuerdo a las pautas generales contenidas en las reglas para la formación del consentimiento, por lo que deberá considerarse que el lugar desde el que se ha hecho la oferta o la aceptación es aquél donde se ha exteriorizado la voluntad con el propósito serio de obligarse.

De acuerdo a tal prevención, será aconsejable distinguir en cada caso la función concreta que ha cumplido el computador. Si ha sido el medio utilizado para exteriorizar la voluntad podrá ser estimado como lugar de la oferta o la aceptación, en caso contrario, esto es, que la voluntad haya sido adoptada y exteriorizada por otro medio, por ejemplo, un acuerdo del directorio de una empresa, y después transmitida electrónicamente a través de un computador, el lugar donde se ha efectuado la oferta o la aceptación no coincidirá con el de la ubicación del computador emisor, debiéndose en tal caso, desestimarse tal criterio a favor del que ubica el lugar de perfeccionamiento donde realmente ha sido formada la voluntad.

Teniendo en cuenta que una de las principales funciones de la fijación del lugar de perfeccionamiento del contrato es asignar competencia a los tribunales para conocer de las cuestiones que puedan derivarse del contrato, reiteramos que los contratos de consumo se encuentran excepcionados de las reglas generales, en cuanto, como medida especial de protección del consumidor en el Derecho de consumo, se contienen normas especiales tendientes a otorgar competencia a tribunales accesibles para el consumidor³⁶ y a limitar las facultades generales que poseen los particulares para prorrogar la competencia a otros tribunales ordinarios o arbitrales, a excepción de que sometan la resolución de tal clase de asuntos a los tribunales arbitrales establecidos específicamente para la materia de consumo³⁷.

² En Chile la regla general se encuentra en el artículo 135 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales.

³ En tal sentido señala Rogel "Es importante la fijación del lugar de perfección porque el locus contractus es punto de conexión para determinar los tribunales competentes en caso de litigio, la ley aplicable al contrato y a la relación jurídica que éste pueda generar y los usos y costumbres, en fin, a tener en cuenta para la interpretación del mismo. Importa, a mayor abundamiento, a efectos fiscales, para determinar la Administración que está legitimada para cobrar los impuestos y cuáles sean éstos", Rogel Vide, Carlos. 2001. "Los Contratos Electrónicos, sus Tipos y el Momento de su Perfección", publicación electrónica **Derecho sobre Internet**, <http://derechosobreinternet.com>. En la misma línea Prada: "Es trascendente la concreción del lugar de celebración del contrato electrónico por varios motivos; primero, porque facilitará la interpretación del contrato; segundo, porque permitirá conocer en su caso, los requisitos especiales que se hayan establecidos para su formalización; y tercero, porque determinará la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones que versen sobre aquél o si es el caso, de aquéllos que exijan su cumplimiento", Prada Alonso, Javier. 2001. "Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato", en **Revista General de Derecho**, formato electrónico, http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm. De Miguel por su parte, y específicamente referido a la contratación internacional expresa: "La precisión del lugar de celebración del contrato es decisiva en la aplicación de ciertas normas de Derecho Internacional Privado, que emplean este elemento como criterio de conexión en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable", De Miguel Asensio, Pedro A. 2000. **Derecho Privado en Internet**. Madrid: Civitas Ediciones, p. 315.

⁴ Martínez Gallego: "La mayoría de los autores que examinan la contratación entre <ausentes> y los problemas que ella suscita han distinguido dos cuestiones fundamentales: la referente al lugar de la perfección del contrato y la relativa al <momento> de la perfección del mismo. Nosotros, siguiendo la tónica inicial de la investigación, nos centramos únicamente en la segunda de las cuestiones apuntadas y admitimos sin reparo el tenor literal del párrafo segundo, in fine, del art. 1.262 Cc: <El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta>", Martínez Gallego, Eva. 2000. **La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación**. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 115.

⁵ De este modo el artículo 104 de nuestro Código de Comercio que, como se sabe, es aplicable en materia civil, dispone que: "Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada", en tanto que en el derecho español su Código Civil prescribe en su artículo 1.262 párrafo 2º que: "El contrato, ...se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta".

⁶ Aunque Gómez Segade prefiere calificarlo de transnacional al señalar: "Como consecuencia de las nuevas tecnologías..., el comercio electrónico se mueve en un

espacio sin fronteras políticas y geográficas, y por eso creo que es más significativo calificarlo como transnacional y no como internacional, porque se produce al margen de los Estados", Gómez Segade, José Antonio. 2001. "El Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información", en **Comercio Electrónico en Internet**, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 28. Por su parte Fernández señala refiriéndose al lugar de celebración del contrato: "*Es esta una cuestión de relevancia en la materia que nos ocupa. La contratación internacional tiene a Internet como instrumento de desarrollo. Aunque el comercio electrónico entre empresas y consumidores pertenecientes a un mismo país será probablemente el más relevante por cifra de negocio, la contratación internacional experimentará en pocos años un crecimiento exponencial gracias a Internet*", Fernández Fernández, Rodolfo. 2001. **La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 71.

⁸ Vial Del Río, Víctor y Lyon Puelma, Alberto. 1985. **Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 39.

⁹ Prada, Ob. Elec. cit.: "*En cuanto al lugar de celebración del contrato, nuestro Código civil en su art. 1262.II dispone que los contratos se presumen celebrados <en el lugar en que se hizo la oferta*".

¹⁰ Sobre el carácter de norma dispositiva del citado párrafo 2º del artículo 1.262 del Código Civil español estimamos no existe duda, tratándose, en consecuencia, de una norma supletoria de la voluntad de las partes. En dicho sentido Diez-Picazo señala al analizar el inciso final del artículo 1.262 del Código civil que: "*nuestro Código Civil establece, bajo la forma de una presunción, una regla jurídica que, por ello mismo, debe considerarse como dispositiva y que por consiguiente cumplirá una función interpretativa de lo que las partes sobre esta materia hayan estipulado y una función supletoria cuando nada hayan declarado sobre el particular, pero que las partes podrán establecer lo que tengan por conveniente y el lugar de formación de contrato será en definitiva el que ellas mismas señalen*", Diez-Picazo, Luis. 1996. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**.

Introducción. Teoría del Contrato. Madrid: Quinta edición, volumen I, Civitas Ediciones, p. 324. En la misma línea Prada, Ob. Elec. cit.: "*Para otros, por el contrario, partiendo del carácter dispositivo del art. 1262 del C.C., entienden que no tiene por qué darse una coincidencia, ya que la autonomía privada permite fijar un lugar de celebración si nada establecen las partes*", y Lalaguna Domínguez, Enrique. 1993. **Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos**. Valencia: Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, p. 133. Rogel. Ob. elec. Cit.,: "*La presunción señalada en el* <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm> *1262.II, con todo, es iuris tantum simplemente y admite, por ello, prueba en contrario, cabiendo que se acredite el conocimiento efectivo de la aceptación en lugar distinto de aquél en que se formuló la oferta*", en sentido similar Clemente señala: "*Se trata de una mera presunción y cabe, por tanto, que las partes hayan pactado*

otra cosa,...", Clemente Meoro. 2000. "Algunas consideraciones sobre la Contratación Electrónica", en **Revista de Derecho Patrimonial**. Pamplona: N° 4, Editorial Aranzadi, p. 82.

¹¹ Recordemos que la regla del párrafo segundo del artículo 1.262 ha sido hecha originalmente sólo para los contratos de formación sucesiva.

¹² Desde este punto de vista puede considerarse superior la solución del Derecho chileno ya que el lugar en donde se ha producido la aceptación es realmente aquel donde se cierra lógicamente el *iter contractual*.

¹³ Clemente, Ob. Cit. p. 82.

¹⁴ Tales alternativas de solución son enunciadas en Clemente, Ob. Cit., p. 83 y Sanz Viola, Ana María. 2001. "Contratación electrónica", en **Actualidad Civil N° 18**. Pamplona: Editorial Aranzadi, p. 655.

¹⁵ Carrascosa, Pozo y Rodríguez afirman: "*Lo importante para fijar el lugar de contratación a través de ordenadores u otros medios electrónicos, sería ubicar el ordenador con quien se ha establecido la comunicación*". Prada, Ob. Elec. cit.: "*En la contratación electrónica todo va a depender dónde se encuentre ubicado el ordenador oferente, aunque es previsible que las grandes empresas centralicen sus operaciones en un único lugar, independientemente del número de sucursales que tengan, éstas quedan subordinadas a su establecimiento principal, reducidas a simples cauces de información*", Carrascosa, Valentín, Pozo; María A., Rodríguez, E. P. 1999. **La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos**. Granada: Segunda Edición, Editorial Comares, p. 31.

¹⁶ Demostrando tal complejidad De Miguel, Ob. Cit., p. 405, intenta determinar en diversas especies negociales electrónicas dónde debería entenderse situado el ordenador del oferente, al respecto señala: "*Cuando la oferta se realiza a través del correo electrónico, cabría entender que el lugar desde que el oferente envía el mensaje debe prevalecer sobre aquel en el que se localiza el servidor, cuando ambos no coinciden; en relación con las ofertas (o invitaciones a hacer ofertas) en sitios web debería atenderse al lugar desde el que el mismo se gestiona y organiza*".

¹⁷ De Miguel, Ob. Cit., p. 405, destaca tal dificultad al decir: "*La configuración técnica de Internet dificulta la precisión geográfico en el que se hace la oferta, pues la sede de la empresa oferente, la localización física del sitio web en el que se formula o del servidor que se emplea para enviar el mensaje de correo electrónico en el que se contiene no coincide necesariamente con el lugar desde el que se ordena la introducción de esa información a la Red, emplazamientos que con frecuencia ni siquiera pueden ser conocidos por la contraparte (si bien tiende a*

exigirse que el proveedor informe de su dirección geográfica)". En el mismo sentido Prada, Ob. elec. Cit., señala: "Quizá el problema es ubicar espacialmente una página web, dado que los nombres que poseen los proveedores de Internet, no se corresponden necesariamente con una ubicación física conocida. La duda también aparece desde la perspectiva de la otra parte contratante, es decir, el adquirente de bienes y servicios, ya que puede realizar la operación desde cualquier ordenador conectado a la red".

¹⁸ Clemente, Ob. Cit., p. 83, en tal sentido señala: "entiendo irrelevante el lugar desde el que el oferente transmite la oferta al servidor en que se almacena, desde el que envía el correo electrónico que contiene la oferta. Entre otras cosas porque puede resultar imposible de conocer para el aceptante y podría dar lugar a todo tipo de fraudes; además de que podría ser cualquiera: un coche, un barco, un avión...".

¹⁹ En un sentido similar De Miguel, Ob. Cit., p. 405, al menos para el caso de las Webs señala que: "debería atenderse al lugar desde el que el mismo se gestiona y organiza y no a aquel en el que se sitúa el ordenador que opera el sitio". Tal idea es recogida en el artículo 15.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, según el cual, si nada han dicho las partes debe considerarse lugar de expedición de la oferta el del establecimiento o residencia habitual de quien envía (en nombre propio a través de un intermediario) el mensaje.

²⁰ Lalaguna, Ob. Cit., p. 132.

²¹ En tal sentido señala Clemente, Ob. Cit., p. 83, que el lugar: "donde se hizo la oferta, que puede ser distinto". La misma idea manifiesta Rogel, Ob. elec. Cit., especialmente para la realidad electrónica al señalar: "Cabe, por otra parte, que no coincida el lugar en que se hace materialmente la oferta con el lugar en que se encuentra la sede jurídica, el centro de las actividades del oferente, en cuyo caso y por cuanto al dicho lugar respecta -que no, necesariamente, en lo que respecta al momento- al último señalado cabría estar".

²² Guzmán Latorre, Diego. 1997. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 518 – 528.

²³ Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel. 1990. "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", en **Revista Chilena de Derecho**, volumen 17, p. 358-365.

²⁴ La autonomía conflictual deriva de la autonomía de la voluntad y, aunque estrechamente vinculada, no debe confundirse con la autonomía material, en virtud de la cual, las partes están facultadas para incorporar al contrato normas materiales particulares, tomadas de legislaciones nacionales o creadas por ellas

mismas. La autonomía conflictual habilita a las partes para designar el derecho conforme al cual el juez deberá resolver las controversias que surjan en torno al contrato, entendido como un todo en el que se comprende las normas materiales incluidas en ejercicio de la autonomía material.

²⁵ El factor de conexión es uno de los elementos internacionales de la relación jurídica, incluido por el legislador en la norma de conflicto y convertido por ese hecho en criterio localizador de dicha relación, mediante el cual se vincula ésta con un ordenamiento cuya aplicación se prescribe.

²⁶ Directiva 577/85, de 20 de diciembre de 1985, referente a la Protección de los Consumidores en el caso de los Contratos negociados fuera de los Establecimientos Comerciales.

²⁷ Así la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducida por la mencionada Ley de Condiciones Generales, estima como abusiva con carácter general, la cláusula décima cuarta, que señala el caso de "*La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor*". En un plano particular es considerada abusiva la cláusula décimo tercera que enuncia, "*La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación*", y la vigésima séptima, que señala la hipótesis de "... *renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato*".

²⁸ Art. 10.5 C.C. español.

²⁹ El art. 10. 5 citado hace aplicable al contrato, en defecto de elección por las partes, la ley nacional común a las partes; la de la residencia habitual común; y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

³⁰ Art. 10.5 C.C. citado.

³¹ "*El carácter universal del CR (art. 2) determina que se aplique sin límites espaciales (es irrelevante que los otros ordenamientos con los que está vinculado el contrato sean o no de Estados miembros), asimismo, las materias excluidas de su ámbito de aplicación por el artículo 1.2 (capacidad, estado civil, sucesiones, familia, obligaciones cambiarias, convenios de arbitraje y de elección de foro, cuestiones societarias, trust y representación voluntaria) tienen escasa repercusión en la legislación aplicable a los contratos electrónicos. En definitiva, salvo para supuestos muy particulares, el régimen del CR desplaza a las normas de fuente interna respecto a la determinación de la ley aplicable a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en España (1 de septiembre de 1993) (art. 17 CR)*", De Miguel, Ob. Cit., p. 433.

32 "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta." Art. 5.2. Convenio de Roma. Aquí es posible advertir, nítidamente, la posición excepcional en que se encuentra el contrato de consumo a la que se aludía en el apartado anterior.

33 Sobre el particular conviene destacar que en la base del sistema de derecho internacional privado está la idea _ originalmente expresada por Savigny _ de que las relaciones jurídicas tienen un asiento natural, esto es, se localizan en un territorio determinado; razón por la cual la legislación vigente en ese territorio será la que, en principio, esté en condiciones de ofrecer la regulación más idónea. Así las cosas, factores de conexión como el lugar de celebración del contrato han sido criticados por su excesiva rigidez, la cual impide al juez aplicar un derecho que, de las circunstancias del caso, resulte más estrechamente vinculado con el contrato sobre el que verse un determinada controversia.

34 Para la concreción de este factor abierto se hace aconsejable contar con criterios orientativos, como son los que subyacen a las presunciones del Convenio de Roma. Ejemplo de ello es lo señalado en el artículo 5.2, conforme al cual "se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central".

35 De Miguel, Ob. Cit., p. 405.

36 En tal sentido señala Badenas: "Como es sabido, las reclamaciones en el ámbito de las relaciones de consumo suelen oscilar alrededor de cantidades no muy grandes, lo cual propicia que los consumidores que se sienten <defraudados> por los presuntos incumplimientos de los profesionales y empresarios renuncien a ejercitar sus acciones en la vía civil de la jurisdicción ordinaria de la Administración de Justicia por el elevado coste (en tiempo y en dinero) que para aquéllos representa, existiendo innumerables asuntos en los que los legítimos intereses económicos de los consumidores no quedan reparados", Badenas Carpio, Juan Manuel. 1999. "El Sistema Arbitral de Consumo", en **Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores**. Madrid, Editorial Mc Graw Hill, p. 658.

³⁷ Según Badenas, Ob. Cit. p. 658 y siguientes, las bases del sistema arbitral de consumo español, que se deducen del artículo 31 de la Ley 26/1984 General para la defensa de los Consumidores y del RD 636/1993 son las siguientes: 1^a El sistema arbitral de consumo ha de consistir en un procedimiento ágil y accesible. 2^a La decisión que se obtenga del arbitraje debe tener carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes. 3^a La existencia de algunas materias especialmente excluidas del arbitraje. 4^a El sometimiento de las partes al sistema arbitral debe ser voluntario y constar expresamente por escrito. 5^a La composición del Tribunal Arbitral debe ser tripartita. 6^a La gratuidad. Los arbitrajes de consumo son esencialmente gratuitos.