

FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN COLOMBIA Y LA
INCIDENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL CONTRATO

José Joaquín Castro Rojas

Bogotá D.C.

2010

Tabla de Contenido

	Pág.
Resumen	3
La Autonomía Privada de la Voluntad y la influencia del Derecho Social.	4
<i>Iter</i> Contractual: La relación oferta y aceptación en el Derecho Interno Colombiano.	13
La Formación del Contrato en la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de Mercaderías	43
Breves comentarios a la oferta y la aceptación en proyectos unificadores de la ley de Contratos.....	62
El Fundamento Constitucional del Consentimiento Informado y su relación con el Deber de Información Contractual	85
Bibliografía	110
Anexo normativo sobre oferta y aceptación.....	118
Marco Común de Referencia.....	118
Principios de Derecho Europeo de los Contratos.....	139
Código Europeo de los Contratos.....	153
Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.....	165
Principios <i>Aquis</i>	169
Principios Unidroit 2010.....	184

RESUMEN

Con el presente escrito, se busca hacer un análisis completo de las diferentes problemáticas, que desde el punto de vista jurídico se pueden presentar en los procesos de relación entre la oferta y la aceptación en el derecho Colombiano, sin dejar de lado algunos comentarios en el marco del derecho comparado, planteando soluciones y propuestas. Adicionalmente se hace un breve análisis de la naturaleza jurídica del llamado consentimiento informado médico, comparándolo con el deber de información, como deber secundario del de Buena fe contractual, con el fin de asimilarle naturaleza, y hacerle producir efectos diferentes, ante su violación, que van más allá de la responsabilidad precontractual o contractual, que hoy se le pueda reconocer, dado su especial protección Constitucional.

Palabras Clave: Formación contractual – Consentimiento informado – Responsabilidad contractual- Dignidad de la persona -

SUMMARY

With this letter, we seek a comprehensive analysis of the various problems that from the legal point of view may occur in the processes of relationship between the offer and acceptance in the Colombian law, without leaving some comments in the framework of comparative law, proposing solutions and proposals. Additionally, a brief analysis of the legal nature of the doctor called informed consent, compared with the duty of information, such as secondary duty of good faith of the contract in order to assimilate nature, and make it produce different effects to their violation, beyond pre-contractual or contractual responsibility, now you can recognize because of its special constitutional protection.

Keywords: Training contract - Informed Consent - Liability contractually - dignity

LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO SOCIAL

No se puede desligar lo que se conoce como proceso de formación del consentimiento en la creación de los contratos, de la autonomía privada de la voluntad. Es importante hacer unas consideraciones previas sobre el tema para ubicarnos dentro de la importancia de la voluntad de las partes en la formación contractual. Existe una discusión permanente sobre la importancia actual de la autonomía privada de la voluntad e inclusive sobre su existencia. ¿Hay autonomía privada de la voluntad?, ¿No existe la autonomía privada de la voluntad?, ¿Podemos hablar de autonomía privada de la voluntad?, o ¿Definitivamente quien la mencione estará refiriéndose a una figura extinta? (Fernández, 2000)

Bajo esa línea, es importante ubicarse en lo que ha sido la estructura de la autonomía privada de la voluntad en el desarrollo histórico iniciando en el siglo XVIII, pues efectivamente, ante una libertad económica, ante una liberalidad en la primacía de la voluntad del individuo y obviamente bajo esa línea, la no intervención del Estado dentro de ese esquema de formación y exteriorización de esa voluntad, era la regla (Valencia, 2002).

Es evidente que la autonomía privada de la voluntad en esta época tenía plena eficacia y plena contundencia: lo que yo pensara lo que yo quería era efectivamente lo que debía aplicarse; yo era el que podía fijar reglas de conducta, reglas de comportamiento de carácter obligatorio y por ende yo era el creador de derecho, y el Estado simplemente era un controlador. Un Estado policivo que no tenía otra función distinta a la de ser ese: el gendarme.

El particular era por tanto un creador permanente de derecho, su voluntad, efectivamente, conllevaba a la posibilidad de generar esa fuente normativa y en esa línea entendemos que la autonomía de la voluntad es plena, y lo es en la medida en que efectivamente el particular crea derecho, crea reglas de conducta. Estamos frente a una sociedad individualista y un sistema económico y político reflejo de la misma (Arrubla, 2002).

Se empieza por mirar el siglo XIX donde empiezan a tomar mayor importancia los aspectos comerciales y por tanto la relación económica tiene que ser diferente, los controles de la intervención del estado tienen que reflejarse evitando monopolios pero también por la necesidad de acercarse a un nuevo poder económico: la clase comerciante.

Eso empieza a generar otras circunstancias, porque el Derecho, definitivamente, y a pesar de lo que se quisiera, no busca siempre la justicia, el derecho es un regulador social y el derecho es un defensor, en buena parte, de un Estado, del régimen, de un momento histórico, de un momento político, de un momento económico, de un momento social y por ende tiene que entrar a defender ese momento histórico, político, económico y social, a veces va más allá, desafortunadamente, sin detenerse a mirar la concepción de justicia en el caso concreto, por tanto los sistemas jurídicos concebidos como instrumentos de búsqueda de justicia, son en muchos casos, simples falacias (Arrubla, 2002).

Bajo esa línea entonces, empiezan a operar ciertas circunstancias. La actividad económica hace que se creen monopolios, hace que el capital de unos se desarrolle, mientras que hay una fuerza productiva en masa, pero simplemente es eso, el obrero; el que no tiene un capital, el que tiene su fuerza de trabajo y, obviamente, la diferencia con los detentadores de capital empieza a marcarse cada vez con mayor amplitud.

La desigualdad creada, la diferencia económica, la ausencia de calidad de vida de la clase trabajadora genera el deber de preguntarnos: ¿Cómo intervenimos nosotros? ¿Cómo debe intervenir la norma jurídica? ¿Cómo debe intervenir el Derecho? Debe intervenir apoyando al poderoso, como de hecho hoy ocurre muchas veces a nivel de normas legales, pero también a través de fallos judiciales. Y se apoya al poderoso, porque hay unos intereses normalmente económicos, otras veces políticos, tras las normas, que también, a veces, se protegen, hay que mantener el régimen, el *statu quo*.

Pero también podemos entender que el derecho es un regulador y un igualador, y en esa medida la norma jurídica también debe tener otra connotación. Surge entonces el llamado Estado Social de Derecho, y encontramos, que la concepción del Derecho, ya no es la

individualista; la concepción del Derecho busca un bienestar colectivo, busca un bienestar social, busca el equilibrio entre los que intervienen en la relación jurídica, y el concepto de buena fe, de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad adquieren su real nivel y una máxima . Eso implica que la perspectiva del Derecho tiene que cambiar y tiene que cambiar en forma radical y no solo en charlas académicas sino ser percibida en la realidad, esa realidad que muchas veces le es ajena a la norma.

El Derecho ya no tiene que ser un defensor de la propiedad privada exclusiva, de la actividad económica libre e independiente, del capitalismo depredador, bajo la premisa de ser el capital individual fruto de la actividad económica propia y lícita, y por ende, se argumenta, que el Estado no puede limitar ni intervenir dicha actividad.

Hoy hay que mirar bajo otra perspectiva, hay que buscarle unos limitantes a toda esa actividad y hay que cumplir realmente esa función social del Estado, encaminada, entre otros aspectos, a buscar una igualdad social y, obviamente, a proteger la libertad pero enfocada a ese fin colectivo (Rescigno, 1998).

Comienza entonces el Estado a intervenir permanentemente, no solo la rama ejecutiva, sino que la misma rama judicial empieza a “legislar” generando incluso lo que se ha venido denominando choque de trenes, pero que en la mayoría de los casos, no es otra cosa que la Corte Constitucional efectivamente entronizando el derecho privado y otras ramas del derecho dentro del contexto de un nuevo Estado Social y pareciera ser que, por lo menos en un gran porcentaje, tiende a ello, a darle sentido, a no quedarse en un Derecho del siglo XVIII o XIX o inclusive XX sino que la norma jurídica tome un nuevo sentido en una nueva realidad y en un nuevo sistema social, es decir lo que se conoce como la Constitucionalización del derecho privado (Sanin, 2004).

El artículo 1º de la Constitución erige al Estado Social de Derecho como principio medular de nuestra organización política. El concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada

a “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” (Sentencia C-1064 de 2001).

Igualmente la Corte Constitucional ha sostenido:

“... según lo ha señalado esta Corporación, “con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” (SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De esta forma, el Estado Social de Derecho va mas allá del simple Estado de Derecho liberal que nos caracterizaba, ya que sus fines son mucho más amplios: “el Estado Social de Derecho no se limita a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, delitos contra el patrimonio, el incumplimiento contractual o la responsabilidad extracontractual, funciones típicas del Estado gendarme.” (Fernández, 2008).

Sus fines incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). Esto no puede ser letra muerta.

Bajo esta perspectiva, definitivamente toda la visión del derecho tiene que cambiar, el derecho ya no puede entenderse entonces como la defensa exclusiva del particular que manifiesta su voluntad y lo que manifiesta produce unos efectos jurídico porque él lo dijo, sino que debemos entender hasta qué punto afecta la colectividad, hasta qué punto eso que el particular está manifestando, y eso a lo que el particular se está obligando conlleva a o no un fin social, está cumpliendo o no con un Estado Social de Derecho.

Y ahí es donde se resuelve el conflicto derivado de la importancia e incluso existencia de la autonomía privada de la voluntad, si desapareció con la intervención del Estado o como algunos sostienen, es la intervención de los particulares la que se incide todos los días en las decisiones Estatales, porque por situaciones de orden privado y comerciales se fija, muchas veces, políticas Estatales, miremos como intervienen las multinacionales, las transnacionales o los grandes grupos económicos nacionales en las políticas de Estado, en las decisiones del ejecutivo, de una u otra forma en el proceso legislativo y lo que es peor en la actuación de la Rama Judicial (Arrubla, 2002).

Ya debemos superar la discusión de la vigencia o no de la autonomía privada de la voluntad, como tampoco debemos seguir discutiendo la diferencia y preponderancia entre el derecho privado y el derecho público, hoy lo que debemos mirar es la existencia de un derecho social, un derecho social que está conectando las diferentes ramas del derecho, un derecho social que debe buscar los fines de Estado Social del Derecho.

Ya no tiene sentido el enfrentamiento entre público y privado, entre laboral, penal, civil, comercial, entre autonomía privada de la voluntad e intervención Estatal, sino que todo debe confluir a lo mismo, a un derecho social, en donde todos los agentes intervienen en aras del cumplimiento de los fines sociales del Estado.

Solo si entendemos y comprendemos esto, podríamos decir que la autonomía privada de la voluntad conserva su plena vigencia dentro de un nuevo marco, podemos decir que la autonomía privada de la voluntad es un ingrediente importante que conforma ese derecho social y que obviamente, dentro de ese marco general, tiene que tener unas limitantes.

Yo no puedo ya obligarme a lo que quiera, como en el siglo XVIII, yo puedo obligarme, puedo manifestar mi voluntad y eso traerá consecuencias jurídicas, en la medida en que hoy se respeten unos límites fijados por la ley, por las buenas costumbres, el orden público y bajo la ley 153 de 1987, por la moral, hoy denominada moral social en términos de la Corte Constitucional (Sentencia C-814, 2001), pero dejando claro que, en mi opinión, atar asuntos jurídicos al concepto moral, así sea moral social, no debe ser tenido en cuenta en el

ámbito del derecho, ya que en su aplicación, se refiere al fuero interno de las personas por más que se pretenda presentar bajo un manto de objetividad, pero este será tema de otra discusión que por ahora escapa al objetivo del presente estudio.

Por tanto es evidente como opera ya en la mayoría de concepciones europeas, que en el concepto de la autonomía privada de la voluntad, si es que lo reconocemos, debe actuar como limitante simplemente la norma jurídica legal y constitucionalmente producida y yo le agregaría hoy, bajo ese derecho social, el interés colectivo, el respeto por la igualdad, libertad y dignidad de la persona.

Es ahí donde, a través de diferentes fallos de la Corte Constitucional comenzamos a entender esta concepción y a realizar ajustes Constitucionales por vía jurisprudencial, dándole a las normas del siglo XIX un nuevo aire bajo un nuevo orden social, económico y político, donde encontramos respuesta lógica a diferentes interrogantes como los siguientes: ¿Por qué si yo celebré un contrato de mutuo con una entidad financiera, donde se comprometieron a prestarme una suma de dinero con un porcentaje de interés y no he cumplido, a pesar de eso, el Estado me protege a través de unos fallos? Porque hay un interés colectivo que está protegiendo más allá del simple acuerdo de voluntades, o ¿Por qué si yo tengo un contrato de prestación de servicios médicos con una EPS y dentro de ese contrato se pacta expresamente cuáles son las coberturas objeto del contrato, por qué la EPS la debe llegar a cubrir otros riesgos no contempladas en él?

¿Por qué se habla hoy del tema de las cláusulas restrictivas o de cláusulas exonerativas de responsabilidad?, ¿Por qué adquiere tanta relevancia la aplicación del principio de la Buena fe, de equidad, de la dignidad humana o del libre desarrollo de la personalidad?, ¿Por qué se habla hoy del daño a la vida en relación?, ¿Por qué se habla con tanto énfasis de la responsabilidad del productor y de los derechos del consumidor?; e incluso por que se habla de neoformalismo en temas de contratación inclusive por medios electrónicos?.

La respuesta a estos y muchos otros interrogantes se desprende de considerar que el efecto de la manifestación de la voluntad contractual va más allá de la simple expresión de las partes, ya hay unos intereses sociales que están siendo protegidos y, por ende tiene que trascender a lo que ellas en un momento dado han acordado. La consagración de las formalidades contractuales, por ejemplo, pareciera en principio que afecta la autonomía privada de la voluntad, ya que la consagración de requisitos formales para que los negocios jurídicos nazcan a la vida jurídica, o sean válidos, limitan la voluntad del individuo por corresponder a imposiciones legales. Recordemos como las figuras jurídicas son en su mayoría fruto de momentos históricos. La forma no puede ser la excepción a ello. Miremos como en el derecho Romano arcaico, la formalidad era predominante en la totalidad de las actuaciones con relevancia jurídica, obedeciendo a estructuras mentales de la época, atadas a concepciones religiosas y a la necesidad de representar mediante signos exteriores, para que fuera de recibo colectivo, lo interior. Posteriormente, en el siglo III A.C., cuando pasa Roma a convertirse en potencia mercantil dejando de lado la sociedad agrícola al conseguir el tráfico por el mar mediterráneo, se encuentra la actividad comercial atada a las figuras jurídicas formales que no cabían en esta nueva actividad, por tanto se requería liberarse de las formas, quedando éstas únicamente para casos excepcionales. En el entendido que este era el derecho de avanzada, libre de formas, las codificaciones de concepción romanística, y de corte individualista, como el Código de Napoleón, entendieron que el formalismo atentaba contra la libertad del individuo y por tanto plasmaron la exclusión de formalismos para la producción de efectos jurídicos salvo casos excepcionales, esa concepción fue trasladada a las codificaciones derivadas del Código Francés como la Colombiana. Sin embargo, en la época moderna, ante la presencia de infinidad de fenómenos de producción y de comercialización, unidos a la globalización y a las tendencias unificadoras del derecho comercial, la tendencia es el regreso al formalismo, léase neoformalismo. Así pues, la concepción de un nuevo derecho de los contratos, con enfoque social y no individual, ha hecho necesario el regreso a la consagración

de requisitos formales, ya no bajo la concepción romana clásica derivada de aspectos religiosos y de exteriorización colectiva, sino de la necesidad de buscar mecanismos igualadores en las relaciones negociales, principalmente cuando una de las partes se encuentra en una posición de debilidad contractual con respecto a la otra, lo que abriría las puertas al abuso de ésta frente a aquella. Esta concepción, que nació legalmente en el derecho del consumidor, al igual que la consagración legal del derecho a la información que necesitaremos más adelante, es necesario que se extienda a cualquier proceso de formación contractual. En este orden de ideas, podemos encontrar en el derecho interno y en el comparado varias figuras que responden a este neoformalismo: a) Figuras de control sobre las cláusulas generales de contratación (imposición de cláusulas o prohibición de inclusión y sugerencia de formularios contentivos de clausulado modelo); b) Restricciones a la forma de manifestación del consentimiento (obligatoriedad de manifestación expresa del consentimiento, prohibición de presunción de manifestación de la voluntad por el usuario, obligatoriedad de forma para manifestar el consentimiento, limitaciones sobre los períodos en los que se puede manifestar la voluntad); c) Condiciones de forma para garantizar al consumidor una adecuada información (entrega de copia del contrato, adopción de medidas que aseguren el conocimiento del contenido del contrato, exigencia de constancia expresa sobre condiciones propias del negocio, claridad y precisión en la información de las condiciones contractuales como requisito de validez, imposición de obligaciones de información sobre el desarrollo del contrato). Este neoformalismo que pudiera pensarse entorpece la diligencia negocial, tiene una finalidad muy clara, el beneficio social. (Cortes, Koteich, Neme, 2004).

Pero estas respuestas no tienen cabida, en una concepción jurídica individualista, en donde el principio de relatividad contractual y el principio de la norma negocial que es ley para las partes dejarían por fuera soluciones de este tipo. Siendo principios en los cuales yo particularmente fui formado, es difícil apartarse de ellos. Eso es lo que expreso como un derecho social, un derecho donde ya no se admiten esas divisiones, sino que tiene que mirarse

obligatoriamente como un sistema, ahora sí como un sistema real, coetáneo, encaminado a un fin social (Sanín, 2004), es decir las limitantes ya no solo están en la ley sino que la autonomía negocial queda subordinada a la solidaridad social con el fin de proteger a la parte débil. (Bianca, M. 2007).

Bajo esa línea entonces y en el entendido, que la autonomía privada de la voluntad se mantiene bajo una nueva concepción integral y que en lo que se conoce como derecho civil y derecho comercial, la autonomía privada de la voluntad debería seguir siendo columna vertebral, principio que respeto, por considerar que es la esencia de ese derecho llamado derecho privado, que en últimas es una parte de lo que llamo derecho social.

Esa autonomía privada de la voluntad efectivamente así entendida, tiene que ver obviamente con mi poder cognitivo como una manifestación del querer pero siempre dentro de unas limitantes (Gual, 2008).

¿Cómo se manifiesta ese querer?. Al responder esa pregunta nos ubicamos en el campo del consentimiento, éste entendido como esa exteriorización de la voluntad: sacar lo que yo pienso al exterior, pero que produzca efectos jurídicos, que le interese al derecho, por lo tanto tiene que ser una manifestación de la voluntad que traiga consecuencias jurídicas, y esa consecuencia jurídica dentro de ese *iter* contractual, de ese camino contractual tiene que propender por llegar necesariamente al perfeccionamiento del contrato y a su ejecución correcta (Rodríguez, 2002).

En este sentido, nos referiremos a los elementos básicos de la formación del consentimiento que no es otra cosa sino simple reconocimiento jurídico a algo que es natural ¿Cómo se llega a un acuerdo de voluntades? tiene que haber un proceso lógico-mental-cognitivo para poder llegar, en últimas a la celebración de un contrato y ahí lo que hace el legislador es que recoge el proceso lógico-cognitivo-mental y lo adecua, a veces en forma no tan lógica, a normas jurídicas de acuerdo, obviamente, a una situación.

ITER CONTRACTUAL: LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO

El camino en la formación del contrato tiene dos etapas: una interna y otra externa. La primera al derecho no le interesa, no lo afecta, no lo toca porque sigue en el fuero interno de la persona, y se presenta cuando se toma la decisión de celebrar el negocio contractual, es decir, por ejemplo decido vender el automóvil, pero hasta ahí al derecho no le interesa, se queda en el fuero interno y no tiene ninguna consecuencia.

¿Cuándo le importa al derecho? Cuando esa idea se exterioriza, cuando sale al mundo exterior vinculándome con el otro. A través de una propuesta de un negocio se exterioriza dicha idea, sea que lo dirija a una persona determinada o que lo dirija a indeterminados como puede ser por medio de un aviso en un periódico, estaré haciendo un propuesta de un negocio jurídico que algunos llaman en general *oferta*, oferta privada si es a una persona determinada y oferta pública si es a indeterminados, otros distancian la oferta de la policitud es decir que la oferta es la dirigida a una persona determinada y la policitud es la dirigida a indeterminados (Santander, 2005). Pero en últimas es una propuesta de un negocio jurídico donde yo exteriorizo mi querer (Tamayo, 2008 y Cubides, 1996).

Otros sostienen que también podría ser a través de una licitación, para el código de comercio aparentemente la licitación es una forma de oferta contenida en el pliego y las posturas (aceptación) implicaría la celebración del contrato condicionado a que no haya postura mejor, sin embargo, podría pensarse que la licitación es un tipo de propuesta independiente con características propias y nuevas; pareciera más acertada esta última posición porque la licitación es una propuesta que tiene características particulares y especiales en donde el proponente licitante fija previamente los términos del futuro contrato, estableciendo un plazo para que los interesados presenten sus propuestas (aceptación) que vinculará al proponente únicamente frente a la mejor de ellas de acuerdo con los criterios del

pliego. El proceso contractual aquí es diferente ya que incluye una etapa adicional cual es la de selección de la mejor postura y, obviamente tiene que tener un manejo jurídico especial y particular (Peña, 2010).

Quien desee celebrar el negocio jurídico formula su propuesta, y esa propuesta a su vez se trata de un negocio jurídico unilateral donde opera la voluntad del proponente quien como tal, tiene la posibilidad de fijar los términos de la misma, negocio que ya produce consecuencias jurídicas. Nuestro código de comercio establece que la propuesta se puede formular verbalmente o por escrito, con algunos efectos jurídicos que lógicamente tienen que ser diferentes.

Hoy se considera que debería hablarse de propuesta entre presentes y entre ausentes, siendo la diferencia, no el hecho de la forma de comunicación sino de estar físicamente en el mismo lugar, sin embargo la propuesta telefónica bajo esta consideración no sería entre presentes y no podría asimilarse a la verbal, a pesar que el Código Comercio Colombiano en el art. 850 así lo hace. Por tanto debemos hoy verlo desde el punto de vista del medio utilizado, que exista posibilidad de intermediación en el proceso comunicativo. Por estas dificultades planteadas, el legislador Peruano utilizó en el artículo 1385 del Código Civil de 1984 las nociones de comunicación inmediata y falta de comunicación inmediata diferenciándose entre ellas en el tiempo de recibo de la comunicación de los posibles contratantes, ya que si es un tiempo mínimo razonable será comunicación inmediata pero si hay dilación temporal en las declaraciones contractuales será falta de comunicación inmediata Estos conceptos utilizados en el derecho Peruano, podemos traspolarlos a nuestro derecho, entendiendo que la llamada propuesta verbal y sus consecuencias particulares, debe ser entendida como oferta con comunicación inmediata y la llamada oferta escrita, debe ser entendida como oferta con falta de comunicación inmediata. (Soto,2005).

¿Y las propuestas que se hacen mediante mecanismos electrónicos, cómo deben ser consideradas?, ¿Verbales o escritas?. Podría inicialmente pensarse que la respuesta sería

tratarlas como escritas, pero estaríamos estando ajenos a la realidad. ¿Y si la propuesta se hace por medio de un chat, sería una propuesta escrita?. O a través de una videoconferencia ¿Sería una propuesta escrita?. Yo creo que no.

Entonces la respuesta que habíamos dado como definitiva, no puede ser absoluta, ya que dependerá del medio electrónico de que se trate: si estamos hablando del simple correo electrónico es clarísimo, es una propuesta escrita, pero si estamos hablando por ejemplo de una comunicación vía IP telefónica, es un propuesta verbal; o si estamos hablando de una videoconferencia, si estamos hablando del chat, en mi opinión, podríamos pensar eventualmente que es una propuesta verbal porque evidentemente hay un contacto permanente.

Más allá de si estoy escribiendo o no, el tema es la simultaneidad o no, la inmediatez, y en la medida en que hay la simultaneidad efectivamente estamos frente a una propuesta verbal, es decir una propuesta con comunicación inmediata, que para nuestro derecho tiene una consecuencia importante. Porque: ¿Qué pasa si por medio de un chat se propone la venta de un vehículo automotor cumpliendo todos los requisitos de la oferta, y antes de manifestar la voluntad el destinatario se pierde la conexión y un tiempo después se reanuda la conexión y el destinatario acepta, ¿qué pasaría jurídicamente?.

Yo entendería que es una aceptación extemporánea, porque como es una propuesta verbal tendría que ser aceptada inmediatamente si no me han dado un término para ello y ya sabemos que los efectos de una aceptación extemporánea es una nueva propuesta en donde ahora el oferente ocupa el lugar de destinatario y el destinatario va a tomar el lugar del oferente. Otra cosa sería la responsabilidad que la cabría al proveedor de servicios de internet.

¿Qué pasa cuando el oferente y el destinatario tienen servicio de mensajes de datos en su teléfono celular y por ende el correo electrónico enviado llega a este?. ¿Dependerá la respuesta de si el teléfono se encuentra prendido o apagado?. Creo que no y por tanto se trata igual de una propuesta con falta de comunicación inmediata ya que el proponente no puede

verificar el estado del teléfono del destinatario, lo que sería diferente si el mensaje se envía mediante el chat interno que tienen algunas marcas de telefonía, en donde si es posible verificar si el destinatario está disponible o no y por tanto sería una oferta con comunicación inmediata que asimilamos a la verbal de nuestro código de comercio. Esas son algunas de las discusiones que se dan dentro de la contratación electrónica (Bohórquez, 2004). Se podría concluir que hay que verificar el mecanismo utilizado, la posibilidad de inmediatez y la posibilidad de verificación del estado del destinatario, es decir su disponibilidad. (Soto, 2005).

No sobra revisar la normatividad pertinente contemplada en el Marco Común de Referencia Europeo, lo que haremos más adelante y nos servirá de base para establecer algunas conclusiones.

Establecer qué se entiende por medio electrónico, en nuestro derecho no reporta mayores consecuencias ya que nuestra ley de comercio electrónico, ley 527 de 1999, no toca el tema de la formación del contrato por esta vía, por tanto un proceso contractual que utilice estos medios se regirá por las normas generales del Código de comercio, y esa es la razón por la cual queden tantos vacíos que en el párrafo anterior tratamos de subsanar.

Sin embargo, sí considero que resulta importante la expedición de una ley similar a la ley Española 34 de 2002, LSSI ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, adoptada con el fin de ajustar el derecho español al mínimo comunitario, en donde desde un comienzo define lo que es un contrato celebrado por vía electrónica, como aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Como puede observarse se aclara el panorama en donde, por ejemplo, el fax no estaría ubicado; sin embargo, de acuerdo con nuestra ley 527, llamada de comercio electrónico, realmente parecería tratarse de una mezcla de regulaciones incompletas sobre todo tipo de uso de mensajes de datos, incluyendo el telegrama, el télex o el telefax, y configura el comercio electrónico como aquel en donde las relaciones se dan por uno o más mensajes de datos, lo

que como es claro incluye una serie de posibilidades lejanas a un verdadero comercio electrónico. Pensar que un contrato celebrado por medio de dos telegramas es comercio electrónico es un absurdo.

Pero siguiendo este camino en este proceso de formación del consentimiento, la importancia de determinar si la propuesta es con comunicación inmediata o con falta de comunicación inmediata, tiene que ver con el término que tiene el destinatario para la aceptación ya que siendo la primera, si no se determina por el oferente un término de aceptación, deberá ser aceptada inmediatamente y, si no se hace, una aceptación posterior implicaría una aceptación extemporánea, y la aceptación extemporánea conlleva a una nueva propuesta para nuestra legislación interna.

Es importante mencionar que el Marco Común de Referencia Europeo al que nos referiremos más adelante, utiliza en su artículo II- 3:104 el concepto de comunicación a distancia en tiempo real, entendida como aquella en la que las partes no están en presencia física pero una de ellas puede interrumpir a la otra en el curso de la comunicación, incluyendo la vía telefónica y los medios electrónicos como voz con el protocolo de internet o de internet por vía chat pero excluyendo el correo electrónico. Lo anterior ratifica la necesidad de asimilar nuestro mecanismo verbal de comunicación (oferta verbal) a la ya mencionada propuesta con comunicación inmediata que de acuerdo al Marco Común de Referencia sería la comunicación a distancia en tiempo real, y por otro lado la llamada comunicación escrita (oferta escrita) en nuestro Código de Comercio, que hemos asimilado a la llamada propuesta con falta de comunicación inmediata que a las voces del Marco Común de Referencia podríamos denominar comunicación a distancia sin tiempo real.

La directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, no resuelve en el ámbito del derecho europeo estos interrogantes, ya que establece los mínimos a adoptar por los estados,

por tanto más allá de unos requisitos en cumplimiento del deber de información no se detiene en estas problemáticas y mucho menos en analizar los diferentes tipos de modalidades de comercio electrónico. Parece dejar esta dificultad a los Estados, sin embargo la ley Española 34 de 2002, ya mencionada, tampoco la resuelve aunque si va más allá en lo que respecta a la celebración del contrato por esta vía, estableciendo por ejemplo el lugar de celebración del contrato por medio electrónico, haciendo una distinción entre el celebrado entre profesionales siendo el lugar de celebración del contrato en el que se encuentre establecido el prestador del servicio, y el contrato celebrado por una parte que tenga el carácter de consumidor en donde su residencia habitual será el lugar de celebración contractual. En este tema de la formación contractual la ley 34 referida modifica expresamente los artículos 1262 del código civil español y 54 del código de comercio español, al establecer en la disposición adicional cuarta, que estando oferente y aceptante en lugares diferentes hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que habiéndosela remitido el aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. En los contratos celebrados mediante medios automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Esa propuesta que se hace también puede ser escrita, entendamos que es con falta de comunicación inmediata, y en este evento se hace un poco más complejo, porque la propuesta escrita requiere todo un proceso en su formación adicional; ya que se debe elaborar materialmente, debe ser enviada, tiene que llegar al destinatario y lo ideal es que este se entere de su contenido.

Encontramos entonces una primera dificultad; ¿Desde qué momento jurídico entendemos que ya tenemos oferta en el derecho colombiano?, ¿Desde que la elaboró?, ¿Desde que la envió por cualquier medio idóneo?, ¿Cuándo llega o cuándo la recibe y se entera de su contenido?, ¿Desde qué momento entendemos que en nuestro derecho hay una propuesta con todas las consecuencias jurídicas?.

Revisando el Art. 845 del Código de Comercio Colombiano se establece que la oferta desde un punto de vista legal debe cumplir con dos requisitos: contener los elementos esenciales del negocio ofrecido como primer requisito, y en segundo lugar debe ser comunicada al destinatario; si analizamos el tema inicialmente con este planteamiento, entonces se diría que en un proceso de comunicación completo debe implicar la presencia de un emisor, un receptor, el mensaje y que el mensaje llegue al receptor o si no, no hay comunicación.

Por lo anterior, si la oferta debe ser comunicada al destinatario, pues entenderíamos que es requisito para que haya oferta la comunicación y concluiríamos, efectivamente, que mientras no se produzca comunicación completa no hay oferta, es decir que mientras el destinatario no se entere del contenido, no hay esa propuesta de negocio jurídico.

Sin embargo en ese mismo Art. 845 mencionado, en la segunda parte establece que se entiende que la propuesta ha sido comunicada cuando el oferente utiliza cualquier medio para hacerla conocer al destinatario; entonces ¿Al fin qué?. La oferta debe ser comunicada, debe enterarse del contenido, pero entendemos que se enteró del contenido cuando, por ejemplo, la coloca en el correo, cuando usa un medio idóneo para hacerla conocer. Es decir, la oferta debe ser comunicada pero realmente no debe ser comunicada, lo que es a todas luces ilógico ya que en lugar de establecer claramente un momento indiscutible de nacimiento de la oferta, establece uno, para concluir la misma norma que debe entenderse que es otro diferente. (Ospina, 2009) (Cubides, 1996).

Y entonces ¿Cómo solucionamos este inconveniente?. Podemos, con base en esta norma, llegar a dos conclusiones diferentes: la primera que la oferta nace cuando se utiliza cualquier medio idóneo para ser conocida por el destinatario ya que se exige para que haya oferta que sea comunicada y la comunicación se entiende, según la norma en comento, al utilizar el medio. La segunda que la oferta realmente nace cuando el destinatario se entera del contenido, ya que es la exigencia normativa que sea comunicada y no hay proceso de

comunicación mientras no haya conocimiento, en ese sentido la utilización del medio idóneo es únicamente para fines probatorios, que puede ser desvirtuado.

¿Cómo resolvemos ese problema? creo que no lo resolvemos con la sola aplicación del Art. 845 Código de Comercio Colombiano que es el que crea el conflicto, lo resolvemos con el Art. 846 del Código de Comercio Colombiano que en su parte final establece claramente la solución al resolver la siguiente hipótesis: ¿Qué pasa si el oferente remite la oferta, no ha llegado, no ha sido aceptada y el oferente se muere, o se convierte en incapaz?.

Si no ha nacido jurídicamente una oferta no pasa nada, pero si ya hay oferta los herederos o el representante del incapaz quedaría obligado a ella y efectivamente el Art. 846 toma este segundo camino. Si el oferente muere o se convierte en incapaz entre el tiempo medio entre la expedición y la aceptación de la oferta, esta mantiene su fuerza obligatoria, es decir ya tiene fuerza obligatoria desde que se expide, es decir desde que se usa el medio adecuado para hacerla conocer del destinatario (Tamayo, 2008).

Pero fíjese como el fundamento de todo esto no es el Art. 845 solo, pues este nos deja el vacío, un problema, el verdadero fundamento es el 845 interpretado sistemáticamente con la parte final del Art. 846 del mismo, y ahí entendemos entonces que, en nuestro derecho, hay una oferta acogiendo la teoría de la expedición que genera muchas dudas sobre sus ventajas jurídicas y prácticas.¹

¹ *En lo que se refiere al momento en que nace la oferta escrita así como al momento en que se produce la aceptación e inclusive al momento en que se perfecciona el contrato cuando sea esto último aplicable, ya que no opera en los contratos solemnes o en los reales, se han establecido cuatro teorías siendo acogida por cada normatividad la que considera más viable. La primera de ellas es la de la declaración o creación que establece que se producen los efectos jurídicos cuando se exterioriza su querer; la segunda es la de la expedición que establece que los efectos se producen cuando se utiliza cualquier medio idóneo para hacer conocer la voluntad y no basta con la sola exteriorización; la tercera es la de la recepción que se fundamenta en que además de lo anterior se requiere que el medio utilizado llegue al destino; y por último la de la comunicación o el conocimiento que establece que no basta solo con que llegue al destino el medio utilizado sino que además se requiere que el destinatario del mismo se entere del contenido.*

¿Qué pasa si el destinatario se entera por otras vías diferentes a las utilizadas por el oferente? la aceptación producirá efectos así el conocimiento de la misma no se haya producido por el mecanismo elegido por el proponente. Además los ya mencionados efectos referidos a la muerte o a la incapacidad en la medida en que mantenga su fuerza obligatoria y si se llegara a morir o se convierte en incapaz quedan vinculados los herederos y queda vinculado el representante? obviamente, siempre y cuando no se trate de un negocio *intuitu personae*, pero quedará vinculado y queda vinculado frente a la oferta. Eso para solucionar ese primer problema (Tamayo, 2008).

Pero la segunda parte de ese proceso de formación de ese *iter contractual*, tiene que ver con la actuación del destinatario; no basta con que el oferente haga la propuesta, ahora lo que espera es que ese destinatario responda en lo posible afirmativamente, eso es lo que busca el oferente, aceptación que como bien se sabe, puede ser expresa o tácita, expresa cuando no hay que hacer un proceso de interpretación de hechos para entender que el destinatario aceptó, o tácita cuando se desprende en forma inequívoca de actos o conductas de las que se deduce la aceptación, pero aquí si hay que hacer interpretación, se debe hacer la labor mental de que esa suma de actos lo conllevan es la voluntad de aceptar, p.ej. envió el dinero y, obvio yo interpreto bajo el proceso mental que efectivamente quiere celebrar el negocio jurídico lo que evidentemente es aceptación.

La pregunta es: ¿Y el silencio?, ¿Se puede entender como aceptación o vamos a entenderlo como rechazo?. Es un rechazo, no podemos darle consecuencias jurídicas al silencio, no podemos entender que el silencio crea vínculos de carácter jurídico, salvo en casos especiales donde la ley le reconozca esos efectos, p. ej. Art. 2151 Código Civil Colombiano. C.; 1270 Código de Comercio Colombiano. La aceptación del negocio jurídico es un acto volitivo, pero también un acto positivo en donde el destinatario debe querer celebrar el negocio jurídico y, por ende el silencio implicaría un rechazo salvo casos excepcionales consagrados en la ley. La Jurisprudencia Francesa, ha determinado que el silencio produzca consecuencias jurídicas de aceptación en tres casos: en primer lugar cuando las partes

previamente lo han pactado, en segundo lugar cuando habiendo relaciones previas ente las partes que hayan generado la conclusión en alguna de ellas de que el silencio implica aceptación y en tercer lugar cuando no habiendo relación previa entre las partes, se desprenda de los usos o costumbres específicas del negocio que él no rechazo, debe ser interpretado como aceptación. El anterior desarrollo jurisprudencial puede ser aceptado en Francia en donde no existe norma que regule el asunto, pero en Colombia el Código de Comercio establece las directrices de la aceptación de ofertas y consagra expresamente en su artículo 854 la posibilidad de la aceptación tácita, que implicaría el silencio más actos inequívocos, como requisito para su aceptación. Es importante aclarar que el pacto previo de las partes realmente conlleva no a silencio sino a una aceptación expresa previa en caso de no rechazar la propuesta. (Ospina, 2009). No sobra aquí mencionar que el silencio tiene importancia en el derecho anglosajón y alemán. En el primero de ellos se ha ido construyendo jurisprudencialmente el llamado *estoppel* (Teoría de los actos propios) que implica que la conducta de una persona que puede dar a entender un efecto o una interpretación a un contrato debe ser tenida en cuenta porque refleja la intención de ese contratante, y no podrá alegar una razón contraria a lo que su misma conducta (acto propio) refleja. Cuando el acto propio es el silencio, se pueden desprender efectos? El mismo derecho anglosajón ha desarrollado el *laches*, que busca proteger a quien haya podido interpretar, de buena fe, que el silencio implique una aceptación o una renuncia a un derecho. En el derecho alemán se habla de *La verwirkunk*, que implica que quien con una actitud pasiva objetiva ha dado a entender a otro que no ejercerá un derecho, no podrá ejercerlo así no se hayan vencido los términos de prescripción o de caducidad. (Borda, A. 2000). La vinculación del silencio como parte de la doctrina de los actos propios y por ende productor de efectos jurídicos, debe ser aceptada en nuestro derecho, siempre y cuando esté rodeada de actos objetivos. Cuando ese silencio lleva, para una persona razonable, señal de aceptación, así debe ser considerado por el Juez y por ende no podrá, la parte silente, quien con su silencio ha llevado objetivamente al

convencimiento de aceptación, pretender negarlo, ya que no podría ir en contra de su acto propio. La dificultad de interpretación (Borda, A. 2000), que es muy cierta, no puede ser razón para desechar este efecto en aras de proteger la buena fe de las partes y la confianza que esta conlleva.

El término que tenemos para aceptar o rechazar la propuesta, ya lo sabemos, en primer lugar será el fijado por el oferente y no el acordado por las partes porque la oferta es un negocio jurídico unilateral, en el cual el oferente en su creación es quien puede fijar los términos de la oferta, por eso es el encargado de fijar el tiempo que tiene el destinatario para aceptarla o rechazarla, pero si no fija el término la ley lo suple: seis días, días que entendemos que son hábiles por que el Art. 829 del Código de Comercio Colombiano establece como se computan los términos en materia comercial señalando claramente que si los términos son legales se entiende que son hábiles los días, si son convencionales entendemos que son comunes.

Por tanto, si ese mismo oferente le manifiesta que tiene seis días para contestarle entenderíamos que es un término convencional, en la medida en que nace de la voluntad del oferente creador del negocio unilateral y por lo tanto esos mismos seis días ya no serían hábiles serían calendario o comunes.

Y ¿qué entendemos por días hábiles: de lunes a viernes o de lunes a sábado o a domingo?. Y efectivamente para efectos comerciales el día hábil es el sábado y en algunos casos el domingo; ese mismo art. 829 establece que cuando el último término venza en un día feriado se prolonga para el día siguiente, cuál es la razón? porque un día feriado no es hábil, por tanto los días hábiles serían los que no son feriados, es decir los que no son laborables, lo que implica que los domingos y los festivos no son hábiles y quedan excluidos.

De esta forma entendemos lo que es un día hábil, bajo la concepción del Art. 829 mencionado, que no es claro frente al tema evidentemente, pues no lo menciona. Pero

debemos entender que el vencimiento respectivo se prorroga porque entiende la ley que el día no es hábil, por eso se prorroga y el día que no es hábil es el día feriado: dominical y festivo.

El segundo tema se refiere a la aceptación y el momento en que se entiende aceptada la propuesta si esta es escrita, ya que si es verbal no hay discusión más allá del problema probatorio. Pero cuando es escrita el Art.864 del Código de Comercio Colombiano nos soluciona el problema, el destinatario debe enviar la comunicación, lo que se entiende como *teoría de la expedición*, dentro de los términos que la ley me señala para que la aceptación no sea extemporánea, porque repito la aceptación extemporánea se toma como una nueva propuesta que es el mismo efecto que un aceptación condicional, como lo consagra el artículo 855 del Código de Comercio Colombiano, es decir donde se establecen nuevas circunstancias modificatorias de la oferta. (Ospina, 2009). Lo que debe hacer el destinatario es enviar la comunicación informando la aceptación expresa.

Ahora, ¿Mediante qué medio?. Un medio igual o más ágil que el utilizado por el oferente, porque si no lo hace así, no estaríamos dentro de lo que se conoce como el término de la distancia, ya que el destinatario tiene seis días y si son de diferente ciudad a ese término hay que sumarle el término de la distancia que según el código de comercio se determina según el medio de comunicación utilizado por el oferente. Esta conclusión nos lleva a aclarar el concepto de término de la distancia que utiliza nuestro Código de Comercio, cuando en su artículo 851 agrega dicho concepto a los seis días que legalmente se dan para aceptar o rechazar la propuesta y cuando el artículo 852 establece que el término de la distancia se debe calcular según el medio de comunicación empleado por el proponente. Este concepto ha sufrido críticas por alguna parte de la doctrina (Ospina, 2009) al considerar que al revivir un concepto, anacrónico en su opinión, se puso al Juez en la tarea poco práctica, de en cada caso establecer en cuantos días, horas, minutos y segundos se ha prorrogado el término legal, bajo la concepción que el llamado término de la distancia debe verse desde la óptica temporal cuantificable. Pero, se podría considerar otra posibilidad, y es pensar que el término de la

distancia al estar ligado por el artículo 852 mencionado, al medio de comunicación empleado por el proponente, lo que está exigiendo es que el destinatario aceptante, utilice un medio de comunicación igual de ágil o aún más ágil que el que utilizó el oferente, y si esto ocurre estaría aceptando en término y si no estaría aceptando en forma extemporánea. Puede ocurrir incluso que el aceptante haya utilizado el mismo medio de comunicación que el proponente y sin embargo la aceptación haberse demorado más que la misma propuesta, a pesar de esto y ser en términos de tiempo mayor el del traslado de la aceptación que el de la propuesta, debemos entender que la aceptación está hecha en tiempo, ya que lo que observamos es el medio utilizado y no el tiempo empleado por ese medio.

Por tanto si yo utilizo un medio diferente que no sea igual de ágil, por ejemplo me envían la oferta por correo certificado y yo la envío por correo nacional, en este evento está por fuera del término de la distancia y por tanto estamos frente a una aceptación extemporánea, y por ende se tomaría como una nueva propuesta desde el punto de vista jurídico (Código de Comercio).

Una nueva discusión se presenta en lo referente a la aceptación tácita ya que el artículo 854 del Código de Comercio Colombiano parece que consagra la teoría de la comunicación o información, es decir que la aceptación tácita requiere, que el oferente tenga conocimiento del acto inequívoco de ejecución del contrato por parte del destinatario, y dicho conocimiento tiene que darse dentro de los términos legales consagrados para que se dé la aceptación. Es decir, no basta que se utilicen los medios para que los actos sean conocidos por el oferente sino que se requiere además que efectivamente dichos actos sean conocidos.

A título de ejemplo, no bastaría que se envíe el dinero correspondiente al precio de la compraventa ofrecida sino que se requiere que ese envío del dinero sea conocido por el oferente dentro de los términos legales, ya que si se entera por fuera de ellos será una aceptación extemporánea.

Esto nos genera una dificultad que podemos plantear con un ejemplo: qué sucedería si el destinatario de esa oferta de compraventa, consigna en la cuenta del oferente el valor correspondiente al precio, dentro del término legal para la aceptación, pero la noticia de esa consignación únicamente la recibe el oferente después del vencimiento de ese término?. O qué pasaría si envía el dinero dentro del término, si avisar al oferente, y este solo llega después de vencido?. De acuerdo con la posición planteada la aceptación tácita sería extemporánea y por ende sería tomada como una nueva propuesta (Oviedo, 2008).

A pesar de lo anterior, creo que además de lo peligroso que resulta dejar en manos del oferente el momento en que se dé la aceptación de la oferta, ya que su conocimiento de los actos de ejecución puede ser manipulado, a lo que se suma la casi imposible dificultad probatoria más allá del propio dicho del oferente, estimo que debe realizarse una interpretación sistemática de las normas.

Así pues, de acuerdo con lo visto es claro que el concepto de conocimiento del código de comercio está relacionado con la utilización del medio idóneo, así lo planteamos para la oferta, por tanto la utilización del medio idóneo para que el oferente tenga conocimiento de los actos inequívocos de aceptación, es suficiente para entender que el mismo ha tenido conocimiento de ellos y por tanto no debe exigirse más que ello dentro de los términos legales.

Lo anterior es lógico no solo desde un punto de vista práctico, por fijar un criterio objetivo no sujeto a la manipulación de uno de los intervinientes, sino porque está respaldado por la consagración legal en el tema de la oferta y por lo establecido en el artículo 864 C. de C. En cuanto al momento y lugar de perfeccionamiento del contrato ofrecido, al establecer que se presume que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe su remisión dentro de los términos legales.

Nótese lo ilógico que resultaría pensar, que en la aceptación tácita primero se forma el contrato, cuando se remite el acto inequívoco de ejecución, y luego surge la aceptación, cuando el oferente tiene conocimiento de dicho acto. Es evidente que no tiene sentido, como

tampoco lo tendría el pensar que en lo que respecta a la aceptación tácita encontramos una regla que modifica el momento de perfección del contrato.

Por tanto, a la aceptación tácita debemos aplicarle la regla general y entender que lo que debe hacer el destinatario dentro del término legal es remitir al oferente los actos de ejecución contractual o la noticia de su ejecución, y si así lo hace la aceptación es temporánea.

Qué pasaría si el destinatario de la oferta realiza actos inequívocos de aceptación pero en forma parcial?. Por ejemplo remite únicamente una parte del dinero que fuera señalado como precio de la compraventa ofrecida. Podemos considerar que se trata de una aceptación de la totalidad de la propuesta o por el contrario debemos entender que se trata de una aceptación condicional en donde modifica, en este ejemplo, el precio señalado por el oferente y por tanto ¿Se tomaría como una nueva propuesta con precio diferente? La respuesta debe ser la primera ya que considerar que se trata de una aceptación condicional implicaría que además de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil Colombiano, puede haber otras condiciones que no tengan el carácter de expresas, conclusión que no es cierta, por tanto si la intención del oferente es plantear nuevas condiciones contractuales debe expresarlo así, lo que conlleva a que la aceptación tácita puede darse con el desarrollo de un hecho inequívoco de ejecución del contrato, así se trate de ejecución parcial del mismo.

Un tema final sobre la oferta aislada tiene que ver con la posibilidad de revocación o retiro, entendiendo que se retira la oferta antes de que la misma produzca efectos jurídicos y se revoca desde el momento en que produzca efectos jurídicos y hasta el momento de la perfección del contrato. En nuestro derecho el retiro de la oferta parecería inaplicable ya que la misma comienza a producir efectos, como ya dijimos, desde la utilización del medio idóneo.

Sin embargo, cabría la posibilidad de retirarla cuando el mismo oferente ha fijado en la oferta que la misma producirá efectos en un momento posterior al envío, por ejemplo que se establezca que la oferta produce efectos desde la recepción de la misma. En esta eventualidad, que es viable, podrá el oferente retirarla siempre y cuando, se comunique al destinatario esa situación, antes de que el proceso contractual pase a una etapa diferente, es decir, que la oferta

comience a producir efectos jurídicos por cumplirse los requisitos que el mismo oferente fijó en la propuesta.

La revocación de la oferta es otra cosa, ya que expresamente el Código de Comercio Colombiano en su artículo 846 consagra que la oferta será irrevocable. Sin embargo, esta consagración es mentirosa ya que la misma norma establece que la oferta una vez comunicada no podrá revocarse so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause.

Es decir, sí se puede revocar solo que, hecha la revocación traerá como consecuencia la indemnización de perjuicios causados, dentro del campo de la responsabilidad pre contractual, lo que implica que la revocación generará el pago de perjuicios siempre y cuando la misma se realice sin justa causa, ya que una justa causa de revocación exoneraría al oferente de responsabilidad, porque aunque la normatividad mercantil no lo consagra, la aplicación del principio de equidad así lo indica.

No sobra aclarar que dicha revocación se puede presentar, siempre y cuando no se haya perfeccionado el contrato ofrecido, de lo contrario ya nos ubicamos en el campo contractual y los efectos son claramente diferentes.

Es importante aclarar el tema de la revocación o no de la oferta ya que si la misma fuera irrevocable, como en un principio lo señala el artículo 846 mencionado, ante una revocación, el destinatario podría obligar al cumplimiento de la propuesta ya que la revocación no produciría efectos, sin embargo la consecuencia no es esa, ya que efectivamente el oferente puede dejar sin efectos la propuesta aunque eso lo pueda ubicar en el campo de la responsabilidad pre contractual.

Si tenemos entonces una oferta realizada con el cumplimiento de la totalidad de requisitos legales y por otra parte la correspondiente aceptación temporánea e incondicional de la propuesta ¿Qué efectos jurídicos genera la unión del acto unilateral del oferente con el acto unilateral del destinatario?.

Tomando como base el art. 864 del C.C. se creería que siempre que se produce la aceptación de una propuesta, el efecto jurídico que genera es el perfeccionamiento del contrato, nace el contrato, lo cual sabemos no es cierto, y no lo es porque dependerá obviamente del contrato que fue ofrecido, no es lo mismo que me ofrezcan un negocio jurídico consensual a que se ofrezcan un negocio formal es decir solemne o real, no es lo mismo porque obviamente el perfeccionamiento del contrato dependerá de las circunstancias según el tipo de negocio.

Si el negocio ofrecido es consensual, el acuerdo entre el oferente y el destinatario mediante la aceptación genera el nacimiento del contrato ofrecido, se perfeccionó el contrato consensual: ya tenemos, por ejemplo, una venta de un vehículo automotor y por ende genera todas las consecuencias de esa venta. Dependiendo del tipo de contrato dependerán las obligaciones que se generen. Contrato que a las voces del artículo 864 del Código de Comercio Colombiano se entenderá celebrado, salvo estipulación en contrario, en el lugar de residencia del oferente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta, presumiendo que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe su remisión dentro de los términos legales.

Pero es importante aclarar, que el contrato se entiende celebrado en el momento en que efectivamente el oferente recibe la aceptación, y la presunción de recibo se da, con la prueba de la remisión, pero eso no quiere decir, que sea al momento de la remisión cuando se debe entender celebrado el contrato.

Ahora, si el negocio jurídico propuesto es solemne o real, la aceptación de la propuesta ¿Conllevaría al perfeccionamiento del contrato ofrecido?. La respuesta es no. No, porque faltaría la solemnidad, o la entrega de la cosa o tradición dependiendo lo que implique el tipo de negocio real. Porque no podemos entender el negocio real como aquel que se perfecciona con la entrega, se perfecciona en algunos casos con la tradición (trasmisión del derecho de dominio), o con la simple entrega material sin transferencia de dominio, pensemos no más en la diferencia entre el mutuo y el comodato que siendo contraltos reales ambos, el primero se

perfecciona con la transmisión del derecho de dominio y el segundo con la simple entrega material del bien no traslaticia de dominio.

Por ende y bajo esa línea, habiendo acuerdo de voluntades pero no perfeccionado el contrato solemne o real ofrecido ¿Qué efectos jurídicos se generan?. Teniendo en cuenta que no se ha perfeccionado ningún contrato estamos, a pesar del acuerdo de voluntades, obviamente en una etapa precontractual que generaría responsabilidad de ese orden con todo lo que conlleva este tipo de responsabilidad bajo la óptica de la violación del principio de la buena fe. Por tanto si alguno de los posibles contratantes actúa de mala fe y causa un daño, deberá indemnizar el perjuicio, sin detenernos a analizar en este escrito, por no ser el objeto del mismo, la naturaleza de la responsabilidad precontractual, ubicada en el campo extracontractual por no mediar ningún contrato o en el campo contractual por ser la intención de las partes, la de generar en un futuro obligaciones.

Pero ese acuerdo de voluntades si puede estar ubicado en el campo contractual, si el querer de las partes, no es celebrar el contrato ofrecido inmediatamente, sino obligarse a celebrarlo después, la otra opción es que puede haber surgido dentro de ese proceso del *iter contractual* un contrato de promesa; contrato de promesa autónomo que bien ya sabemos tiene por obligación principal la de hacer, celebrar el contrato prometido, y en este orden de ideas, estaríamos frente a un contrato, no el contrato final, pero sí en un contrato preparatorio, un contrato que nos va a llevar a ese contrato y que es considerado obviamente autónomo, con obligaciones particulares y propias y que si alguna de las partes llegara a incumplir, ubicaría la situación en el campo de la responsabilidad contractual y la posibilidad de exigir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Si estamos en el campo del contrato de promesa, debemos tener en cuenta que si es civil es solemne, porque el contrato de promesa civil (establece el Art. 89 de la Ley 153 de 1987, núm. 1) debe constar por escrito obligatoriamente por ser un requisito esencial particular, pero si el contrato de promesa es mercantil, es decir si el contrato prometido fuera

un acto mercantil, un acto de comercio y, por tanto la promesa fuera mercantil, ¿Debe cumplir con la misma formalidad?

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que prima la consensualidad en materia mercantil, el requisito del escrito está establecido en el numeral primero del Art. 89 de la ley 153 de 1887 que subrogó el Art. 1611 del Código Civil Colombiano, pero en materia mercantil la única norma que tenemos frente al contrato de promesa a nivel general es el Art. 861 del Código de Comercio Colombiano que no señala como se perfecciona, ya que en su parte inicial, simplemente determina que el contrato de promesa solo genera obligaciones de hacer, y la segunda parte consagra que el contrato prometido, no de promesa sino prometido, se sujetará a las formalidades del caso. (Sentencia Sala de Casación Civil 13 de Noviembre de 1981, Sala de Casación Civil 31 de Mayo de 1990, Sala de Casación Civil 12 de septiembre de 2000)

Teniendo en cuenta que la legislación mercantil no determina específicamente la forma de perfeccionamiento de la promesa bilateral, aplicando el principio de especialidad consagrado en los artículos 1 y 2 del ordenamiento mercantil, la respuesta a esa pregunta tendría que encontrarse en el mismo ordenamiento mercantil y entonces es donde entra a operar el artículo 824 del Código de Comercio que establece el principio de consensualidad; el contrato de promesa, entonces, nace con el simple acuerdo de voluntades porque los comerciantes se obligan como ellos quieren, por escrito o de cualquier manera inequívoca; entonces la promesa mercantil será consensual y eso indica que puede haber un contrato de promesa mercantil por el simple acuerdo de voluntades como también implicaría que en materia civil debe cumplir con la formalidad del escrito.

Ahora, ¿Qué pasa si en esa promesa civil el escrito no es un solo acto, las partes no se reúnen a firmar sino remitiendo la propuesta por escrito y el destinatario me contesta por escrito con la respectiva firma?, ¿Habría un contrato de promesa que cumplir con la formalidad legal?. La respuesta debe ser afirmativa, no necesariamente tiene que materializarse en el mismo acto, ya hay el acuerdo de voluntades, cumple la formalidad del escrito y están

claramente los demás elementos del contrato de promesa, por tanto efectivamente nace a la vida jurídica.

Pero volvamos a ese contrato de promesa mercantil. Para la Corte Suprema de Justicia se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, es consensual (Sentencia Sala de Casación Civil 13 de Noviembre de 1981, Sala de Casación Civil 31 de Mayo de 1990, Sala de Casación Civil 12 de septiembre de 2000). Podría pensarse que esta posición jurisprudencial, es equivocada al dejar de aplicar el artículo 822 del Código de Comercio, que determina, que los principios que rigen la formación, entre otras cosas, de los actos civiles, se aplica a los mercantiles, siempre y cuando no haya norma en contrario, por tanto el principio de formación de la promesa civil, la solemnidad, se aplicara a la formación de la promesa mercantil, por no haber norma en contrario, por tanto, la promesa mercantil, también debe constar por escrito por remisión directa que hace el art. 822 mencionado a la legislación civil.

Pero ante la presentación de este argumento, algunos sostendrán, con razón, que el artículo 822 se aplica cuando no hay norma en contrario, y en este caso si la hay, ya que el artículo 824 del Código de Comercio, que no es norma especial sobre la promesa, pero si una norma general que determina como se forman los negocios mercantiles (consensualidad), y por haber consagrado el código de comercio esa norma en contrario no se puede dar aplicación al artículo 822 y concluiríamos que la promesa bilateral mercantil no es solemne, la promesa es consensual.

Obsérvese como los anteriores argumentos nos configuran un problema de aplicación legal ya que, en cuanto a los principios que rigen la formación de los negocios y únicamente en este tema, el artículo 822 mencionado sería inaplicable en cuanto a la forma de perfeccionarse, porque siempre existirá norma en contrario, o una especial que consagre el código de comercio, por ejemplo artículo 119, o la general del artículo 824, por tanto si aplicamos el 822, no podemos aplicar el 824, y si aplicamos el 824 no podemos aplicar el 822. Se podría así considerar, que este enfrentamiento normativo es aparente y se genera, por dar por hecho que el principio de consensualidad mercantil consagrado en el artículo 824 del C. de

C. se aplica a todos los actos de esta naturaleza, y ese punto de partida no es cierto, por tanto las conclusiones a las que se lleguen tienen que ser erradas.

Los contratos de promesa, en materia mercantil, son solemnes y consensuales dependiendo quien los celebra, porque el Art. 824, principio de consensualidad, no se aplica para todos los actos mercantiles, dispone la norma que son los comerciantes los que se pueden obligar de cualquier forma, pero resulta que el acto de comercio no es solo realizado por los comerciantes, puede ser celebrado por comerciantes y no comerciantes o por comerciantes que no estén en desarrollo de su actividad comercial, por tanto, el principio de consensualidad es únicamente aplicable a los comerciantes que se encuentren en desarrollo de su actividad comercial, quienes son en últimas, los que requieren agilidad, a los que las formalidades les traban su actividad.

Por ende, si el comerciante, en desarrollo de su actividad comercial, celebró un contrato de promesa, estaría regido por el 824, y por ende, ese contrato de promesa sería consensual, pero si ese comerciante no se encuentra en desarrollo de su actividad mercantil, o el contrato no es celebrado por comerciantes y sin embargo es un acto de comercio, ese contrato mercantil ya no se va a regir por el 824, el 822 nos remite a la legislación civil, y concluiremos que ese contrato de promesa deberá constar por escrito.

La consensualidad no es para todos los actos mercantiles, es para los comerciantes que desarrollan actos de comercio en ejercicio de su actividad comercial y que requieren de la agilidad para realizar sus negocios, no para los no comerciantes, ellos prefieren la seguridad, por eso compaginamos el 824 con el 822, para entender efectivamente, que en materia mercantil, algunos contratos de promesa mercantil son solemnes, otros son consensuales, dependiendo quien y que actividad está desarrollando dentro del contexto de acto de comercio. Obviamente eso no implica que los numerales segundo, tercero y cuarto del Art. 89 de la ley 153 de 1887, no deban cumplirse, claro que deben cumplirse, ya que de lo contrario se estaría afectando, para la Corte Suprema de justicia, la validez de la promesa (Sentencia sala casación civil 1 de marzo de 1991. C.J.T. CLXXXIV, Pág. 394 a 396 Tomado de Bonivento J.A, 2002),

igualmente podría pensarse que lo que se afecta no es la validez sino la existencia de la misma, ya que el encabezamiento del artículo 89 de la ley 153 de 1887 determina que la promesa no genera obligación alguna si no cumple con los cuatro requisitos allí consagrados, es decir esos requisitos son elementos para que la promesa produzca efectos, lo que implica que se trata de elementos esenciales y por ende su incumplimiento genera la inexistencia y no la nulidad como sostiene la Corte Suprema.

El numeral 2 del artículo 89 de la ley 153 de 1887 consagra el segundo requisito especial del contrato de promesa al consagrar que el contrato a que la promesa se refiere, es decir el prometido, no debe ser de aquellos que la ley declara ineficaces por no concurrir los requisitos del artículo 1511 del C.C. Es importante aclarar que la mención al artículo 1511, norma referida al error en la sustancia, es equivocada ya que la norma que fija los requisitos para la eficacia de un acto es realmente el artículo 1502 del código civil, y es a ella a la que debemos remitirnos.

Es claro que lo que busca con acierto el legislador, es evitar que las partes se obliguen a celebrar un contrato de promesa cuyo objeto sea otro contrato que una vez celebrado pueda ser declarado nulo, ¿Para qué obligarme a celebrar contratos ineficaces?.

Sin embargo, este requisito que es abiertamente claro, y que conllevaría ante su violación la nulidad absoluta de la promesa bilateral, como ocurre con cualquier violación a los requisitos consagrados en los numerales 2,3 y 4 del artículo 89 de la ley 153 de 1887 según el dicho de la honorable Corte Suprema de justicia, conclusión que como ya manifesté no comparto por considerar que se trata realmente de requisitos esenciales particulares, como se desprende del encabezamiento de la norma, y por ende su incumplimiento llevaría a la inexistencia del contrato, genera un problema cuando se trata de una promesa de compraventa de un bien embargado, en donde no medie autorización ni del Juez ni del acreedor para enajenarlo.

Es claro que en este caso, el contrato prometido, compraventa de bien embargado, estaría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito, ya que se trata de un bien cuya

enajenación está prohibida por la ley, artículo 1521 numeral 3 del C.C., y de acuerdo con el artículo 1866 del mismo ordenamiento no se pueden vender las cosas que no se pueden enajenar, por tanto no se pueden vender las cosas embargadas, y si no se pueden vender se trata de un contrato prohibido por la ley según el artículo 1523 *Ibidem*, que conllevaría objeto ilícito y por ende lo afectaría de nulidad absoluta.

Con este simple análisis, concluiríamos que la promesa de compraventa de bien embargado violaría el numeral segundo del artículo 89 de la ley 153 de 1887, lo que implicaría, según el dicho de la Corte Suprema de Justicia, nulidad absoluta de la promesa bilateral por faltar la formalidad que la ley prescribe para el valor del contrato según su naturaleza.

Obsérvese como, no estamos afirmando que la nulidad de la promesa se dé por objeto ilícito, ya que es claro que no se presenta en este caso, por la sencilla razón que la promesa no genera obligación de dar y lo que el embargo impide es la enajenación del bien, pero si afirmamos que se viola el numeral segundo mencionado, y esa violación es la que conlleva la invalidez del contrato preparatorio.

Sin embargo, la corte suprema de justicia mediante pocos pero claros fallos (Sala de Casación Civil 22 de marzo de 1979, 26 de marzo de 1999) (Bonivento, J.A., 2002) (Oviedo J. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/18Oviedo.pdf), ha sostenido la validez de estos contratos de promesa, generando la obligación de levantar la medida cautelar antes de celebrar el contrato de compraventa prometido, en caso contrario estaríamos en el campo del incumplimiento pero no de la invalidez.

Estos fallos de la Corte se fundamentan en argumentos que si bien son ciertos, también son incompletos, ya que el fundamento central está en que dicha promesa no puede adolecer de objeto ilícito por no generar la obligación de dar sino la de hacer y el embargo impide es la enajenación, pero no analiza la flagrante violación del segundo requisito de la promesa que es materia de nuestro análisis.

En aras de la justicia, no podemos afirmar que la Corte se encuentra sola en esta posición, aunque si en la deficiente argumentación, ya que autores reconocidos han planteado la misma teoría, que parte de la doctrina ha denominado la tesis restringida de la condición (Claro, 1978; Alessandri, 1918; Pérez, 1980; Vélez, 1981) que determina la validez de la promesa bilateral dependiendo el carácter temporal de la condición de invalidez.

Así las cosas, si la circunstancia que generaría la invalidez del contrato prometido es temporal, la promesa bilateral será válida y la desafectación o no, estaría ubicada en el campo del cumplimiento o del incumplimiento, pero si la circunstancia no es temporal la promesa estaría afectada y el problema ya sería de invalidez y no de incumplimiento.

Lo cierto, es que a pesar de lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los fallos proferidos por la sala civil ya mencionados, la consagración legal de los requisitos especiales del contrato de promesa, no pueden quedar suspendidos en el tiempo, para verificar si se cumplen o no, sino como bien lo determina el encabezamiento del artículo 89 de la ley 153 de 1887 la promesa no genera obligación alguna salvo que concurren dichos requisitos.

Lo anterior implica, que los cuatro elementos tienen que concurrir, es decir, presentarse simultáneamente en un mismo espacio y tiempo, y ese espacio y tiempo es el de perfeccionamiento del contrato preparatorio, si eso no ocurre la promesa será ineficaz por violación del numeral segundo del artículo 89 de la ley 153 de 1887. Situación igual ocurre con un contrato de promesa de compraventa de inmuebles, que desde su perfección consagra una diferencia entre el precio de la venta prometida y el valor real del bien, que implicaría que la venta estuviera afectada de lesión enorme, contrato de promesa que según la Corte suprema de justicia, estaría afectada de nulidad absoluta por violación del numeral segundo del artículo 89 de la ley 153 de 1887, por tratarse de un contrato, el prometido, que la ley declara ineficaz (Sentencia de 23 de julio de 1969 tomada de Bonivento J.A., 2002).

Frente al numeral tercero del artículo 89 mencionado, se exige que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato prometido. La

discusión en este evento está en si para el cumplimiento de este requisito, el plazo o condición tienen que ser determinados o si por el contrario no afecta a la promesa el hecho de que el plazo o condición sean indeterminados.

La jurisprudencia Colombiana en algún momento consideró que era indiferente que el plazo o condición fueran indeterminados (Sentencia de 2 de mayo de 1957 tomada de Bonivento J, 1996). Sin embargo, esa posición fue cambiando hasta considerar que era indispensable que fueran plazos o condiciones determinadas ya que eran las únicas que tenían la idoneidad para fijar una época de celebración del contrato prometido, entendiendo época como un lapso de tiempo determinado, es evidente que el plazo o condición para la celebración del contrato prometido deben ser determinados ya que son los únicos idóneos para fijar la época de celebración, como lo exige la norma (Sentencia junio 1 de 1965 – marzo 1 de 1985 tomadas de Bonivento J, 1996).

El doctor Javier Bonivento Jiménez considera que los plazos y condiciones no tienen que ser necesariamente determinados para que la promesa sea válida, ya que la exigencia normativa de fijar una época, se suple también con las indeterminadas, en atención a que la definición de época de la real academia de la lengua Española, implica acepciones que tienden todas a señalar períodos de tiempo más o menos amplios, y considera que la más acertada es aquella que la define como “cualquier espacio de tiempo”.

Considera entonces, que al someter la obligación a cualquier plazo o condición, está sometida a un espacio de tiempo, lo que necesariamente se encuadra dentro del concepto de época. Sin embargo, separándonos de esta opinión, se podría considerar que la misma real academia de la lengua define espacio, entre otras acepciones como “transcurso de tiempo entre dos sucesos”, lo que implica que una época, independientemente de su extensión menor o mayor, debe estar enmarcada entre dos sucesos que la limitan, y eso únicamente se logra, en el contexto de los plazos o condiciones, con las denominadas determinadas (Bonivento, J. 1996).

Con respecto al numeral cuarto del artículo 89 de la ley 153 de 1887 se exige que en la promesa se determine el contrato prometido, de tal suerte que sólo falte para su

perfeccionamiento, la tradición de la cosa o las formalidades del caso. Es evidente que la exigencia de este numeral se refiere a consagrar en la promesa, aquellos elementos que sean suficientes, para con el cumplimiento posterior de la tradición o la solemnidad respectiva, perfeccionar el contrato prometido. Únicamente debe quedar pendiente para su perfeccionamiento, la tradición o las formalidades legales.

No deja de extrañar que no se refiera a los contratos consensuales pues establece que frente al contrato prometido únicamente debe faltar su perfeccionamiento con la tradición o las formalidades, es decir el contrato prometido real o solemne. Podemos concluir, en atención a que el numeral cuarto no se refiere a los contratos consensuales que no es posible celebrar contratos de promesa cuyo objeto sea un contrato consensual?. Por ejemplo una promesa de arrendamiento o una promesa de compraventa sobre un bien mueble o una promesa de mandato o promesa de prestación de servicios o promesa de transporte, por solo mencionar unos pocos. Podemos afirmar que para responder esta inquietud hay argumentos a favor y en contra.

Si concluimos que no es posible la celebración de este tipo de promesas podríamos fundamentarlos básicamente en tres argumentos: 1. Normativo: El numeral cuarto del artículo 89 de la ley 153 de 1887 no contempló la posibilidad de los contratos consensuales; 2. Histórico: en los primeros proyectos de código civil (1842 y 1847), Andrés Bello no contempló norma expresa sobre el contrato de promesa, quedando como es claro sometido a las normas generales. (Bonivento J, 1996)

En el proyecto de 1853 incluyó una norma referida a ese contrato, el artículo 1733 que a su tenor disponía: “La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan con el sólo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno”. (Bonivento J, 1996).

Ya en el Código civil Chileno se consagró el artículo 1554 que regula la promesa casi igual como la encontramos en nuestro ordenamiento en el artículo 89 de la ley 153 de 1887 salvo dos modificaciones, en el numeral segundo simplemente consagra que el contrato prometido no sea de aquellos que la ley declara ineficaces, sin remitir a norma alguna, y en el numeral cuarto sobre los contratos reales no habla de "...para su perfección..." si no "...para que sea perfecta la tradición de la cosa...", mientras que el proyecto inédito de Andrés Bello en este numeral cuarto y frente a los contratos reales disponía "...para su perfección, la tradición de la cosa, si el contrato es real..." (Bonivento, J. 1996).

Se sostendría entonces, que la exclusión de los contratos consensuales como posible objeto de un contrato de promesa, no fue gratuita sino que fue consecuencia del pensamiento del legislador, consagrado así desde el proyecto de 1853. 3. Sustancial: Si el contrato consensual, es aquel que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales del contrato, y en la promesa de contrato las partes deben haberse puesto de acuerdo sobre dichos elementos esenciales, lo que ha nacido es el contrato consensual prometido y no la promesa de contrato, como lo establecía el proyecto de 1853.

A los anteriores argumentos cabe hacer algunos comentarios: 1. Argumento normativo: Si bien es cierto que el numeral 4 del artículo 89 de la ley 153 de 1887 no contempló a los contratos consensuales sino únicamente a los reales y a los solemnes, es igualmente cierto que tampoco los prohibió. Pensar que la no consagración conlleva la prohibición, sería tanto como concluir, para este mismo caso del numeral cuarto, que tampoco se podrían celebrar contratos de promesa sobre contratos reales que no se perfeccionen con la tradición sino con la simple entrega, por ejemplo comodato o depósito, ya que el numeral cuarto únicamente hace referencia a tradición y formalidades.

El anterior argumento se pudiera rebatir diciendo que el mismo código civil en la parte final del artículo 2200, referido al contrato de comodato, consagra que "este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.", y por ende afirmar que el código civil utiliza

indistintamente la palabra tradición para referirse a la transmisión del derecho de dominio, como a la entrega material del bien, sin que implique despojarse de dicho derecho.

Esta afirmación, caería de su peso cuando el artículo 740 de la misma normatividad define claramente la tradición como un modo de adquirir el dominio de las cosas, lo que claramente no ocurre en el comodato, en donde no se configura en cabeza del comodatario ningún derecho real, sino una mera tenencia del bien en desarrollo de un negocio jurídico bilateral. Se concluye entonces, que la palabra tradición utilizada en el artículo 2200 mencionado, fue utilizada en forma equivocada por el legislador.

Si el numeral cuarto del artículo 89 de la ley 153 de 1887 excluyó no solo los contratos consensuales sino al comodato, con mayor razón la exclusión aplica para el contrato de depósito ya que el artículo 2237 de la normatividad civil establece claramente que “El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario.”, se refiere a una entrega material sin transmisión del derecho de dominio, tal y como ocurre en el contrato de comodato.

Siendo así las cosas, ¿Podríamos concluir que no se puede celebrar un contrato de promesa de comodato o de depósito, por haberlos excluido el numeral cuarto, tantas veces mencionado?. La respuesta evidentemente es negativa, y la claridad de la posibilidad de celebrar dichos contratos es clara, salvo que le demos un sentido que no tiene el concepto de tradición y lo acomodemos a una realidad que no le corresponde, cosa que también podemos hacer en las promesas sobre contratos consensuales.

El profesor Fernando Hinestrosa en una ponencia para el Congreso Internacional de derecho civil y romano del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México, realizado en septiembre de 2005, se refirió como tema central al contrato de promesa, y a pesar de no tocar específicamente el punto, al hablar sobre la importancia práctica de la promesa bilateral, lo refirió a varios contratos prometidos, donde

encontramos varios de ellos de perfeccionamiento consensual². 2. Argumento Histórico: si bien es cierto que en el proyecto de 1853, el Jurista Andrés Bello expresamente consagró que en el caso de la promesa sobre contratos consensuales “la promesa equivaldrá al contrato mismo”, también es cierto que esta consagración no fue repetida en el proyecto inédito que dio origen al Código Civil Chileno. 3. Argumento sustancial: pensemos en el caso de una persona, no comerciante, que importa un bien, que es enviado por vía marítima al país y se encuentra en ese proceso de transporte. El empresario ya tiene un comprador para este bien en territorio Colombiano, pero como aún no está en Colombia decide proponerle celebrar un contrato de promesa de compraventa cuyo objeto es el mueble que viene en tránsito, obligándose a celebrar la venta respectiva una vez el producto se encuentre en territorio nacional. No pactan el momento de la entrega de la mercancía ni el momento del pago del precio, ya que son obligaciones que no son propias del contrato de promesa que desean celebrar.

Si aceptáramos la imposibilidad de celebrar contratos de promesa sobre contratos consensuales, y, que de hacerlo, lo que nacería sería el contrato prometido, diríamos que en el caso planteado lo que nació a la vida jurídica fue la compraventa, a pesar de que la intención de las partes era celebrar una promesa.

Por tanto, si nació la compraventa y no la promesa, y teniendo en cuenta que no se pactó momento para el cumplimiento de la obligación, y tratándose de una compraventa civil,

² “Posponer la celebración de un nuevo contrato, cuyos términos están ya convenidos y a la vez asegurarla, esa es la razón de ser de la figura, que, en consecuencia, presupone, de un lado, una decisión madura, o mejor, ya tomada, y de otro, la postergación del acuerdo definitivo. Varias son las razones que pueden llevar a posponerlo: piénsese en el contrato de promesa de cesión o de licencia relativo a un descubrimiento o invención aún en curso, o con patente en trámite, o acerca de un libro por escribir o cuya redacción avanza. En la promesa de venta o de arrendamiento de inmueble cuya construcción está todavía en planos o apenas se adelanta. En la promesa de venta de un bien perteneciente a una sucesión aún no concluida. En la promesa de venta de un inmueble cuyo comprador está pendiente de un crédito institucional. En el contrato de promesa de mutuo. En la promesa de venta que se celebra porque para alguna de las partes, o para ambas, es más conveniente fiscalmente que la venta se feche en la vigencia siguiente. En el contrato cuya celebración se pospone, porque quien ha de pagar el precio de contado, no tiene en el momento el dinero... ... En el arrendamiento con opción de venta, o en la promesa de arrendamiento de servicios.”. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1943/6.pdf> p. 5,6.

aplicaríamos el artículo 1882 del Código civil que en su parte inicial establece “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.”, por tanto, el vendedor del bien importado debió entregarlo inmediatamente se perfeccionó el contrato y por ende está ya ubicado en el campo del incumplimiento y de la responsabilidad contractual, simplemente, porque algunos entienden, que la no consideración en el numeral cuarto del artículo 89 de la ley 153 de 1887 de los contratos consensuales, impide que la voluntad de las partes, que el querer de las partes, se aplique, y consideran que su intención debe ser desechada y obligarlos a celebrar un contrato que ellos aún no quieren celebrar, por las razones que sean.

Es evidente, que eso no es ni lógico, ni justo, ni mucho menos se compagina con un derecho de los contratos moderno, que respete la autonomía privada de la voluntad, que respete al sujeto, y que tenga como centro de su desarrollo al ser humano, a su voluntad y por ende a su dignidad. Resulta indiferente, que las partes tengan otras posibilidades, como someter la venta a condición, o la obligación exclusiva a condición, lo cierto es que no existe razón jurídica, para prohibir este tipo de contratos de promesa.

Si revisamos un poco los antecedentes el segundo proyecto de Andrés Bello excluía expresamente esta posibilidad indicando que lo que nacía era el contrato consensual prometido y no la promesa. Sin embargo, más allá de ser el pensamiento histórico del legislador, la autonomía privada de la voluntad de las partes debe primar, y, si la intención de ellos es querer obligarse a realizar el contrato consensual después, así debemos entenderlo y respetarlo y por ende darle vida jurídica, siempre que esté dentro de los límites del derecho social (Bonivento, 1996).

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

No podemos terminar un estudio sobre la formación del consentimiento en el derecho Colombiano, sin hacer referencia a la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías, y que fuera adoptada por nuestro país mediante ley 518 de 1999 y que entrara en vigencia el 1 de agosto de 2002, y por ende, forma parte de nuestro derecho interno, y, a las luces de su artículo 1 dispone:

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

Un aspecto importante de la Convención, desde un punto de vista académico, se presenta en poder haber puesto de acuerdo, en algunos puntos, a las grandes familias jurídicas

mundiales, principalmente civil law y common law, pero esta virtud académica, igualmente es la razón de ser, de sus grandes vacíos, generadoras de muchas dificultades prácticas.

Vamos en estas breves líneas a realizar una síntesis de la consagración normativa de la convención, al tema del proceso de formación contractual:

1. Los Tratos Preliminares: El artículo 8.3 de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías, en adelante CCIM, establece que para encontrar la intención de una parte en el contrato, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, especialmente las negociaciones, es decir le está asignando a los tratos preliminares una función interpretativa, que igualmente ha sido reconocida por nuestra Corte suprema de Justicia (C.S.J. Sent. de 12 de agosto de 2002. Tomada de Oviedo, J. 2008).

Sin embargo, esta etapa preliminar genera algún tipo de responsabilidad?. La respuesta debe ser afirmativa, ya que la misma se encuentra abarcada por el principio de la buena fe, entendido como un imperativo de conducta exigido a las partes que pretenden contratar.

Nuestro código civil pareciera que, en su artículo 1603, únicamente lo contemplara en la ejecución del contrato, sin embargo, no puede desligarse el principio general de responsabilidad, consagrada en el artículo 2341 de la misma normatividad al consagrar que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. El artículo 863 del Código de comercio si consagró expresamente, el deber de actuar de buena fe en el período precontractual, y establece que su inobservancia generará la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen.

El artículo 7 de la CCIM consagra que “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.” (Carrascosa, 2006), por tanto pareciera, que al igual que nuestro código civil, solo tendría efectos interpretativos, sin embargo gran parte de la doctrina y un buen número de laudos arbitrales, reconocen los

efectos indemnizatorios generados en la violación del principio de la buena fe, así esta se haya generado, durante la época de los tratos preliminares.³

2. La oferta: El artículo 14 de la CCIM dispone que:

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

Con respecto al numeral primero de este artículo, no existe mayor diferencia frente a lo planteado en el artículo 845 del Código de Comercio nuestro, ya que exige que la oferta debe contener los elementos esenciales del negocio ofrecido, lo que en el caso de la compraventa de mercaderías, se cumple con la indicación del objeto y el precio, sin embargo en nuestro derecho es claro, por lo menos para la jurisprudencia y una buena parte de la doctrina, que una oferta de compraventa, en donde no se señale el precio, no produce efecto alguno por no contemplar un requisito esencial del contrato ofrecido, sin embargo frente a la CCIM, la discusión se presenta en tensión a que a pesar de la consagración del artículo 14 mencionado, el artículo 55 consagró lo siguiente:

³ “resulta claro que el objetivo de asegurar la observancia de la buena fe es un principio de interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención y, por ende, del contrato. Sin embargo, consideramos que no debe quedar relegado a esta mera función interpretativa, sobre todo si se tiene en cuenta que la buena fe es un principio general informante de la convención en su conjunto que influye en el comportamiento que puede exigirse a los contratantes”. María del Pilar perales Viscasillas, “Una aproximación al artículo 7 de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional”, en Cuadernos de Derecho y Comercio núm. 16, Madrid, 1995, Pág. 55 a 88. Igualmente en CISG Pace database, Pace law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>. JOHN KLEIN, “Good faith in international transactions, Pace Law School Institute of International Commercial law”, en Lliverpool Law review, 15, 1993, Págs. 115 a 141. Igualmente Perales Viscasillas, El contrato de compraventa Internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), en CISG Pace database, Pace law School Institute of International Commerce law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001.

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

Sobre este particular, no existe unificación doctrinaria ya que algunos dan prevalencia al artículo 55, y por ende no es requisito de la oferta el señalamiento del precio (Hannold, 1980; Diez, 1998), situación que se puede suplir en los términos del artículo 55, otros por su parte consideran que se debe estudiar el artículo 14 independiente del 55 y por tanto, la improcedencia de la oferta si no se ha establecido ese elemento esencial de la compraventa, independientemente de que al cuerdo de voluntades, la ley le surta plenos efectos supliendo la deficiencia negocial estableciendo la forma de suplir el precio ausente (Perales, 1996).

Nuestro derecho, como ya lo mencionamos, no acepta, ni jurisprudencial ni doctrinariamente, la posibilidad de ofertas de compraventa, en donde no se determine el precio o por lo menos, se fije la forma de determinarlo. Sin embargo, el código de comercio Colombiano si acepta en su artículo 920 la posibilidad del llamado contratos con precio abierto, cuando a su tenor dispone. “No habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega.”. La situación jurídica es exactamente igual solo que en nuestro código de comercio, se exige además, que el comprador haya recibido la cosa, exigencia que no se requiere en la CCIM. Inclusive en nuestra legislación interna, la situación es más compleja ya que puede suceder que, la existencia del contrato, quede suspendida en el tiempo, hasta verificar si se presenta o no entrega del bien objeto de la venta y lo que es peor, la misma oferta con precio abierto quedaría con su existencia suspendida en el tiempo hasta verificar la entrega de la cosa. Lo anterior adolece de lógica y se podría pensar en principio

que en nuestro derecho la oferta de venta sin precio no produce efecto así la compraventa mercantil sin precio si genere efectos si el bien ha sido entregado.

La anterior, es una forma de darle posibilidad de saneamiento a una ausencia que no lo admite, siendo a todas luces irregular, ya que mientras no medie la entrega, no hay precio, y si no hay precio, no hay compraventa, pero si se recibe el bien, el contrato produce efectos pero desde el momento del acuerdo de voluntades. Es mucho mejor la forma en que la CCIM acoge el tema, en donde no se requiere la entrega del bien, para que se pueda determinar el precio del negocio jurídico.

Creemos que una oferta de compraventa en donde el oferente no ha fijado el precio, ni la forma de determinarlo, queda sujeta a la condición resolutoria de no aceptación por parte del destinatario, quien si lo hace debatiendo el posible precio, genera una nueva oferta, pero si acepta sin realizar observaciones sobre el precio, implicaría que la condición se encuentra fallida, y por ende, la estabilidad de la oferta, y como consecuencia en tratándose de la CCIM, el nacimiento del contrato, cuyo precio se fijará acorde con lo dispuesto en el artículo 55 de la convención. Otra cosa será tratándose del Código de comercio colombiano, en donde la compraventa quedará además sujeta a la condición resolutoria del recibo del bien por parte del comprador, quien si no lo recibe, implicará el cumplimiento de la condición y por ende la resolución del contrato.

El numeral segundo, en cambio, si plantea algo diferente a nuestro ordenamiento, ya que le resta efectos jurídicos vinculantes a la policitud u oferta pública, en la medida en que la propuesta dirigida a indeterminados es considerada como una simple invitación a ofertar, salvo manifestación expresa en contrario del proponente, por tanto la CCIM ubica la policitud dentro de los tratos preliminares, por lo que así no tenga efectos vinculantes, si puede generar responsabilidad pre contractual en los términos ya anotados.

Nuestro ordenamiento mercantil, establece frente a este tema dos posibilidades, la primera, la contemplada en el artículo 847 del Código de Comercio, que dispone que “Las

ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga....” , igualmente, esto no quiere decir que no genere responsabilidad pre contractual ante la violación del principio de la buena fe. Esta norma en su planteamiento se asimila a la CCIM.

Sin embargo, nuestro ordenamiento consagra una excepción a la inoperancia vinculante de las plicitaciones, que en mi opinión puede extenderse a los establecimientos virtuales, y que se encuentra consagrada en el artículo 848 del ordenamiento mercantil que a su tenor dispone: “ las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores, y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio” (Ospina, 2009. p.146) (Peña,2011) más allá de la crítica que se pueda realizar a esta dicotomía, entre lo que se ha denominado plicitación simple y plicitación compromisoria, lo relevante aquí, es mostrar como a diferencia de la CCIM, nuestro derecho, excepcionalmente reconoce fuerza vinculante a la plicitación.

El artículo 15 de la CCIM dispone lo siguiente: “ 1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. 2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.”. Vemos como, el momento del nacimiento de la oferta en la CCIM, es muy diferente al del Código de Comercio, ya que, como mencionamos anteriormente, nuestro código mercantil acoge la teoría de la expedición, mientras que la CCIM acoge la teoría de la recepción. Lo anterior implica en primer lugar unas marcadas diferencias frente a los efectos.

En primer lugar se evita la discusión que nace en nuestro código de comercio, derivada de una deficiente redacción de la norma, lo que siempre es beneficioso en cualquier ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, el hecho de que en la CCIM se establezca el nacimiento de la oferta desde la recepción de la misma, abre la posibilidad, como en efecto este artículo 15 de la CCIM lo consagra, del retiro de la propuesta, lo que, como ya anotamos, no cabe en nuestro código, salvo que, el oferente, en la misma oferta haya establecido que sus

efectos se surten en algún momento posterior al envío. La convención establece que el proponente, podrá retirar la oferta, siempre y cuando la comunicación del retiro llegue antes o simultáneamente con la propuesta.

El artículo 16 de la CCIM establece lo siguiente:

“1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.”.

La diferencia entre la CCIM y nuestra legislación, es clara, ya que, establece sin ambigüedades, la posibilidad de revocación, la cual cabe dentro del tiempo transcurrido entre el nacimiento de la oferta, teoría de la recepción, y la perfección del contrato, estableciendo como requisito para que sea procedente, que la revocación llegue al destinatario antes de que éste envíe la aceptación.

Cabe aclarar, que la revocación, siendo una facultad dada por la Convención, a diferencia de nuestra legislación comercial, no genera indemnización de perjuicios. Lo cierto es, que el sistema adoptado por la CCIM, trata de establecer una postura intermedia que congenie las posturas de los dos grandes sistemas jurídicos, el *common law* en donde la oferta es siempre revocable, y el *civile law*, de la mayoría de sistemas de tradición romanística, en donde la oferta es irrevocable. (Oviedo, 2008).

De esa mezcla, nace la norma en comento de la Convención que parte de la regla general de la revocación, para establecer unas excepciones a la misma. Sin embargo, la primera excepción, ha generado una discusión doctrinaria, que en último lugar les corresponde a los Jueces dilucidar (Perales, 1996), ya que algunos sostienen que no basta con señalar un plazo para la aceptación, para que automáticamente la oferta se convierta irrevocable, sino que, para que se dé la irrevocabilidad, se requiere que se cumplan los dos requisitos, es decir que se indique en la oferta el carácter de irrevocable y además se fije un plazo para su aceptación (Diez-Picazo, 1998).

De otra parte, están los que sostienen, que el solo señalamiento del plazo para la aceptación, hace que la oferta sea irrevocable, como ocurre en el derecho Alemán⁴. Este enfrentamiento entre los dos sistemas, generó que el proyecto inicialmente presentado, y en donde se establecía claramente la irrevocabilidad en el evento en que a) la oferta explícitamente o implícitamente indicara la irrevocabilidad, b) si la oferta fijara un plazo para la aceptación, o c) si fuera razonable que el destinatario entendiera que la oferta era irrevocable, fuera modificado en plenaria y los literales a) y b) unificados, generando la discusión, que hoy tienen que resolver los Jueces, y a sabiendas que el texto aprobado, generaría discusiones (Adame, 1994).

El artículo 17 de la CCIM consagra lo siguiente: "La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.". Consagra la norma la figura de la extinción de la oferta, la que se produce como es obvio, con el rechazo que el destinatario haga de la misma, y en este caso realizándose en forma expresa. Sin embargo, en el artículo siguiente, se abre la posibilidad de la extinción tácita de la oferta, al plantear el caso la pérdida de efecto de la aceptación, si la misma no llega al oferente dentro del término que éste le haya fijado, o si no se fijó término, dentro del un plazo razonable.

Contempla el artículo 18 de la Convención, buena parte del tema de la aceptación de la oferta al disponer que:

"1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos

⁴ Art. 145 BGB: "Quien ofrezca a otro hacer un contrato está vinculado por la oferta, a menos que haya excluido el estar vinculado."

que de las circunstancias resulte otra cosa. 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.”.

En el numeral primero, antes transcrito, se ratifica la posibilidad de que haya aceptación expresa o tácita e igualmente le quita efectos jurídicos al simple silencio. El numeral segundo consagra la asunción por parte de la convención, de la teoría de la recepción en cuanto al momento en que surte efectos la aceptación de la oferta, siguiendo el mismo criterio señalado para la oferta. Igualmente, como ya hemos comentado, es diferente al criterio del código de comercio Colombiano, por lo menos en lo que nuestro estatuto mercantil consagra frente a la aceptación expresa, ya que frente a la tácita está abierta la discusión, a la que ya se hizo referencia.

De otra parte, como mencionamos en el párrafo anterior, se refiere este artículo 18 de la convención a la extinción tácita de la oferta, cuando la aceptación es extemporánea, entendiéndose por tal, la recepción de la misma por fuera del término señalado por el oferente, hasta aquí igual a nuestra legislación, o la que se recepcione si el oferente no ha fijado término, por fuera de un plazo razonable, cuya razonabilidad dependerá, basándonos en el artículo 1-204 (2) de El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos “de la naturaleza, propósito y circunstancias de dicha acción.”.

En este punto, si que encontramos diferencia con nuestro ordenamiento mercantil, ya que el Código de Comercio Colombiano, suple el no señalamiento de término por el oferente, al establecer un plazo legal de seis días. La Convención, habla de plazo razonable que de acuerdo con el mismo artículo 18 de la CCIM es el que debe tener en cuenta las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por

el oferente, lo que parecería es altamente peligroso dada la subjetividad del concepto que en últimas redundaría en lo que el Juez considere razonable al darle amplitud para analizar cómo se dio la transacción y que medio fue utilizado, prefiriendo indudablemente un criterio mucho más objetivo como el que acoge nuestra ley mercantil. Al igual que nuestra legislación, la Convención establece la inmediatez de la aceptación de la oferta verbal, salvo que de las circunstancias se desprenda otra cosa.

Agrega la Convención en el numeral tercero, la aceptación de la costumbre entre las partes, al determinar que de acuerdo con los usos y prácticas entre ellas, no se hará necesaria la comunicación de la aceptación al oferente, si existen actos que la impliquen, y que hayan sido aceptados entre ellos. Esta posibilidad no fue contemplada por nuestra legislación, y es el reconocimiento a esas prácticas entre las partes, que en materia mercantil, deberían producir plenos efectos.

El artículo 19 de la Convención establece que:

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

Esta norma plantea lo que en nuestro derecho conocemos como la aceptación condicional, que surte los efectos de una nueva oferta. Inicialmente en su numeral primero, plantea lo que la doctrina denomina la teoría de los espejos, es decir, que la aceptación debe

coincidir en todas sus partes con la oferta, de tal suerte, que pareciera el reflejo en el espejo de la misma. (Oviedo, 2008).

Sin embargo, el numeral segundo contempla, una regla aceptada por la misma práctica comercial, es decir, la posibilidad de que la aceptación contenga alteraciones o elementos adicionales que no alteren sustancialmente la oferta, en este evento, no se aplica la regla del numeral primero del artículo 19 de la CCIM y producirá los efectos de una aceptación, que si no es objetada, verbalmente o mediante comunicación, sin demora injustificada, genera plena aceptación en los términos de la oferta modificada por la aceptación.

Pero si la modificación se da en alguno o algunos de los elementos relacionados en el numeral tercero, que se consideran sustanciales, se considerará un rechazo de la oferta, y a las voces del numeral primero, una contraoferta, lo que implica realmente una aceptación condicional. Si creemos que es inconveniente el tratamiento que se da en este artículo al tema de la aceptación condicional y su división en elementos sustanciales y no sustanciales, ya que la relación que hace de los primeros, no deja nada o casi nada por fuera, es decir, cualquier modificación será tomada como sustancial y por ende, como una contraoferta.

Nuevamente, se incurre en el manejo de conceptos de difícil ubicación objetiva, como establecer que se entiende por una demora injustificada, ya que depende nuevamente del parecer del Juez, situación que en últimas deberá determinar el fallador, pudiendo la normatividad haber resuelto este inconveniente, fijando un término único, y no haberlo creado.

Estas, parecen ser imprecisiones, que tendrían su origen en la simbiosis de los dos grandes sistemas jurídicos de occidente, y así debemos entenderlo, sin embargo es claro que se desaprovechó un espacio propicio para evitar confrontaciones innecesarias en la aplicación de la norma. Por consiguiente parecería más adecuado el sistema Colombiano ya descrito con respecto al de la CCIM.

La consagración que se hace en el artículo 20 de la Convención, sobre el cómputo de los términos, es acorde con el sistema escogido y con su carácter universal, y se encuentra establecido en los siguientes términos:

“1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario. 2) Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.”.

El tenor literal del artículo 21 de la Convención es el siguiente:

“1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido. 2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido”.

Esta norma lo que hace es regular el tema de la aceptación extemporánea, dándole el efecto de una nueva oferta, como en nuestro derecho, sin embargo, establecer nuevamente el criterio abstracto, que el efecto se produce, si el oferente, sin demora, informa al aceptante verbalmente mediante comunicación, nos ubica nuevamente en el limbo jurídico de verificar si hubo o no demora del oferente, lo que finalmente queda en cabeza del Juez, tema que se hubiera podido solucionar desde la consagración normativa.

Peor aún, trasladarle la carga al oferente, como lo hace el numeral segundo del artículo 21 de la CCIM, de verificar si la transmisión de la aceptación sí o no hubiera llegado a tiempo en condiciones normales, ya que si es así, la aceptación tardía, valdrá como plena aceptación, salvo que el oferente informe al destinatario, que considera caducada la aceptación. Esa carga exagerada para el oferente, se da precisamente por no haber establecido un sistema objetivo de formación contractual.

El artículo 22 de la CCIM, le otorga el mismo beneficio al aceptante que al oferente, al poder retirar la aceptación en los términos allí consagrados. Así el artículo mencionado establece: “La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.”. Nuestra legislación mercantil no contempla el retiro de la aceptación como tampoco contempla el retiro de la oferta, por las razones ya mencionadas.

Sin embargo, cabe la pregunta de la posibilidad del retiro, si en la oferta se hubiere contemplado que la aceptación produzca efectos desde algún momento posterior a la remisión de la misma, y la respuesta tanto de que este evento se produzca como de la posibilidad del retiro, debe ser positiva ya que por ser la oferta un acto unilateral del oferente, él puede de la misma forma establecer desde cuando surte efectos la oferta y la misma aceptación. Si así lo hace y los efectos se surten en momento posterior a la expedición, es evidente que cabría la posibilidad de retiro. Igualmente para aquellos, que consideran que la aceptación tácita, que contempla nuestra legislación, surte efectos, acogiendo la teoría de la comunicación, desde que el oferente se entera de los actos inequívocos de aceptación, planteamiento que no comparto por las razones ya expuestas, sería procedente aceptar la posibilidad del retiro de la aceptación desde que se producen los actos hasta que el oferente se entere de ellos, siempre y cuando el aviso de retiro llegue al oferente antes de la comunicación de tales actos o simultáneamente con ella.

El artículo 23 de la convención establece el momento en que debemos dar por perfeccionado el contrato, que hay que estudiarlo en concordancia con el artículo 18

mencionado. El artículo 23 establece: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.”.

Habría entonces que determinar en qué momento surten efectos la aceptación de acuerdo con la convención, siendo posible establecer tres eventos: a) la regla general que establece que la aceptación surte efecto cuando la indicación del asentimiento llegue al oferente, será en este momento de llegada de la aceptación, que se entienda perfecto el contrato; b) En las ofertas verbales es la aceptación coetánea, por tanto es en ese momento que surge el contrato, y, c) En las aceptaciones tácitas, en donde de las prácticas o usos establecidos entre las partes, el destinatario pueda manifestar su asentimiento, sin necesidad de comunicar al ofertante, realizando la ejecución de un acto relativo al negocio, siempre que se realice dentro del plazo, será en el momento de la realización del acto, el momento de perfeccionamiento contractual.

Cabe aclarar, que esta última forma de perfeccionamiento del contrato, no se puede predicar, de todo tipo de aceptación tácita, sino solo en aquellos casos en donde ha habido una historia comercial entre las partes, y los usos o costumbres entre ellas, así lo hagan concluir. Piénsese por ejemplo, en el caso de la oferta formulada, entre dos empresarios que no han tenido vínculos previos, ni historia comercial previa, y en donde el destinatario remite un recibo de consignación por el valor del precio, en este evento la perfección del contrato se dará no al momento de consignar, sino cuando el recibo llegue al oferente.

Sobre este tema del perfeccionamiento del contrato, surge la duda del lugar del mismo ya que la convención, por lo menos no expresamente, lo consagra. Algunos autores, consideran que al no manifestarse la Convención sobre este tema, queda para ser resuelto por las reglas del conflicto del derecho internacional privado (Perales, 1996), si lo aplicamos en el derecho Colombiano sería el lugar de residencia del oferente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 864 del Código de Comercio. Otros consideran (Oviedo, 2009) que la Convención si regula el tema, ya que si la aceptación produce efectos al llegar al oferente, es en el lugar de llegada donde se surten todos los efectos generados.

Ahora bien, si se trata de una aceptación tácita, con prácticas y usos previos entre las partes, el lugar de celebración del contrato será el del lugar de ejecución del acto inequívoco de aceptación. El Doctor Jorge Oviedo Albán, (Oviedo, 2009) considera que en lo referente a la aceptación tácita entre empresarios con usos y prácticas previas, el lugar de celebración será el del domicilio del aceptante de la oferta, sin embargo puede que este no sea el mismo de la realización de los actos de ejecución, por tanto ampliar lo consagrado en el artículo 18 numeral 3, es otorgarle un sentido mayor del que tiene.

El artículo 24 de la Convención aclara que se entiende por llegar al destinatario o al oferente, señalando que: “A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.”, no dejando espacio para las dudas.

No sobra en este momento, mencionar brevemente, a manera de información, cómo se forma el contrato en algunas legislaciones en lo que respecta a personas distantes: (González, 2004)

1. En Francia: Podemos afirmar que el Código Civil francés, no asume posición sobre el punto, y en dos circunstancias concretas asume, inclusive, posiciones disímiles; en el artículo 932 consagra que la aceptación de la donación, por un acto posterior, no produce efectos para el donante, sino a partir de la notificación del acto, y el artículo 1985 establece que la aceptación tácita del mandato, puede resultar de la ejecución hecha por el mandatario. Este silencio genera como es claro diferentes posiciones sobre el tema. La primera sobre la que no parece haber discusión, es sobre la necesidad de mirar en primera instancia, si es posible, la intención de las partes (Planiol, Ripert & Esmein, 1946; Ghestin, 1993; (Citados en González, 2004)

El problema se presenta al momento de decidir la regla supletiva de dicha voluntad, en el caso en que sea imposible dilucidarla. Unos aceptan la teoría de la comunicación o cognición, con fundamento en que cada declarante de la voluntad asume el riesgo de que esta no sea conocida (Planiol et al, 1946; Carbonnier, 1996) (Citados en Gonzalez, 2004), otros consideran que el contrato se da cuando se exteriorice la voluntad, expedición, por considerar que la misma es la esencia de la formación contractual (Marty y Reynaud, 1998) (Citados en Gonzalez, 2004)..

Por su parte la jurisprudencia, no ha tomado partida por una posición única, y ha dejado en libertad a los jueces para fijar el momento de perfección del contrato en cada caso particular, aclarando que la Corte de Casación, ha tendido más a la teoría de la expedición (Sentencias Corte de Casación Francesa 5 de junio de 1962).

2. En Estados Unidos: es importante aclarar que la materia contractual no es de orden Federal, sino que le corresponde a los Estados regular el tema. Esta obvia dificultad práctica, fue tratada de ser suplida por el Instituto de derecho Americano (American law Institute), al tratar de sistematizar la materia contractual, revisando las diferentes sentencias de los estados en el tema contractual, y redactando el Restatement of contracts en 1932, y en una segunda versión en 1981, y que ha servido para unificar criterios entre las diferentes Cortes.

De acuerdo con esto, en la sección 63 literal a, se consagra que salvo disposición en contrario de la oferta, la aceptación hecha de una forma o por un medio razonable, o por un medio sugerido por el oferente, perfecciona el contrato desde que deja de estar en poder del aceptante. Acepta la teoría de la expedición. No deja de ser extraño, que las demás declaraciones de voluntad, incluyendo la oferta, producen efecto cuando son recibidas por el destinatario.

3. En Inglaterra: El contrato se perfecciona cuando se le comunica al oferente la aceptación, pero en forma acertada, establece que igualmente la aceptación produce

efectos, cuando el oferente la ignora por causas imputables únicamente a él (Guest, 1971).

4. En Suiza: En la ley federal del 30 de Marzo de 1911 que complementa el Código Civil Suizo de las obligaciones, se establece en el artículo 10.1 que si el contrato es celebrado entre ausentes, sus efectos se retrotraerán al momento en que se haya enviado la aceptación. Como se observa, pareciera que la perfección del contrato en el momento del envío de la aceptación, teoría de la expedición, sin embargo la redacción se presta a confusión al manifestar que los efectos se retrotraen, es decir pareciera que la perfección del contrato se da en un momento posterior, la recepción, y los efectos se retrotraen al momento del envío.

Esta parece ser la conclusión definitiva, si observamos el artículo 3.2 de la misma normatividad, que establece que el oferente queda liberado si no recibe la aceptación en el plazo señalado y con base en el artículo 5.1 que señala que el oferente queda vinculado por su oferta mientras pueda esperar recibir una respuesta remitida en tiempo, es decir, mientras no se haya recibido la respuesta, únicamente está vinculado por el acto unilateral de la oferta y no por el bilateral del contrato que parece no haberse formado. (González, 2004).

5. En Italia: en el artículo 1326.1 el Código Civil Italiano acoge la teoría del conocimiento o cognición, al manifestar que se perfecciona en el momento en que quien haya hecho la oferta conoce la aceptación, sin embargo establece en el artículo 1335, que toda declaración de voluntad se reputa conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba, que la ha sido imposible, sin su culpa, tener noticia de ella. Realmente acoge, en mi criterio, la teoría de la recepción, con la posibilidad de ser, desvirtuada y postergar el perfeccionamiento del contrato al momento en que realmente conoce el contenido, si se prueba, la imposibilidad del conocimiento, sin que medie culpa suya.

6. En Alemania: Establece el BGB en su parágrafo 130.1, que la declaración de voluntad realizada a una persona ausente, produce efectos desde el momento en que la recibe. Esto es pleno, siempre y cuando efectivamente la recepción dé la posibilidad de que sea conocida por el ofertante, situación que no se produce si es recibida en un momento inusual. En este evento la perfección se dará cuando tenga conocimiento de la aceptación.
7. En Portugal: El Código Civil portugués en su artículo 224.1 establece que la declaración de voluntad es eficaz en el momento en que el destinatario la tiene en su poder o llega a su conocimiento. Puede pensarse que la normatividad portuguesa acoge simultáneamente la teoría de la recepción como la de la cognición. Sin embargo, al referirse al término poder, debemos entender que es mucho más amplio que únicamente recibir, por tanto implica una potestad de disposición sobre la declaración de voluntad. Igualmente, establece que son eficaces las declaraciones no recibidas por su destinatario, por su propia culpa.

Es innegable que la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato, es un tema de vital importancia, ya que puede marcar la diferencia entre los efectos que se generan y el inicio de una acción contractual o una precontractual, en el caso de darse los presupuestos, y por ende las consecuencias jurídicas varían de una situación a otra. La revisión de las normatividades mencionadas, hacen ver que, el tratamiento, cualquiera que él sea, puede generar dificultades y que en ningún caso es idóneo.

La indeterminación del derecho francés deja en el limbo judicial esta situación, la no obligatoriedad de los *restatements of contracts* de Estados Unidos genera la misma incertidumbre a pesar de su constante reconocimiento por los tribunales, la consagración Inglesa deja la discusión de cuando la aceptación ha sido ignorada por causas imputables al oferente, la consagración Suiza de retrotraer los efectos se presta a la proliferación de opiniones, La consagración Alemana deja abierta la problemática de establecer si el momento

de recibo es o no inusual, La legislación Portuguesa deja los efectos al criterio abstracto de apoderamiento de la aceptación por parte del oferente aspecto de muy difícil prueba, la ley Italiana establece un sistema muy parecido al del Código de Comercio Colombiano, en cuanto a la presunción, al señalar que el efecto se produce desde que tienen conocimiento el oferente de la aceptación y presume que tuvo conocimiento con la sola recepción de la misma siempre y cuando no pruebe que le fue imposible conocerla sin su culpa. La dificultad que presenta inicialmente es la determinación del conocimiento como presupuesto de perfección del contrato para luego suplirlo con la sola recepción de la aceptación, siendo éste último un criterio mucho más fácilmente verificable, pero al darle la posibilidad de desvirtuar el conocimiento probando la imposibilidad de conocer la aceptación, retrocede en lo avanzado al colocar nuevamente la situación en el plano de difícil prueba.

Podría pensarse en la necesidad de adoptar criterios sencillos fácilmente comprobables, partiendo del presupuesto de que es el oferente, una vez emitida la oferta, quien tiene que actuar en forma diligente y establecer los mecanismos de control y verificación para enterarse oportunamente de la llegada de la respuesta por parte del destinatario de la oferta. En este sentido establecer que el momento de perfeccionamiento del contrato, cuando esto se produzca, es el de la recepción de la aceptación que se haga en el lugar que se haya indicado en la oferta o en caso contrario en la residencia del oferente, en su lugar habitual de trabajo, o en lugar ocasional en el que efectivamente se encuentre, todos debidamente comprobados, sin posibilidad de desvirtuarse por el oferente, salvo que pruebe que la comunicación fue recibida en sitio diferente a los manifestados.

BREVES COMENTARIOS A LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN PROYECTOS
UNIFICADORES DE LA LEY DE CONTRATOS

Para nadie es un secreto que la globalización económica y social ha requerido la homogenización de las normas jurídicas y por ende el establecimiento de “herramientas jurídicas y económicas ante los desafíos globales” (Urbina, Acosta, Durán, Palomeres, 2011 Pág. 29)

El paso de los principios UNIDROIT – “*Principles for international commercial contracts*”, los Principios Europeos de Contratos elaborados por la *Comission on European Contract Law* dirigida por el profesor Ole LANDO y que se encuentran vinculados con el proceso de armonización del derecho europeo del cual hace parte el Marco Común de Referencia- *Common Frame of Reference*-, con un sentido más de aplicación europeo pero basado en los principios UNIDROIT y en los Principios LANDO que a su vez tienen un carácter más internacional. (Urbina, 2011).

Así mismo, no puede dejarse de lado el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos con sede en la Universidad de Pavía, proceso dirigido por el profesor Giuseppe GANDOLFI. (Urbina, 2011).

Acudiendo a otras latitudes no sobra una mirada a los *restatements of contracts* y al Código de Comercio de los Estados Unidos.

PRINCIPIOS UNIDROIT.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una de las varias entidades internacionales que ha venido trabajando en aras de la armonización y unificación del derecho privado. En 1968, en la ciudad de Roma, con motivo de la celebración de los 40 años de creación del Instituto, se aprobó la idea de la creación de un cuerpo normativo referido a la contratación mercantil internacional. Fruto de esta idea, se publicaron en 1994 los principios para los contratos comerciales internacionales. En el año 2001 se realizó la primera publicación en idioma español, en el 2004 se publicó la segunda versión con algunas modificaciones. Recientemente en el año 2010 se realizó la tercera versión con nuevas modificaciones que fuera aprobada por el Comité Directivo el 13 de mayo de 2011.

Lo cierto es que en lo referente al proceso de formación contractual en la relación oferta y aceptación, la tercera versión no sufrió cambios con respecto a las anteriores y guarda una identidad casi total con lo que consagró sobre la materia la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en adelante CCIM, a la cual ya nos referimos y por ende podemos remitirnos a ella para el estudio de los principios UNIDROIT.

Sobre el único aspecto en el que es importante resaltar diferencia es en la consagración normativa de la buena fe contractual, ya que el artículo 7 de la CCIM establece que en la interpretación de la misma se tendrá en cuenta la observancia de la buena fe en el comercio internacional, por tanto como ya mencionamos en el capítulo anterior, se ha considerado que la buena fe solo es criterio de interpretación, sin embargo como ya anotamos, en esta norma se fundamenta la responsabilidad precontractual de las compraventas reguladas por la CCIM. En el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT se establece el deber de las parte de actuar de

buena fe en el comercio internacional, fijese como no se refiere a ninguna etapa en especial del proceso contractual, por tanto debe ser extendido tanto a la etapa precontractual como a la de la celebración del contrato y a la de la ejecución del mismo. Lo anterior está ratificado expresamente en el artículo 2.1.15 de los Principios referente a las negociaciones de mala fe, en donde se consagra que la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe deberá indemnizar los perjuicios que ocasionare, estableciendo específicamente como un caso de mala fe el que una parte entre a negociar o continúe en negociaciones cuando simultáneamente tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Como se observa a diferencia de la CCIM, los Principios si establecen expresamente la consecuencia de la actuación de mala fe en plano de la responsabilidad, y adicionalmente no deja duda sobre la responsabilidad precontractual que se genera en el evento de no haberse perfeccionado el contrato, lo que evidentemente soluciona el inconveniente de la CCIM.

PRINCIPIOS EUROPEOS DE LOS CONTRATOS.

A finales de los años ochenta, antes que el Parlamento Europeo solicitara el estudio y elaboración de una norma única sobre contratos y antes del anteproyecto de Pavía de los Iusprivatistas Europeos dirigidos por el profesor GANDOLFI profieran su anteproyecto del Código Europeo sobre Contratos, un grupo de profesores dirigidos por el profesor danés Olé LANDO, más conocido como la “Comisión Lando”, elaboró Los Principios Europeos de los Contratos, en adelante PEC, cuya última publicación se produjo en el año 2002, y que puede ser considerada la obra más completa sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa.

Cabe destacar en esta obra, en lo que respecta a la formación del contrato lo siguiente:

En su artículo 1:101 de los PEC se establece que la finalidad de los principios es ser regla general de aplicación en Europa sobre el tema contractual. Establece que serán aplicables cuando las partes expresamente así lo hayan establecido en el contrato, o cuando hayan señalado que el contrato se rige por los principios generales del derecho, por la *lex mercatoria* o expresiones similares, o cuando no hayan escogido normatividad que rija su contrato.

Al igual que la versión 2010 de los Principios UNIDROIT, expresamente consagra la Buena fe contractual en su artículo 1:201 sin excluir su aplicación a ninguna etapa precontractual, contractual o pos contractual. Consagra en el artículo 2:301 PEC una norma igual a la ya mencionada 2.1.15 de los Principios UNIDROIT referida a la negociación de mala fe y la consecuente responsabilidad que se deriva en caso de generar perjuicios.

El artículo 1:103 PEC aclara cuando surte efectos una comunicación estableciendo que se produce cuando la misma llega a su destinatario, y al igual que el artículo 24 de la CCIM, manifiesta que se entiende que llega la comunicación al destinatario de la misma, cuando se le entrega, o se entrega en su establecimiento o dirección postal o a falta de ellos en su sitio habitual de residencia. Esta norma acoge, la teoría de la recepción, como lo hiciera la CCIM.

El artículo 2:201 de los PEC, se refiere a la oferta, estableciendo varios puntos interesantes: En primer lugar parece no dejar duda sobre la ineficacia de ofertas con cláusulas abiertas, al establecer que la oferta debe contener términos suficientemente precisos para convertirse en contrato, es decir no habría duda sobre la imposibilidad de clausulado abierto. De otra parte, apartándose de la CCIM, y en términos muy similares, aunque más amplios, que lo consagrado en el artículo 848 del Código de Comercio Colombiano, establece que la propuesta hecha por un profesional en anuncios, catálogos o mediante la exposición de mercaderías, de suministrar bienes o servicios, con la indicación de un precio determinado, se

entiende como oferta de venta o suministro del servicio , hasta que se agoten las mercancías o la capacidad del profesional de prestar el servicio. Como se puede observar, los PEC, dan efectividad dan carácter vinculante a las peticiones a través de anuncios, catálogos, pero también mediante la exhibición de mercaderías. Es importante resaltar que la CCIM no le da efecto a este tipo de petición, y por el lado del Código de Comercio Colombiano está restringida únicamente en su eficacia, a las peticiones realizadas por comerciantes, con exhibición de mercaderías y el precio. Los PEC, en forma más razonable, crean carácter más vinculante adicionando las hechas por catálogos o anuncios, no sólo cuyo objeto sean mercaderías sino también prestación de servicios y como es coherente con esto, no solo hechas por comerciantes sino por cualquier profesional.

Los PEC consagran la teoría de la recepción al establecer en el artículo 1:103, como ya lo manifestamos, que las comunicaciones surten efecto cuando llegan a su destinatario, señalando en la parte final de dicho artículo que el término comunicación incluye promesas, ofertas, aceptación etc. Por tanto es claro que la oferta empieza a producir efectos, al igual que la CCIM a partir de la llegada de la misma al destinatario. No deja de extrañar que los PEC, a pesar de acoger la teoría de la expedición, no consagren la posibilidad de retiro de la oferta y sólo dejen abierta la posibilidad de revocación siempre y cuando llegue al destinatario antes de que éste haya remitido la aceptación, lo que implicaría abrir la posibilidad de revocar un acto unilateral que ni siquiera ha producido efectos mientras no llegue al destinatario, esto es un contrasentido. Es mucho más coherente haber establecido la posibilidad de retiro que se produce mientras no ha nacido a la vida jurídica, como lo hacen la CCIM y Los principios UNIDROIT. No sobra aclarar que en caso de que la aceptación sea tácita, la revocación podrá darse hasta antes del perfeccionamiento del contrato, que a las luces del artículo 2:205 PEC se daría cuando el oferente tenga conocimiento de la conducta de la cual se deriva la aceptación, pero si es una práctica reiterada entre las partes no comunicar la aceptación, sino la

elaboración de conductas de las cuales se concluya la misma, el contrato se entiende celebrado en el momento en que se comenzó a ejecutar dicha conducta y hasta ese momento se podría revocar la oferta.

El artículo 2:202 de los PEC establece al igual que la CCIM tantas veces comentada, la imposibilidad de revocación de la oferta en tres eventos; que se indique en la oferta el carácter irrevocable, que se haya fijado un plazo para la aceptación o que el destinatario hubiere razonablemente creer que se trataba de una oferta irrevocable y hubiere actuado conforme a esa irrevocabilidad. Como puede observarse la consagración es idéntica a la de la CCIM salvo que, para evitar las confrontaciones que expusimos anteriormente al tratar el punto, ubica las dos primeras situaciones, consagración de irrevocabilidad y establecimiento de un término para la aceptación, en numerales diferentes, dejando claro que se trata de dos situaciones diferentes y por tanto para que opere la irrevocabilidad tiene que darse una o la otra pero no las dos como mencionábamos se puede interpretar de la CCIM cuando en su artículo 16 incluye esas dos opciones en un solo numeral. Es importante recordar que al igual que La CCIM, la revocación no genera indemnización de perjuicios por ser una facultad legal.

De acuerdo con el artículo 2:204 de Los PEC, la aceptación implica la comunicación del destinatario o conducta de él que indique conformidad con la propuesta dejando claro que el silencio no implica aceptación.

El artículo 2:205 de los PEC se establece la posibilidad de la aceptación tácita es decir a través de una conducta, como lo establece igualmente el artículo 2:204 PEC. Sin embargo al igual que La CCIM en su artículo 18, se indica que si en virtud de la oferta, de prácticas entre ellas o de usos, el destinatario puede manifestar su aceptación realizando una actuación, sin

necesidad de comunicarla al oferente, la aceptación surtirá efecto desde el momento en que se ejecuta el acto.

La aceptación para que produzca efectos deberá llegar al oferente dentro del plazo fijado en la oferta y si no se ha fijado plazo, dentro de un término razonable, como lo establece el artículo 2:206 de Los PEC lo que concuerda con el artículo 18 de la CCIM. En estos mismos ordenamientos se establece que si la aceptación se da mediante la ejecución de actos del aceptante, por permitirlo la oferta, o ser práctica entre las partes o derivarse de los usos, la aceptación surtirá efectos en el momento en el que se ejecute el acto siempre y cuando se realice en el plazo fijado por la oferta o el razonable si no lo ha fijado.

Igualmente la aceptación que contenga elementos nuevos que no alteren sustancialmente la oferta se tomará como aceptación final, salvo que el oferente sin demora injustificada objete los nuevos términos, (Artículo 2:208 de los PEC y 19 de la CCIM). Los PEC, en este evento consagran el rechazo de la oferta, si el oferente se opone a las modificaciones, si la oferta limita la aceptación expresamente a lo consagrado en ella o el destinatario condiciona la aceptación a que el oferente acepte las modificaciones y la conformidad del oferente no llegue en un término razonable. La CCIM no consagra expresamente las dos últimas, pero debe ser claro que ante esos dos eventos igualmente debe concluirse el rechazo de la oferta.

El artículo 2:207 de Los PEC referido a la aceptación tardía o extemporánea es una copia del artículo 21 de La CCIM, al establecer que valdrá como aceptación si el oferente, sin demora, informa al destinatario verbalmente o por escrito. Establece igualmente la eventualidad de la llegada tardía de la aceptación pero previo un envío de la misma, en condiciones tales que bajo una transmisión normal, la comunicación hubiera llegado en

tiempo, para concluir que en este evento la aceptación valdrá, salvo que el oferente, sin demora, informe al aceptante que considera su oferta caducada.

Finalmente es importante revisar el momento en que se considera perfeccionado el contrato, para concluir que de acuerdo con el artículo 2:205 PEC se pueden dar cuatro eventos de perfeccionamiento del contrato: a) En las propuestas verbales una vez se exprese la aceptación queda perfeccionado el contrato ya que el numeral primero señala que queda perfeccionado el contrato una vez llegue la aceptación al proponente, lo que en el caso del proceso verbal se da simultáneamente con la manifestación en tal sentido, b) En las propuestas escritas seguimos aplicando la regla anterior es decir el contrato se perfecciona cuando la aceptación llegue al oferente, habiendo ya aclarado como el artículo 1:303 PEC aclara el significado del término “llegar”, c) En el caso de una aceptación derivado de una conducta, el contrato se entiende perfeccionado en el momento en que el oferente se entera de dicha conducta (teoría del conocimiento). Obsérvese como este evento no se encuentra contemplado en la CCIM y su consagración en los PEC cerró la duda, ya planteada al momento de analizar la CCIM, de si en estos eventos se aplicaba la regla de los literales anteriores (teoría de la recepción) o la regla establecida para el evento de de prácticas o usos previos entre las partes a la que nos referiremos en el literal siguiente, estableciendo claramente que se trata de una situación diferente con efectos propios, y d) En las aceptaciones tácitas en donde el aceptante en virtud de la oferta, las prácticas ente las partes o los usos, pudiera manifestar su asentimiento realizando un acto relativo al negocio, sin necesidad de informar al oferente, se entiende perfeccionado el contrato en el momento de realización del acto, siempre y cuando se realice dentro del plazo, el fijado por el oferente o el razonable según el caso. No sobra comentar que, independientemente de estar de acuerdo o no, con la conveniencia de señalar como momento de perfeccionamiento del contrato el del conocimiento del oferente de los actos realizados por el aceptante, cuando se produce la aceptación tácita referida en el literal c)

mencionado, y no la de la llegada de la noticia de dicho acto, como sucede en la CCIM, tema ya discutido anteriormente, si es importante que en Los PEC, se haya establecido expresamente esta alternativa para dejar en claro que una cosa es el efecto cuando la aceptación tácita se da sin necesidad de comunicarlo al oferente, en los casos que las normas señalan, y cuando la aceptación tácita se da sin que la oferta lo haya autorizado, o que no se desprenda de las prácticas entre las partes o los usos.

Revisados Los PEC en lo que respecta a la Formación contractual, es clara su gran semejanza con la consagración que sobre el mismo tema hace la CCIM. Por tanto en lo similar, caben las anotaciones y comentarios que sobre la CCIM hicimos en el capítulo anterior.

CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS.

Como ya mencionamos, uno de los grandes trabajos de intento de unificación normativa para Europa, en el tema contractual, surgió de la reunión de un grupo de Iusprivatistas Europeos estando a la cabeza el Profesor Giuseppe GANDOLFI, teniendo como sede la Universidad de Pavía. Este grupo publicó en el año 2001, en idioma inglés, el libro *European Contract Code, a preliminary draft*. Más conocido como el anteproyecto del Código Europeo de Contratos.

Es importante aclarar que este proyecto de Código, que hoy carece de fuerza vinculante salvo pacto de las partes en el contrato, o que pueda ser considerado por algún Juez como norma supletiva o aplicable, tiene una importancia histórica y jurídica grandiosa, ya que se trata del trabajo de mentes brillantes del derecho privado Europeo, que convocados por el profesor GANDOLFI en 1990, se reunieron en el congreso de Pavía a discutir si el nuevo momento unificador económico de Europa requería un proceso unificador igual en materia de

Contratos, como la principal herramienta jurídica de los procesos comerciales y de sus nuevas realidades. La respuesta fue afirmativa y por ende se creó la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía, con el resultado ya mencionado.

Los puntos más relevantes en materia de la relación oferta y aceptación son:

En el artículo 6 del Código Europeo de los Contratos, en adelante C.E.C., se establece claramente la responsabilidad precontractual que se deriva de la actuación de mala fe en los tratos preliminares, generando la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Quedando claro al igual que en Los principios UNIDROIT 2010 y en los Principios Europeos de los Contratos, en adelante PEC, actúa de mala fe quien inicia o prosigue los tratos preliminares sin intención real de celebrar el contrato. Establece como novedad el C.E.C. que cuando ya las partes han revisado los elementos esenciales del contrato generando una confianza razonable en la otra sobre su celebración, actúa de mala fe si interrumpe las negociaciones sin justa causa. Igualmente como novedad, el C.E.C. consagra un criterio para determinar el perjuicio al establecer que deberá indemnizar el hasta el máximo de los gastos en que haya incurrido la otra para lograr la celebración del contrato y la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares. Puede pensarse que la consagración de estos perjuicios es enunciativa y no taxativa, y por ende será indemnizable cualquier daño adicional. Es relevante mencionar la consagración como daño, de la pérdida de oportunidad o del chance, al ya no tener ocasiones similares a las que fueron objeto de las negociaciones preliminares, concepto desafortunadamente, aún ajeno a nuestro derecho.

El artículo 11 y el artículo 12 del C.E.C. establece al igual que el Código de Comercio Colombiano, la diferencia entre oferta verbal y escrita, y al igual que nuestra legislación, se establece que la oferta escrita debe ser aceptada inmediatamente salvo que de los tratos preliminares o de las circunstancias se desprenda otra cosa.

El artículo 14 del C.E.C. consagra la teoría de la recepción, siguiendo la línea de la CCIM, de los PEC, y de UNIDROIT, al establecer que la oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y por esa misma razón, siguiendo los lineamientos de CCIM y UNIDROIT la oferta puede ser retirada mientras esto no suceda, así se haya consagrado expresamente su irrevocabilidad. Mantiene la diferencia entre renuncia y revocación, lo que no ocurre con los PEC. No establece cómo opera la renuncia, pero siguiendo lo establecido por CCIM y UNIDROIT entendemos que se da cuando la misma llega antes o simultánea con la oferta.

Igualmente en el artículo 15 del C.E.C. se establece la posibilidad de revocar la oferta siempre y cuando ocurra, como lo hace CCIM, PEC y UNIDROIT, antes de la expedición de la aceptación. Igualmente, aunque no lo menciona, debe entenderse que la revocación por ser una facultad dada por el Código, no generaría indemnización de perjuicios. La oferta es irrevocable, como lo establece el artículo 17 C.E.C. cuando expresamente el oferente se haya comprometido a mantenerla durante cierto tiempo o cuando de los tratos preliminares, de negocios previos entre las partes, de la costumbre o del contenido de las cláusulas se desprenda su irrevocabilidad. Es importante observar como no se consagra la irrevocabilidad por consagración expresa del oferente, pero debemos entender que si la oferta es un negocio jurídico unilateral, es claro que el creador de la misma puede establecer su irrevocabilidad. A pesar que la CCIM, los PEC, UNIDROIT no contempla los demás eventos mencionados, como son los negocios previos entre las partes, la costumbre, los tratos preliminares o el contenido de las cláusulas, es claro que todos ellos están contenidos cuando estas normatividades establecen que la oferta es irrevocable cuando el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y actuó basándose en ella.

El C.E.C. consagra la posibilidad de que la aceptación de la oferta se realice en forma expresa o tácita, tal y como lo hacen todas las normatividades reseñadas. En su artículo 16 así lo indica al establecer que la aceptación se realice mediante una declaración o un comportamiento que exprese la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta. En cuanto al momento en que produce efectos la aceptación se establece una modificación a lo hasta aquí estudiado, ya que para el C.E.C. la aceptación produce efectos desde que el oferente la conoce el contenido de la misma. Cabe resaltar que no se hace diferencia con respecto al momento en que produce efectos la aceptación, entre la expresa y la tácita y dentro de la tácita la que es autorizada por la oferta o por las prácticas establecidas entre las partes o los usos. Queda claro que la aceptación produce efectos desde que el oferente la conoce.

Importante resaltar que a diferencia de las otras normatividades, el C.E.C. le da eficacia al silencio en dos casos: el primero cuando así lo hayan previsto las partes o pueda deducirse de relaciones que hayan tenido entre sí, de las circunstancias o de la costumbre y el segundo cuando la oferta tiene como objeto celebrar un contrato del que se produzcan obligaciones únicamente para el autor de la oferta. En este último evento, el destinatario puede rechazar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del asunto o por la costumbre, en caso contrario se entiende perfeccionado el contrato. No deja de causar curiosidad este evento en el que el silencio produce efectos cuando se trata de un negocio que reporta obligaciones solo para el oferente, entendemos que al resultar beneficioso al destinatario quien no resulta gravado, la ley presume su aceptación. Es un caso totalmente distinto a los que comúnmente son tenidos como aceptación con el silencio, ya que en los casos tradicionales existe un antecedente que hace prever la conclusión que el silencio implica estar de acuerdo, pero en este segundo evento, de la nada la normatividad le da relevancia a la falta de consentimiento, partiendo de lo beneficioso del negocio. Se podría considerar, que este reconocimiento altera la estructura de la voluntad como elemento esencial del negocio contractual, y por ende altera la esencia del negocio jurídico.

Mantiene el C.E.C. en su artículo 15 el criterio del plazo para la aceptación señalando que será el que el oferente fije o en su defecto una época razonable teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, la costumbre y la rapidez del medio de comunicación empleado. Las observaciones hechas en apartes anteriores son procedentes.

La aceptación que contiene cláusulas diferentes se entiende rechazo de la oferta tal y como lo señala el artículo 16 del C.E.C., sin embargo si las cláusulas diferentes son de tal naturaleza que no modifican sustancialmente la oferta y el oferente no comunica rápidamente su desacuerdo, se entiende que el contrato se perfecciona con las modificaciones.

Finalmente el C.E.C. establece como momento de perfeccionamiento del contrato los siguientes eventos: El artículo 11 numeral 2 establece que si la aceptación podía darse en forma inmediata el contrato se perfecciona en el momento en que el oferente ha conocido o debía haber conocido dicha aceptación. El aspecto probatorio en esta situación se puede dificultar con mayor razón en lo que respecta al deber ser del conocimiento. De otra parte el artículo 12 del C.E.C. establece para las ofertas escritas el mismo criterio anterior, es decir el contrato se perfecciona cuando el oferente ha conocido o debía haber conocido dicha aceptación. El mismo artículo 12 C.E.C. establece una novedad en su regulación frente al caso en que la oferta haya sido dirigida a varios sujetos determinados, el contrato se entiende perfeccionado en el momento en que el oferente haya conocido o debía haber conocido la aceptación de cualquiera de ellos salvo que de la oferta se diga expresamente o se deduzca de ella o de circunstancias, que el contrato únicamente se perfecciona con la aceptación de todos los destinatarios o de cierto número de ellos, en tal evento se entiende perfeccionado cuando el oferente haya conocido o debiera haber conocido la aceptación del último de ellos. Como se

observa, se resuelve una situación que ninguna normatividad había contemplado y que en el terreno práctico ofrecía evidentemente dificultades.

PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE LOS CONTRATOS. PRINCIPIOS AQUIS.

El grupo de investigación Europeo sobre la legislación de derecho privado, más conocida como *Aquis group*, fue fundada en el año 2002, y actualmente está conformada por aproximadamente 40 juristas de derecho privado provenientes de casi todos los países de la Unión Europea, con el fin de dilucidar estructuras de la legislación Europea vigente. Fruto de ese trabajo se publican los Principios de la Ley de Contratos existentes de la Comunidad Europea, más conocidos como principios *aquis* en adelante P.A., con mayor énfasis en la relación con el consumidor, y que en el tema del vínculo oferta y aceptación cabe destacar lo siguiente:

En cuanto a la consagración del principio de la buena, al igual que las normatividades anteriores, salvo la CCIM, se consagra en la etapa precontractual en el artículo 2:101 P.A. y en el artículo 2:103 P.A., se establecen los efectos de las negociaciones contrarias a la buena fe, en los mismos términos de dichas normatividades anteriormente comentadas. Ratifica por tanto la responsabilidad de quien inicia o continúa negociaciones sin tener la intención real de contratar, además de establecer que quien actúe contrario a los postulados de la buena fe y causa un daño deberá repararlo.

El artículo 4:103 P.A. al referirse a la oferta establece la posibilidad de que la misma sea realizada a una persona o personas determinadas o al público. En este segundo evento le da eficacia a este tipo de peticiones siempre y cuando sea hecha por un comerciante, recaiga sobre bienes o servicios, mediante publicidad, catálogo o exhibición de productos, es

considerada como oferta de venta o suministro, hasta que se agoten las existencias o cese la posibilidad del comerciante de proporcionar el servicio. Como se observa, no es muy diferente a lo consagrado en los PEC de la Comisión LANDO, siendo la única modificación que estos últimos establecen que la propuesta sea hecha por un profesional y los P.A. se refiere específicamente a un comerciante, por tanto pareciera que la posibilidad vinculante de la policitud de los PEC es más amplia a nivel de los sujetos que pueden realizarla, mientras que el los P.A., dado su carácter de normatividad principalmente en el tema del consumidor, se restringe exclusivamente a quien tenga el carácter de comerciante.

El artículo 4:102 P.A. establece que el contrato se entiende perfeccionado por medio de la aceptación de una oferta, pero los P.A. no establecen otras normas para aclarar las diferentes eventualidades que se pueden presentar y que las anteriores normatividades comentadas si regulan.

El artículo 4:108 P.A. establece la obligación del comerciante que ha realizado una oferta por medios electrónicos, nótese que es un oferente cualificado al tener que ser comerciante, de acusar aviso de llegada de una nueva oferta o de la aceptación dada por el destinatario, so pena de indemnizar los perjuicios que pudiere ocasionar a quien, no habiéndose perfeccionado el contrato, creyera en el nacimiento y validez del mismo, y si se hubiera celebrado el contrato las indemnizaciones por incumplimiento. Como se observa, en este tipo de oferta el acuso de recibo se convierte en una obligación del oferente en el proceso de formación contractual.

Puede concluirse que los P.A. no consagran mayor normatividad en el tema que nos ocupa, y en lo poco a lo que se refiere, no dista de las normatividades mencionadas.

MARCO COMÚN DE REFERENCIA DCFR (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE)

Los procesos integradores e nivel internacional no solo han sido importante el plano económico o político y por ende del derecho público, sino que en el campo de los negocios internacionales ha adquirido relevancia. Los asuntos contractuales y los procedimientos arbitrales han sido los puntales en esta lucha. Un claro ejemplo es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, fruto del trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en Inglés (UNITED NATIONS COMMISSION FOR THE UNIFICATION FOR THE INTERNATIONAL TRADE LAW). El trabajo del Instituto para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT con la publicación de los Principios para los Contratos comerciales Internacionales cuya primera versión fue publicada en 1994, la segunda en 2004 y la tercera en 2010.

En el ámbito del derecho Europeo los procesos de unificación, como respuesta a la unificación económica y política no se han hecho esperar, aunque el camino pudiera parecer en algunos momentos algo tortuoso. Ejemplo de ello son Los Principios de Derecho Contractual Europeo de la llamada Comisión Lando, El Código Europeo de los Contratos del Grupo de Pavía dirigido por el Profesor Gandolfi, el trabajo del Aquis Group, el trabajo del Study Group of a European Civil Code dirigido por el profesor CHRISTIAN VON BAR, todos estos trabajos, de académicos preocupados por la necesaria unificación normativa.

De otro lado y ya con visos institucionales, La Comisión Europea sobre derecho contractual, dirigió comunicación el día 11 de julio de 2001 al Consejo y al Parlamento Europeo, en donde se plantearon alternativas para la armonización del derecho Europeo de los contratos, dentro de las cuales encontramos en primer lugar la no actuación de la Comunidad Europea evitando las imposiciones, la segunda la definición de principios comunes de derecho contractual para reforzar las legislaciones nacionales, del tercero la mejora en la legislación vigente y la cuarta la adopción de una legislación completa sobre el tema a nivel comunitario.

En el año 2003 la Comisión Europea estableció un plan de trabajo que tuviera como finalidad la elaboración de un Marco Común de Referencia cuya finalidad claramente la encontramos en la comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento⁵: “El objetivo de los estudios preparatorios del MCR es identificar las mejores soluciones tomando en consideración el Derecho contractual de los Estados miembros (jurisprudencia y prácticas establecidas), el acervo comunitario y los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980”.

Impulsado por esta propuesta, se realizó la convocatoria para que grupos de investigación se unieran a través de una red de trabajo denominada *Joint Network on European Private Law*, con el fin de preparar los *Common Principles of European Private Law* (Co PECL), en esos grupos de investigación se destacan entre otros: el *Study Group of a European Civil Code*, el *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*; el *Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)*; la *Association Henri Capitant*; la *Societe de Législation Comparée*; el *Conseil Supérieur du Notariat*; el *Common Core Group*; el *Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rule (Economic Impact Group)*; el *Database Group* y la *Academy of European Law*. (Oviedo, 2011).

Este trabajo de alto nivel académico, se publicó inicialmente en el año 2007 y por segunda vez en el año 2009, siendo hasta la fecha la obra más completa sobre el tema. Es importante aclarar que esta normatividad hasta la fecha no tiene carácter obligatorio por tanto puede ser considerada como parte del *soft law* y por ende podrá ser pactada por las partes como norma aplicable o ser tenida en cuenta por los jueces o por los árbitros para fundamentar sus fallos, sin embargo es un gran avance digno de imitarse en otras latitudes. (Oviedo, 2011) (Larroumet, 2006) (Infante, 2008).

⁵ Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro, 11 de octubre de 2004, COM (2004), 651 final, pág. 12,

Los aspectos más relevantes del Marco Común de Referencia Europeo en adelante MCR son los siguientes en lo que se refiere a la relación oferta y aceptación:

En primer lugar el artículo II- 3:301 del MCR consagra el tema de la responsabilidad precontractual en los mismos términos de las normatividades referidas en este capítulo, al consagrar que las partes tienen el deber de negociar manteniendo la buena fe y el trato justo y de no romper las negociaciones en forma contraria a esos principios. En caso contrario deberá responder por los perjuicios causados a la otra (responsabilidad precontractual), y se deja claro que iniciar o continuar negociaciones sin ninguna intención real de llegar a un acuerdo, contraría estos postulados.

El artículo II- 3: 401 MCR establece la inoperancia del silencio como señal de aceptación por parte del consumidor tal y como lo establecen la mayoría de regímenes comentados, salvo el Código Europeo de los Contratos en donde el silencio, tal y como fuera comentado, produce efectos en dos eventos.

El artículo II- 4:201 MCR al referirse a la oferta establece varios puntos importantes; en primer lugar sin alejarse de las normas anteriores establece los requisitos de la oferta al señalar que se requiere la intención de formalizar un contrato si es aceptada y la inclusión en la misma de los términos suficientemente precisos para formalizar un contrato, en segundo lugar establece la posibilidad de dirigir la oferta a una o varias personas determinadas o al público (oferta privada o pública), y finalmente sobre los efectos de la policitud señala que una propuesta para suministrar bienes en inventario, o un servicio, con la indicación de un precio, mediante anuncio público, catálogo o exhibición de mercancías, vincula hasta que la cantidad del producto o la capacidad de prestar el servicio se haya agotado. Este efecto de la policitud, que recordemos no fue aceptado por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, si fue aceptada en estos términos por los Principios Europeos de los Contratos PEC.

No deja de ser extraño que el MCR no establece el momento en el cual lo oferta comienza a producir efectos, sin embargo y de acuerdo con los antecedentes se podría concluir que acoge la teoría de la recepción, es decir cuando la propuesta llega al destinatario de la misma. Eso sí deja clara la posibilidad de revocación, en los mismos términos de los PEC, siempre y cuando la comunicación de la revocación llegue antes de que el destinatario haya enviado la aceptación, y siendo una aceptación tácita, antes de que el contrato se haya celebrado, e igualmente como lo hacen los PEC, no se consagra la posibilidad del retiro de la oferta, ya que no hace distinción entre revocación y retiro. A pesar de lo anterior igualmente señala la irrevocabilidad de la oferta cuando se ha fijado un término para la aceptación, cuando se indica expresamente la irrevocabilidad de la oferta o cuando es razonable creer para el destinatario que la oferta era irrevocable y este haya actuado conforme a ello. La pregunta que es valedera hacerse aquí, y en los demás sistemas normativos comentados, incluyendo la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, es el efecto que produce la irrevocabilidad en los casos consagrados, cuando el oferente revoca. Perdería efectos la oferta con la consiguiente indemnización de perjuicios como lo consagra el artículo 846 del Código de Comercio Colombiano (recordando que en nuestro derecho la irrevocabilidad se puede dar en cualquier oferta con la consecuencia patrimonial señalada y no hay casos específicos para ella), o el efecto es la ineficacia del acto de revocación y por ende la continuidad en los efectos jurídicos de la oferta. Podría pensarse que el verdadero sentido de la irrevocabilidad es la imposibilidad de quitarle efectos en forma unilateral y por ende en caso de darse la revocación sería este acto claramente ineficaz y la oferta seguiría vinculando al oferente.

Lo anterior nos lleva a revisar el momento de celebración del contrato. Señala el artículo II- 4:205 MCR tres eventos de perfeccionamiento del contrato; en primer lugar si la aceptación es expresa, cuando dicha aceptación llegue al oferente. Es importante recordar que si bien el MCR no aclara el significado de llegar los PEC si lo hacen y podríamos remitirnos a

ellos. Cuando la aceptación se realiza mediante actos (aceptación tácita), el contrato se entiende celebrado cuando la notificación de la conducta llegue al oferente, y en el caso de aceptación mediante conductas pero existiendo prácticas o usos entre las partes, el contrato se entiende celebrado cuando comienza el destinatario a realizar la conducta enmarcada en estas prácticas o usos. Como se observa el criterio es el mismo que el de los PEC, salvo el segundo evento en donde hay aceptación tácita pero sin prácticas o usos previos entre las partes, ya que los PEC establecen que ante esta situación el contrato se entiende celebrado cuando el oferente conoce la conducta del destinatario, mientras que el MCR establece que en este evento el contrato se entiende celebrado cuando la notificación de la conducta llega al oferente, lo que implica el acogimiento de la teoría de la recepción de la notificación del acto, lo que inicialmente haría concluir que el destinatario no sólo debe realizar el acto sino notificar su realización al oferente, sin embargo exigir la notificación como acto independiente haría nugatoria la aceptación tácita, por lo que debemos entender que no se trata de una notificación como acto formal, sino de la llegada de la noticia al oferente así no conlleve el conocimiento real. Es decir la teoría de la recepción pero no de la aceptación, sino de la noticia de la realización del acto.

En el artículo II-4:206 se establece el término para la aceptación continuando los lineamientos de las normas anteriormente comentadas, es decir con una regla general que es el plazo señalado en la oferta y en caso de no señalarse un término razonable, entendiendo que aplica tanto para la aceptación expresa como para la tácita.

La aceptación tardía no produce efectos salvo que el oferente sin demora informe al destinatario aceptante que la aceptación extemporánea producirá efectos de una aceptación en tiempo, sin embargo si se desprende de la aceptación que ésta hubiera cumplido con el término si se hubiera dado la transmisión normal de la información, la aceptación surtirá plenos efectos salvo que el oferente sin demora informe al aceptante la caducidad de la aceptación. Estas

consecuencias las plasma el artículo II- 4:207 que recoge lo que las demás normas de tendencia unificadora Europea consagran.

La aceptación con modificaciones consagrada en el artículo II- 4:208 es considerada como una nueva oferta si contiene modificaciones que alteren sustancialmente la oferta inicial, sin embargo si las modificaciones no alteran sustancialmente la oferta inicial se tomará como aceptación siempre y cuando el oferente sin demora no manifiesta su desaprobación sobre las modificaciones.

\

COMENTARIO FINAL

Como puede observarse, las diferentes normas unificadoras no establecen grandes diferencia entre ellas en el tema de la relación oferta y aceptación. Sin embargo es válido el esfuerzo por tratar de regular en la mejor forma y lo más completa posible los eventos y dificultades, no pocos, que surgen de esa relación necesaria en el proceso de formación del consentimiento contractual y en los que nuestro Código de Comercio se queda corto.

La importancia de regular las etapas de negociación para derivar claramente la responsabilidad en el evento de violación a la lealtad negocial.

La necesidad de regular un solo evento de nacimiento de la oferta y no la ambigüedad de nuestra legislación, considerando preferible que en un futuro se acoja la teoría de la recepción para determinar el momento del nacimiento de la oferta, aceptando la posibilidad del retiro y de la revocación de la misma señalando causales de irrevocabilidad.

La importancia de darle efectos a la policitud como en efecto lo hace nuestra legislación mercantil.,

La necesidad de apartarnos de la clasificación de ofertas verbales y escritas para hablar de ofertas entre presentes y entre ausentes y en éstas últimas diferenciando entre las ofertas entre ausentes por mecanismos de comunicación en tiempo real, cuando una de las partes puede interrumpir a la otra en plena comunicación, y las ofertas entre ausentes por mecanismos sin comunicación en tiempo real, nos solucionaría muchos problemas de formación contractual por medios electrónicos.

La importancia de mantener, como lo hace nuestro ordenamiento mercantil, un término legal para la aceptación de la propuesta, en caso de que el oferente no lo haya hecho, y no dejar, como lo hacen las normas unificadoras y las internacionales, al criterio abstracto plazo razonable.

Es conveniente para nuestra legislación comercial darle efectividad al silencio como aceptación en los eventos consagrados por las normas unificadoras.

Es importante para el derecho comercial Colombiano, establecer la posibilidad de que el oferente pueda, en un término legal y no el concepto abstracto de sin demora, darle efectividad a la aceptación extemporánea perfeccionando el contrato.

Es importante igualmente para nuestra legislación mercantil, establecer una diferencia entre la aceptación modificatoria de la oferta que la afecte sustancialmente y la que no. Señalando que en el primer evento el oferente tendrá un término legal para aceptarla y en el segundo un término legal para rechazarla.

Igualmente sería conveniente que en nuestra legislación mercantil se señalen en forma clara momentos de perfección del contrato según si se trata de ofertas entre presentes en donde la perfección del contrato, que no sea real o solemne, se daría cuando se realice la aceptación inmediata, y las ofertas ente ausentes en donde habría que diferenciar las realizadas por mecanismos de comunicación en tiempo real, donde aplicaríamos el criterio anterior de

perfeccionamiento del contrato y las ofertas entre ausentes sin mecanismo de comunicación en tiempo real. En este último evento dependerá de si la aceptación se hace en forma expresa o tácita, en el primer evento la perfección del contrato debería darse en el momento de recepcionar la aceptación en el lugar señalado en la oferta o en el lugar donde habitualmente se encuentra o se pueda probar que será informado de la llegada de la comunicación. En la aceptación tácita, distinguir si se trata de actos entre partes cuyos usos o costumbres en lo referente a aceptación mediante conductas, hagan presumir su ratificación y las conductas entre partes en las que no hay esos antecedentes. En el primer evento el contrato se forma cuando se comienza a realizar la conducta, en el segundo evento el contrato se forma cuando la noticia del acto llega al oferente.

Hacer una propuesta de regulación del tema para nuestra legislación es un tema controversial, sin embargo, sería imperdonable luego de revisar las normas modernas sobre la materia, no hacerlo, la propuesta está hecha.

EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL

No podría terminar este escrito, sin hacer una breve referencia, con la única finalidad de dejar una inquietud sobre un tema que puede estructurarse dentro de la formación contractual y que inicialmente se ubica en el derecho médico y es conocido como consentimiento informado (Saavedra, 2006), que se ha referido al deber que tiene el médico, de darle a conocer al paciente en forma clara, todo lo que va a implicar su procedimiento, los riesgos probables, las consecuencias, las alternativas, no como un simple requisito de trámite, sino bajo un sentido mucho más profundo, dándole a conocer claramente cuál es el diagnóstico, cual es el procedimiento a seguir, que es lo que debe hacer, y las consecuencias que puede tener ese tratamiento, para que el paciente, tenga la posibilidad de decidir libremente, si asume o no esos riesgos (Parra, 2004).

Más allá de la responsabilidad profesional del médico, ¿Será que en cualquier proceso de contratación y de ejecución contractual no se puede predicar una teoría que va más allá del

deber de información auxiliar que se desprende del principio de la buena fe o de las obligaciones consagradas en los estatutos de defensa del consumidor?, ¿Será que cuando hay una diferencia de conocimientos de las partes contratantes, yo no tengo derecho a una información, mucho más amplia, asimilable a la exigencia médica también?, ¿No debe haber un consentimiento informado cuando las condiciones científicas o profesionales de la persona superan la de la contraparte, lo que implica que deba informarle claramente todas las posibilidades y riesgos y consecuencias, y si no lo hace, responderá de las consecuencias de no haberlo hecho? Se podría pensar que es evidente que si y que las consecuencias se generarían por el solo hecho de negarle la información completa (Pérez, 1990).

La teoría del consentimiento informado no solamente debe quedarse en la teoría del acto médico, sino que debe extenderse, para buscar un equilibrio entre las partes, que es lo que busca un estado social de derecho, un equilibrio. No puede haber libertad contractual ante la ignorancia (Rengifo, 2004).

Si, aceptáramos que, el consentimiento informado, es predicable de todo proceso contractual y no solo del que tiene que ver con el acto médico, la dificultad estaría en determinar sus consecuencias ante su ausencia, o asimilarlos como efectos iguales, a los que se generan ante el incumplimiento del deber de información derivado de la buena fe.

Pero cuales pueden ser las consecuencias jurídicas de la no información?. Podía plantearse inicialmente, a la luz de la ausencia del consentimiento, ya que ¿Cómo puede entenderse una voluntad real sin conocimiento y con desequilibrio frente a la otra parte?. Esto nos llevaría a predicar la inexistencia del acto contractual o de los posteriores acuerdos dados durante su ejecución, la dificultad radicaría en que el sujeto si exteriorizó un querer, así fuera limitada su decisión por la ausencia de información completa.

Podría igualmente hablarse de un vicio del consentimiento, pensando que no existe libertad en la manifestación de la voluntad al no tener todos los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión libre. Este planteamiento también es discutible ya que frente al

negocio concreto la parte manifestó libremente su voluntad con el conocimiento específico del objeto contractual y no necesariamente ello conlleva un error o un dolo.

Podría igualmente pensarse que se genera una violación del principio de la buena fe por falta al deber de información integrante del mismo y por ende se ubicaría en el campo de la responsabilidad contractual o extracontractual, dependiendo el criterio que sobre este punto tengamos con base en la discusión del efecto contractual o extracontractual de las etapas precontractuales, o dependiendo del momento en que se presentó la violación a dicho deber.

Este planteamiento tendría como debilidad el considerar que sobre el objeto del contrato se puede haber dado toda la información no violando la buena fe legal y constitucional y sin embargo no haber sido una información suficiente para tomar una decisión consiente con base en otras posibilidades frente a las expectativas contractuales de la parte débil.

Considero que esta situación se enmarca en el mismo fundamento que se tiene para el deber del médico, frente al consentimiento informado que ha sido reconocido por la Honorable Corte Constitucional, y que mediante la sentencia T-412 de 2004 se clarificó, ante el dilema de los padres de un menor, gravemente afectado en su salud, de que se adelante una delicada intervención u otra, ambas avaladas por profesionales de la medicina e instituciones científicas, dispuso i) que aquellos determinarían el procedimiento, una vez conocidas y sopesadas sus bondades y riesgos, con la asistencia profesional necesaria, y ii) que la E.P.S respetaría su determinación. Señaló la Corte:

“...su consentimiento sea otorgado para proceder a practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo y que sus decisiones en esta materia sean producto de una suficiente información; en tal virtud, dicho principio de autonomía impone a los médicos tratantes el suministrarle información comprensible a fin “En diversos pronunciamientos la Corte ha hecho ver que el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, que se deriva del mandato pro

*libertate acogido por nuestra Constitución, exige que de que pueda decidir libremente que se somete a los tratamientos o procedimientos prescritos. El que el consentimiento del paciente sea **informado** supone entonces que médico debe permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. Tratándose de menores de edad o de incapaces, como regla general la Corte ha concluido que los padres y los representantes legales pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que les sean prescritos. No obstante, en algunos casos especiales ha hecho ver que se requiere autorización judicial para proceder a practicar la intervención.*

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen de los riesgos, los beneficios y del impacto del tratamiento y que tratándose de procedimientos muy invasivos, o riesgosos para la salud y la vida, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente o de sus padres o representantes y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado”.

En cuanto a lo que debe entenderse por consentimiento cualificado, necesario en el caso de intervenciones invasivas o riesgosas, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, la Corte ha hecho ver que se trata de la expresión de una voluntad libre de someterse o someter al menor o al incapaz a un procedimiento riesgoso o invasivo, o de optar por determinada alternativa o procedimiento, consentimiento obtenido en un

proceso de información detallada, formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo. Para ello se ha hecho ver la utilidad práctica de ciertos protocolos médicos:

“La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas. La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades - como la autorización escrita- son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.”

En esta línea de pensamiento ese consentimiento informado va más allá del deber médico, sino toca el campo del derecho Constitucional, del paciente que tiene que ver con su libre decisión en desarrollo de su libertad contractual y en aras de proteger derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Esa autonomía reconocida Constitucionalmente tiene que tener alguna protección especial y ser objeto de tutela especial con mayor razón en un

estado social de derecho en donde la función del Juez debe servir de igualador en una relación de desequilibrio.

Obsérvese como, la protección especial que la Corte Constitucional, da a los pacientes, no es exclusiva del poder decisorio que ellos tienen sobre su propio cuerpo, sino que, es mucho más amplia, en cuanto se trata de una protección especial que se tiene, sobre su propia voluntad y su autodeterminación, lo que toca valores mucho más profundos, como son la dignidad humana.

En un estado social de derecho, un ser humano que no tenga poder decisorio, al que no se le reconozca esta autodeterminación, es un ser humano al que se está violentando. No hay un verdadero consentimiento, una verdadera exteriorización del querer, sin el conocimiento completo, idóneo, adecuado y claro, por parte de quien decide.

Es importante en este evento realizar algunas consideraciones sobre el origen del concepto del consentimiento informado médico, para posteriormente, extenderlo a todo tipo de formación contractual.

Antes del siglo XVIII, la relación médico-paciente, se encontraba enmarcada por la distancia profesional de uno frente al otro, y por ende, del poder científico que el primero ejercía sobre el segundo de ellos. En este orden de ideas, el médico desempeñaba el papel de tutor y el enfermo el de desvalido, en esta relación era claro que, el paciente no contaba y su parecer no era tenido en cuenta, es decir su consentimiento era irrelevante (Galán, 1999) .

Sin embargo un tema, que para la profesión médica era nefasto, tuvo sus primeras precisiones en el año de 1767, no por iniciativa médica obviamente, sino por decisión judicial, en el caso Slater versus Baker & Stapleton, en Inglaterra, en donde el demandante quien había sufrido la fractura de una de sus piernas, acudió a cambiar sus vendas, y fue sometido a una nueva fractura por considerar el médico que la fractura inicial no había soldado en debida forma. El demandante fue favorecido por el fallo y el médico condenado al pago de perjuicios (Castaño, 2003).

En 1878, la Corte de Apelaciones de Nueva York, estableció que no indicar los peligros de un procedimiento médico, implicaba negligencia profesional (Anunziato, 2001).

A inicios del siglo XX, se produjeron algunos fallos de importancia en los Estados Unidos: En 1905 la Corte Suprema de Minnesota indemniza a Anna Mohr con catorce mil dólares, ya que ella había autorizado una intervención quirúrgica en su oído derecho, y el médico si mediar autorización diferente, intervino el oído izquierdo por considerar que igualmente lo requería. Consideró el fallo que el médico había incurrido en *violent assault*, asalto violento.

La corte de Illinois en 1906 favorece a la demandante y condena al médico demandado, ya que la señora Davies, demandante, había sido histerictomizada si su consentimiento. La condena se produjo a pesar de que el médico alegó que la paciente sufría de epilepsia.

En 1913, la justicia de Oklahoma, condena al doctor Rolater a indemnizar a la señora Mattie Strain, ya que en el desarrollo de un drenaje de un absceso en un pie, el médico toma la decisión de extraerle un hueso, el sesamoideo, a pesar de que la paciente había manifestado claramente su deseo de que no le fuera extraído ningún hueso. (Yepes, 2002).

A pesar de los casos anteriores, en donde evidentemente se hace un reconocimiento, a la necesidad de atender la voluntad del paciente, es en 1914, cuando la Corte de Nueva York, atendió la apelación interpuesta por la señora Mary Berry Gamble, más conocida por el apellido de sus segundo esposo, Scholendorff, en donde reclamaba al hospital, la indemnización de perjuicios, por haber sido sometida a una intervención quirúrgica de extracción de un tumor, sin que ella autorizara la misma, y expresamente hubiera manifestado su negativa a ser intervenida.

Como situación curiosa, en este caso la Corte de Nueva York negó las pretensiones de la demandante, básicamente argumentando que se trataba de un hospital de caridad y una condena impediría que estos actuaran libres de presiones, y, en segundo lugar, indicando que el hospital no tenía porque asumir la responsabilidad de los médicos.

Sin embargo, un caso en donde las pretensiones fueron nugatorias, se convirtió en el fundamento del desarrollo de la teoría del consentimiento informado, ya que el Juez encargado de fallar, Benjamín Cardozo, al redactar la sentencia, expresó lo siguiente: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body and

the surgeon who performs an operation without his patient's consents commits an assault for which he is liable in damages"; "Cada ser humano de edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar qué se hará con su propio cuerpo y el cirujano que realiza una operación sin su consentimiento comete un asalto del que es responsable de los daños" (Falco, 2009).

En 1931, se expide en Alemania un primer texto relacionado con el consentimiento, cuando en el artículo 12 de las "Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica del hombre" se prohibía la experimentación en los menores de 18 años, los moribundos y las personas que no habían dado su consentimiento (Galán, 2001).

En 1942 la jurisprudencia francesa produce un fallo al que se refiere Sergio Yepes Restrepo, en donde se establecía que: "El médico de un servicio hospitalario, está obligado, salvo en caso de fuerza mayor a obtener el consentimiento del enfermo, antes de practicar una operación, donde este aprecie en plena independencia, bajo su responsabilidad, la utilidad, la naturaleza y los riesgos" (Yepes, 2002).

Una buena parte de la doctrina, coincide en que el proceso de evolución del consentimiento informado, se encuentra ubicado en cuatro etapas: "La primera etapa, denominada "consentimiento voluntario" (1947), surge como consecuencia de los crímenes del Instituto Frankfurt para la Higiene Racial y de los campos de concentración de la Alemania nazi (el código de investigación de Núremberg, establecido a raíz del proceso contra los criminales nazis, proclama, en su párrafo inicial, que "el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial".

La segunda etapa, denominada propiamente del "consentimiento informado", surge con el famoso caso Salgo, a finales de los años cincuenta (Oliva, 2001)⁶, la tercera etapa del consentimiento informado se conoce como "consentimiento válido", se basa en el caso Culver

⁶ En 1957 un paciente en estados Unidos, Martín salgo, sufrió una parálisis permanente como consecuencia de un procedimiento translumbar, por lo que demandó a su médico. La Corte consideró que el médico debió revelar al paciente todo aquello que le hubiera podido permitir dar un consentimiento inteligente.

(1982) aquí “la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente; pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa” (Jauregui, 2002) y la cuarta etapa, conocida como la del “consentimiento auténtico”, se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiendo como tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo” (Castaño, 1997. p.170).

En 1980 la Corte Suprema de Canadá produce un importante fallo en donde manifiesta que el consentimiento no es una simple formalidad sino que “es un importante derecho individual de tener el control de su propio cuerpo, aun si el tratamiento es requerido. Es el paciente, no el médico, quien decide si la cirugía se realizara, donde se realizara, cuando se realizara y por quien será realizada.” (Yepes, 2002. p.106).

Actualmente hay países que han definido perfectamente sus políticas en torno al tema del consentimiento informado, como son Dinamarca, Lituania, Estonia, Israel, Holanda, Noruega, Portugal, Eslovenia. (Rodríguez, 2001; Paredes, 2004).

En América latina el proceso fue evidentemente más tardío, pero finalmente culminó en su consagración en las diferentes legislaciones de temas médicos, así países como Venezuela, México, Argentina, Brasil, y porque no Colombia con la ley 23 de 1981, asumieron el tema como algo mucho más relevante que un simple requisito formal, sino que tiene que ver con el respeto al ser humano, a su dignidad y a su poder de autodeterminación.” (Chuaire y Sanchez, 2009).

Podemos concluir diciendo, como lo hace Julio Cesar Galán Cortés que: “el consentimiento informado es un presupuesto de la *lex artis* y, por tanto, un acto clínico, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Es una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina. Es un derecho humano primario y a la vez una exigencia ética y legal para el médico” (Galán, 1997. p.5).

Cabe preguntarnos, si el llamado consentimiento informado, es una simple manifestación del deber de información, como deber secundario de conducta que se deriva de la buena fe contractual, o si por el contrario, tiene naturaleza propia y por ende su estructura y efectos son autónomos.

Sobre el particular debemos recordar que el principio de la buena fe contractual, está ligado a una forma de comportamiento, con base en unos valores sociales, “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos” (Diez, 1963. p.137).

Y que nuestra Corte Constitucional ha considerado: *“la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquéllos adelanten ante éstas’.* (Corte Constitucional de Colombia Sentencias C-982; Sentencia T-460; Sentencia T-475). Es evidente que la consagración y aplicación del principio de la buena fe, da seguridad y estabilidad a las relaciones negociales, en atención a que la confianza en el otro, es la que sostiene las relaciones interpersonales, entre el estado y los particulares, las relaciones comerciales etc. La desconfianza restringiría la contratación y desestabilizaría la vida en sociedad.

Como bien sostiene Oscar Arturo Solarte, mencionando a Galgano:

“Aquí resulta oportuno indicar que para GALGANO, las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad. Corresponderá al juez establecer dichas reglas con

fundamento en el examen que realice de la costumbre, lo que puede conducir a un resultado que no coincida con su personal concepto de corrección o lealtad. En relación con esta opinión de GALGANO debemos señalar que buscar la buena fe en el comportamiento usual o reiterado, podría conducir a que se confundan dos fuentes de integración que son distintas a la luz de normas como el artículo 871 del Código de Comercio colombiano, como son, por una parte, la costumbre y, por otra, la buena fe, ya que este concepto más que a las prácticas reiteradas hace referencia a estándares de conducta que provienen de la ética jurídica, pero no sólo de una ética individual o personal, sino de una ética basada en los valores morales que sirven de fundamento a la convivencia social.” (Solarte, 2004; Galgano, 1992. p.454).

Podría entonces pensarse que el principio de la buena fe tiene una connotación que trasciende la relación interpartes y se ubica dentro del marco de la solidaridad social, como un límite a la actuación de las partes, sin embargo como bien lo anota José Luis de los Mozos (1998), el principio de la buena fe actúa en el campo de las relaciones intersubjetivas más que en un contexto de tipo social, a pesar que el origen se dé con base en los estándares de conducta provenientes de la ética jurídica, como lo menciona el doctor Solarte.

El principio de la Buena fe, ha tomado tal importancia que se ha convertido en la herramienta preferida de los Jueces que ven en el ordenamiento positivo, una limitante en el desarrollo del Estado Social de Derecho, y una fuente de innumerables excesos en aras de defender la norma escrita. La falta de una norma que desarrollara en el campo contractual, por solo mencionar uno, el fundamento del Estado Social consagrado en la constitución de 1991, ha hecho necesario que sean los Jueces, así algunos consideren inconveniente esta labor judicial (Diez y Ponce, 1963), los que realicen una labor de integración entre el ordenamiento positivo, y los principios Constitucionales, y desarrollen a través de sus fallos, el norte que la carta política pretendió dar, y que con tanta dificultad y lentitud se ha venido incrustando en el día a día del País y de la historia jurídica Colombiana (Acosta, 2009).

Lo cierto es, que el deber de información entonces, considerado deber secundario de conducta, y que desarrolla una parte del principio de la buena fe “constituye una obligación

legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información” (Stiglitz, 1998. p.165).

Este deber de información presenta un aspecto positivo y uno negativo. El primero de ellos se refiere a que quien tiene una posición predominante frente a la otra, en virtud de su conocimiento sobre determinada ciencia u oficio, debe suministrar a quien no la tiene, datos objetivos, claros, oportunos y veraces, que sean pertinentes, y relevantes, sobre el negocio que pretenden realizar, pero igualmente, y, referido al segundo de ellos, debe abstenerse de ocultar información igualmente relevante. Tanto una como la otra, operan en la etapa precontractual como en la de ejecución, aunque enfocado a dos aspectos diferentes.

En la etapa precontractual, el suministrar dicho conocimiento debe buscar que la parte débil, a nivel de información, pueda tener un marco completo de la situación, para poder tomar una decisión inteligente sobre el negocio contractual. En la parte de ejecución, se convierte en un deber de complementación, con mayor importancia en los contratos de tracto sucesivo.

No sobra recordar, que en Colombia, el deber de información ha sido elevado a norma constitucional, tal y como lo consagran los artículos 20 y 78 de la Norma Suprema, que a su tenor disponen: “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”.

Artículo 78: La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”.

Como puede observarse, esa consagración constitucional, está muy enfocada al derecho del consumidor, que ya había dado grandes pasos en su consagración, cuando en el artículo 14 en su inciso primero consagró que: “Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente.

Están prohibidas, por lo tanto, las marcas y leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como la que induzca o pueda inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”, complementado con la circular externa número 10 de 2001, de la superintendencia de industria y Comercio. No sobra indicar, que la Corte Suprema de Justicia ya se ha manifestado, en el sentido de endilgar responsabilidad precontractual, a quienes profieran propaganda engañosa (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 13 de diciembre de 2001).

Además del fundamento Constitucional mencionado, desde el punto de vista legal el deber de información ha tenido su consagración legal en Colombia, en las normas sobre protección al consumidor, es así como el decreto 3466 de 1982 que en el literal c del artículo primero define consumidor como toda persona natural o jurídica que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de necesidades, el artículo 10 del decreto establece la obligatoriedad del productor de informar las condiciones del registro del bien o servicio con el fin de informar sobre la calidad e idoneidad registradas, el artículo 14 establece la obligación de suministrar información veraz sobre propiedades y componentes de los productos así como la de evitar información que induzca al error.

De otra parte la ley 1328 de 2009, que consagró un régimen de protección al consumidor financiero, estableció en su capítulo IV lo referido al deber de información, señalando los mínimos de información sobre características de productos o servicios, las tarifas que se generan por utilizarlos, los derechos y obligaciones, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual,

toda información necesaria para comparar con otras entidades del mercado, deben publicar en su página de internet los modelos de los contratos estandarizados que utilizan etc. Llama la atención que no se establecen consecuencias por el incumplimiento, más allá de las sanciones administrativas de la Superintendencia Financiera.

En fecha reciente fue aprobado por el Congreso de la República de Colombia un nuevo estatuto del consumidor, que a la fecha no ha sido sancionado por el Presidente de la República. En dicha normatividad se define al consumidor en su artículo 5 como toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, de cualquier naturaleza, para la satisfacción propia, privada, familiar o empresarial, cuando no esté intrínsecamente ligada a su actividad económica. No sobra comentar que nuestra legislación continúa aceptando como consumidor a las personas jurídicas. El capítulo único del título V se refiere al deber de información estableciendo que los productores y proveedores deberán suministrar a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, comprensible precisa, idónea y en español sobre los productos que ofrezcan. Serán responsables de todo daño que se produzca por la violación de este deber. Como se observa se establece la típica responsabilidad civil por en el evento de producirse daño. El artículo 24 establece los mínimos de información que debe darse como el correcto uso, instalación, consumo y conservación; calidad, peso y volumen; fecha de vencimiento cuando sea procedente; especificaciones del bien o servicio; el proveedor deberá informar sobre el precio y las garantías. Únicamente podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre caso fortuito o fuerza mayor o que la información fue adulterada sin que hubiera podido evitar la adulteración. Igualmente la exigencia especial en caso de tratarse de productos que sean peligrosos para la salud. De otra parte se da un término de un año para que el Gobierno Nacional reglamente lo referido a la forma en que se debe dar información a niños y adolescentes.

Todas estas normatividades mencionadas, referidas exclusivamente a la relación proveedor y expendedor y el consumidor, por tanto aplicables únicamente en esta situación.

No sobra mencionar que las normatividades ya referidas que buscan la uniformidad del derecho Europeo de los contratos consagran algunos artículos al tema del deber de información contractual, pero sin establecer mayor consecuencia más allá de la responsabilidad civil que genera su violación en el evento de producción de daño o la aplicación directa al tema del consumidor como lo refieren los Principios Aquis.

Un ejemplo claro es la normatividad que sobre el deber de información consagra el Marco Común de Referencia MCR, que en su artículo 3:101 consagra el deber de brindar información sobre los productos, bienes y servicios teniendo en cuenta lo que razonablemente podría esperarse en atención a los estándares de calidad y rendimiento para ese tipo de bienes o servicios, lo no ajustado a lo que razonablemente se podría esperar puede ser considerado contrario a las buenas prácticas comerciales. En el artículo 3:102 se establece la obligatoriedad en la relación empresa y consumidor de no dar información engañosa y de suministrar cualquier información que sea relevante para la toma de la decisión de celebrar un contrato, se establece el mínimo de información que debe ser suministrada entre la que se encuentra las principales características de los bienes o servicios, la identidad y dirección de la empresa, el precio y cualquier posibilidad de retracto que exista. Lo relativo al pago, al procedimiento de quejas, al funcionamiento, el idioma que utilizarán las partes en la celebración del contrato si es diferente al de la negociación comercial. El artículo 3:103 está regulando el deber de información cuando las partes se encuentran en desventaja sea por el medio técnico utilizado para contratar, por la distancia con el consumidor o por la naturaleza de la transacción, además de la información ya indicada, debe ser suministrada la información completa sobre los derechos y obligaciones que se derivarían del contrato y las posibilidades de retiro del negocio, sin perjuicio de información específica necesaria para el negocio. El artículo 3:105 establece los requisitos adicionales de información cuando el negocio se celebrará por medios

electrónicos, así pues establece que la empresa, nótese que se refiere a los negocios empresa con el consumidor, deberá informar sobre los pasos técnicos que se requieren para celebrar el contrato, si se requiere un documento contractual por parte de la empresa y en caso afirmativo la forma en que se puede acceder a él, los medios técnicos para corregir errores de entrada antes de que sea la oferta aceptada por el consumidor, el idioma contractual propuesto y cualquier cláusula contractual que se vaya a utilizar o términos contractual utilizado. Si la empresa no ha suministrado la información exigida en el 3:105 MCR la otra parte podrá rescindir el contrato mediante aviso dado en el tiempo consagrado como período de retiro en el artículo 5: 103 y al que ya nos referimos al hablar del MCR. El artículo 3:109 consagra las consecuencias del no suministro de la información completa requerida, en primer lugar si se trata de un contrato en el que el consumidor se encuentra en desventaja, el tiempo para ejercer el derecho de retiro no comenzará a contar sino desde el momento en que se dio a conocer la información completa, de acuerdo con el mismo MCR se podría determinar la naturaleza del incumplimiento para verificar la esencialidad o no del mismo, si ya se celebró el contrato, y por ende, permitir o no dejar sin efecto el contrato o tomar mecanismos correctivos y en todo caso el cobro de los perjuicios que se hayan generado por el incumplimiento.

Lo cierto es que el deber de información ha asumido importancia legislativa en el campo del derecho del consumidor, sin alejarse de la consecuente responsabilidad civil o administrativa ante su violación, pero sin mayor regulación en el proceso de formación contractual no regulado por los estatutos de consumo. Un claro ejemplo de la importancia en el campo del consumidor, se observa en el neoformalismo contractual al que ya nos referimos, ya que una de sus manifestaciones se da en ese establecimiento de condiciones de forma dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información sobre los términos del contrato. En este orden de ideas este neoformalismo relevante en la información se puede manifestar en los siguientes eventos (Cortes, 2004): 1)La entrega de la copia del contrato o del

prospecto informativo⁷, 2) medidas que aseguren el conocimiento del contenido del contrato⁸, 3) constancia expresa sobre condiciones del negocio⁹, 4) exigencia de claridad y precisión en

⁷ **Colombia: Decreto 990 de junio 1º de 1998**, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía Móvil Celular, **art. 9.** “Naturaleza del contrato de servicios. Las relaciones entre los suscriptores y los operadores, se regirán por lo dispuesto en el contrato que celebren para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. El Contrato de Servicios se regirá por lo dispuesto en este decreto, por las estipulaciones que hayan sido definidas por el operador, las normas del Código de Comercio, la concesión y demás normas que regulan el servicio. Copia del contrato de servicios debe serle entregada a los suscriptores”; **Francia: Código Del Consumo, art. L134-1.**- “Los profesionales de la venta o de la prestación de servicios deberán entregar a toda persona interesada que lo demande un ejemplar de los convenios que habitualmente propongan a los clientes”. **Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias.-Artículo 10.-** (...) Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes. (...). **Alemania: BGB, § 482.**- “Contratos relativos a derechos de goce a tiempo parcial de una habitación. Obligación de entregar un prospecto informativo antes de la celebración del contrato relativo a derechos de goce a tiempo parcial de una habitación”. (Tomadas de Cortes, E. 2004).

^{8 8} **Alemania: BGB, § 305.**- “Las condiciones generales entran a hacer parte del contenido del contrato solo si, en ocasión de la estipulación del contrato, quien las utiliza: 2- asegura a la contraparte la posibilidad de llegar al conocimiento de su contenido con modalidades aceptables, que tengan en cuenta de manera adecuada, incluso el eventual impedimento físico de la contraparte que sea reconocible por quien utiliza las condiciones generales (...)”. (Tomadas de Cortes E, 2004).

^{9 9} **Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, No. 10, del 19 de julio de 2001**, relativo a la adquisición de bienes por sistema de financiamiento, **art. 3.3**, deber de que conste por escrito información relevante para el consumidor; **Italia: Testo Unico Bancario Italiano, art. 117.-** “(Contratti) 1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente. 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”.

⁹ **Francia: Código del Consumo, art. L312-14-1.**- “En caso de regeneración del préstamo, las modificaciones introducidas en el contrato de préstamo originario se harán constar en un anexo. En éste figurarán, por una parte, un calendario de los vencimientos, en el que se detallará, respecto a cada vencimiento, el montante del capital restante por amortizar en caso de amortización anticipada y, por otra parte, la tasa efectiva global y el

coste del préstamo, calculados sobre la base exclusiva de los vencimientos y gastos futuros. Respecto a los préstamos a tipo variable, en el anexo se indicarán el tipo efectivo global y el coste del préstamo, calculados sobre la base exclusiva de los vencimientos y gastos que hayan de producirse hasta la fecha de la revisión del tipo, además de las condiciones y el método de variación del tipo. El prestatario dispondrá de un período de reflexión de diez días computables desde la fecha de recepción de la información antes mencionada”.

Colombia: Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, No. 10, del 19 de julio de 2001, art. 4.1.- “En la prestación de servicios que implique la entrega de un bien por parte del consumidor, se exige la entrega de una constancia escrita que de fe del recibo del mismo, las condiciones de ingreso, el servicio a prestar y la plena identificación de las partes”.

⁹ **México: Ley Federal de Protección al Consumidor de México, art. 86 bis.-** “En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico. El proveedor solo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica”.

⁹ **Italia: Legge subfornitura de 1998, art. 2.-** “Contratto di subfornitura: forma e contenuto 5. Nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento”.

⁹ **Italia: Decreto Legislativo del 9 de noviembre de 1998, No. 427,** attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, **art. 2.-** “Documento informativo. 1. Il venditore e' tenuto a consegnare ad ogni persona che richiede informazioni sul bene immobile un documento informativo in cui sono indicati con precisione i seguenti elementi: a) il diritto oggetto del contratto, con specificazione della natura e delle condizioni di esercizio di tale diritto nello Stato in cui e' situato l'immobile; se tali ultime condizioni sono soddisfatte o, in caso contrario, quali occorre soddisfare; b) l'identita' ed il domicilio del venditore, con specificazione della sua qualita' giuridica, l'identita' ed il domicilio del proprietario;c) se l'immobile e' determinato: 1) la descrizione dell'immobile e la sua ubicazione;2) gli estremi della concessione edilizia e delle leggi regionali che regolano l'uso dell'immobile con destinazione turisticoricettiva e, per gli immobili situati all'estero, gli estremi degli atti che garantiscano la loro conformita' alle prescrizioni vigenti in materia;d) se l'immobile e' in costruzione”.

⁹ **Italia: Decreto Legislativo del 9 novembre 1998, n. 427,** attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, **art. 7.** “Obbligo della fidejussione.1. Il venditore e' obbligato a prestare fidejussione bancaria o assicurativa a garanzia dell'ultimazione dei lavori di costruzione del bene immobile. Della fidejussione deve farsi menzione nel contratto, a pena di nullita”.

⁹ **Francia: Código del Consumo, art. L111-2.-** “El profesional que venda bienes muebles deberá, además, comunicar al consumidor el período de tiempo durante el cual sea previsible que las piezas necesarias para el uso del bien podrán adquirirse en el mercado. El fabricante o importador estará obligado a comunicar dicho período al vendedor profesional”; **Francia: Código del Consumo, art. L113-3.-** “Todo vendedor de productos o

prestatario de servicios estará obligado, mediante etiquetado, marcación, fijación de avisos o a través de cualquier otro procedimiento idóneo, a comunicar a los consumidores los precios, las eventuales limitaciones de la responsabilidad contractual y las condiciones particulares de venta, según las modalidades fijadas mediante decisión del ministro de Economía, previa consulta con el Consejo Nacional del Consumo”; **Francia: Código del Consumo, art. L114-1.**- “Información de los plazos de entrega.- En todo contrato cuyo objeto consista en la venta de un bien mueble o la prestación de servicios a un consumidor, el profesional suministrador deberá, si la entrega del bien o la prestación del servicio no fuese inmediata, y si el precio pactado superase el umbral establecido por vía reglamentaria, indicar la fecha límite en que aquél se compromete a entregar el bien o prestar el servicio. El consumidor podrá denunciar el contrato de compraventa de un bien mueble o de prestación de servicios mediante carta certificada con acuse de recibo en el caso de que, sin haber intervenido un caso de fuerza mayor, se rebase la fecha límite de entrega del bien o de prestación de los servicios en más de siete días. En ese caso, el contrato se reputará resuelto a la recepción por el vendedor o el prestador de los servicios de la carta con la que el consumidor le informa de su decisión, siempre que la entrega o, en su caso, la prestación, no se hubiese realizado en el intervalo comprendido entre el envío de la carta y su recepción. El consumidor podrá ejercer este derecho dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha fijada para la entrega del bien o la prestación del servicio. Salvo estipulación contractual en contrario, las sumas desembolsadas por anticipado se reputarán arras penales, por lo que cada parte contratante podrá liberarse de su obligación, en cuyo caso el consumidor perderá las arras y, en su caso, el vendedor profesional estará obligado a restituir el duplo”.

⁹ **Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias.- Artículo 9:** Cosas deficientes usadas o reconstituidas: Cuando se ofrezca en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria.

⁹ **Francia: Código del Consumo, art. L121-63.**- “La oferta, complementada mediante la indicación de la identidad y del domicilio del usuario, se entregará o enviará a éste por duplicado ejemplar, en uno de los cuales, reservado al usuario, figurará un cupón destinado a facilitar el ejercicio de la potestad de retractación estipulada en el art. L.121-64. En dicho cupón se reiterará la mención de la identidad y el domicilio o el establecimiento del profesional. La oferta será firme durante un período mínimo de siete días, omputados desde su recepción por parte del usuario. Recaerá sobre el profesional la carga de la prueba de la recepción de la oferta”; **Code Europeen Des Contrats, art. 9.**- “Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil.1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor, fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a este último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el art. 159”.

⁹ **Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias.-Artículo 34:** REVOCACIÓN DE ACEPTACIÓN: En los casos de los arts. 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de cinco (5) días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

las condiciones contractuales de validez ¹⁰ y 5) de información sobre desarrollo del contrato ¹¹ (Cortes, 2004).

⁹ **Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias.-Artículo 25:** Constancia escrita. información al usuario: Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicios de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público. Las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas.(...). (Tomadas de Cortes E, 2004).

¹⁰ **Francia: Código del Consumo, art. L133-2.-** "Las cláusulas de los contratos que los profesionales propongan a los consumidores o a los no profesionales deberán redactarse y presentarse de forma clara y comprensible. En caso de duda, dichas cláusulas se interpretarán en la forma más favorable al consumidor o, en su caso, al no profesional. Empero, el presente párrafo no será de aplicación a los procesos instituidos sobre la base del art. L.421-6".

¹⁰ **Colombia: Resolución 336 de diciembre 20 de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones,** por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, **art. 7.5.5.-** "Redacción. Las cláusulas de período de permanencia mínima, plazo contractual, preaviso para la no prórroga del contrato o para su terminación unilateral, deberán redactarse de manera clara y expresa, de tal manera que resulten comprensibles para el suscriptor. El operador deberá incluir en el anexo independiente del contrato, con una letra no inferior a siete (7) milímetros, la siguiente estipulación: El presente contrato incluye cláusulas de permanencia mínima, prórroga automática y/o sanciones o multas por la terminación anticipada. Una vez hayan sido aceptadas expresamente por el suscriptor, lo vinculan de acuerdo a las condiciones previstas en el presente contrato".

¹⁰ **Colombia: Resolución 336 de diciembre 20 de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones,** por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, **art. 7.5.6.-** "Divulgación de tarifas. Sin perjuicio de lo previsto sobre el régimen de tarifas para cada servicio, los cambios de tarifas entrarán a regir una vez se den a conocer a cada suscriptor del ser-vicio. En los contratos con cláusulas de período de permanencia mínima, el suscriptor podrá solicitar la terminación de su contrato dentro del mes siguiente al momento de conocer dichos incrementos, sin que haya ligar a multa o sanción, cuando los mismos superen los aumentos máximos establecidos en el contrato. Estos aumentos máximos deberán ser fácilmente determinables por el suscriptor al momento de celebrar el contrato".

¹⁰ **Colombia: Decreto 990 de junio 1º de 1998,** por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de telefonía Móvil Celular, **art. 11.-** "Suspensión del servicio. En los contratos de servicios deben establecerse claramente las causales para la suspensión del servicio".

¹⁰ Brasil: **Lei No. 8.078, de 11 de septiembre de 1990, art. 54, § 4.**- “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

¹⁰ Colombia: **Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, No. 10, del 19 de julio de 2001, art. 1.2.5.1.**- “Deber de información en caracteres destacados sobre la peligrosidad de ciertos productos y sobre las condiciones técnicas de seguridad en su instalación”.

¹⁰ Colombia: **Proyecto de ley No. 81 de 2003, Estatuto para la Defensa del Consumidor, art. 35.**- “Validez de los contratos de adhesión. Para la validez de los contratos de adhesión deberán cumplirse las siguientes condiciones: 1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos escritos se utilizará el español. 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. En el escrito del contrato, los caracteres deberán ser legibles a simple vista. 3. Detallar de manera clara y puntual las condiciones del bien o servicio que se contrata, la responsabilidad del proveedor o vendedor y su prohibición para modificar unilateralmente el contrato. 4. No incluir espacios en blanco. 5. En caso de remitirse a normas legales estas deberán ser transcritas o resumidas”; Brasil: **Lei No. 8.078, de 11 de septiembre de 1990, art. 54, § 3.**- “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”; Italia: **Codice Civile Italiano, art. 1469-quater.**- “Forma e interpretazione. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”; Francia: **Código del Consumo, art. L121-62.**- “En la oferta se reproducirán con caracteres perfectamente legibles las disposiciones de los arts. L.121-63 a L.121-68”.

¹⁰ Alemania: **BGB, § 305.**- “Inclusión en el contrato de condiciones generales.(1) (...) (2) Las condiciones generales entran a hacer parte del contenido del contrato solo si, en ocasión de la estipulación del contrato, quien las utiliza: 1.-Llama la atención de la contraparte sobre ellas de manera expresa, o cuando por las modalidades peculiares con las que el contrato se celebra no sería posible efectuar un llamado expreso sino con excesiva y desproporcionada dificultad, por medio de un aviso claramente visible colocado en el lugar de estipulación del contrato(...)”.

¹⁰ México: **Ley Federal de Protección al Consumidor de México, art. 86.**- “La secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la procuraduría”. (Tomadas de Cortes, E. 2004).

¹¹ Colombia: **Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, No. 10, del 19 de julio de 2001, art. 3.7.2,** relativa al envío al domicilio del deudor de información sobre el estado del crédito; Italia: **Testo Unico Bancario Italiano, art. 1.**- “(Comunicazioni periodiche alla clientela) 1. Nei contratti di durata i soggetti indicati nell'articolo 115 forniscono per iscritto al cliente, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il

Algunos doctrinantes (Fortino, 1984; Sánchez, 1998), mencionados por Carlos Ignacio Jaramillo (2008), quien igualmente comparte este parecer, sostienen que el deber de información, está revestido de sustantividad propia, y por tanto en lo que tiene que ver con la responsabilidad civil profesional, tiene vida propia, y propia “fundamentación y estructura”, que permite que sea considerado independiente de los demás deberes, sean principales o secundarios. En sentido contrario piensa Josep Llobet Aguado (1996), pero no por considerar que la naturaleza sea la misma, sino por, la ausencia de un régimen sancionatorio diferente.

Teniendo claro entonces que, el deber de información, es autónomo e independiente del deber de actuación de buena fe, que goza de elementos propios, su tratamiento debe ser igualmente diferente. Si bien, el principio de buena fe, como ya lo comentamos, afecta la relación interpartes, el deber de información trasciende la relación exclusiva de las partes y adquiere una connotación social, ya que como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en lo que atañe al consentimiento informado, de acuerdo con las sentencias relacionadas en páginas anteriores, la violación al deber de información afecta la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, ya que la ausencia de conocimiento, limita la

contenuto e le modalità della comunicazione. 2. Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile”.

¹¹ **Argentina: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias.-Artículo 30 BIS:** [Artículo incorporado por la Ley 24.787] Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos, entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: "no existen deudas pendientes". La falta de esta manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria. En caso que existan deudas y a los efectos del pago, los conceptos reclamados deben facturarse por documento separado, con el detalle consignado en este artículo. (Todas las normas tomadas de Cortes, E. 2004).

posibilidad de autodeterminación y la producción de decisiones inteligentes, acordes con el verdadero querer del individuo.

Siendo así las cosas, podemos concluir que si se faltara al deber de información, lo anterior nos ubicaría en el campo de la responsabilidad precontractual, si estamos en las etapas previas a la formación del contrato, o en el campo de la responsabilidad contractual, si estamos en la etapa de ejecución del mismo. Sin embargo, el hecho de haber concluido que el deber de información, es autónomo a cualquier otro deber principal o derivado, y agreguemos, se convierte en un deber principal diferente, y asignarle una equivalencia con el deber de información médica, fundamento del denominado consentimiento informado, qué consecuencias trae dentro del contexto jurídico?. Podemos afirmar que, desafortunadamente, bajo los criterios actuales jurisprudenciales, ninguna, ya que el tema queda únicamente en el campo de la responsabilidad, sea precontractual o contractual.

A pesar de lo anterior, las consecuencias especiales podemos reducirlas a dos: en primer lugar, en el mismo marco del régimen de responsabilidad, el no cumplimiento del deber de información, así el contrato celebrado haya sido benéfico para el contratante, genera per sé, la posibilidad de exigir el cobro de perjuicios, ya que su incumplimiento va más allá del mismo ámbito negocial y se convierte en una vulneración, de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, violación, que por sí sola, es suficiente fundamento, por el solo hecho de no darme una posibilidad libre y real de elegir, para exigir la correspondiente indemnización.

Pero en segundo lugar, se debe fijar una posición sobre los efectos de un contrato celebrado con violación a este deber o siendo de tracto sucesivo, que se encuentre en ejecución en iguales circunstancias. Si la falta de información se da en la etapa precontractual, podríamos pensar que habría ausencia de consentimiento y por ende inexistencia del contrato, ya que, una manifestación de voluntad, proferida sin el conocimiento adecuado, equivaldría tanto, como a no haberla manifestado.

Sin embargo, lo cierto es que el contrato, si nació a la vida jurídica, ya que la exteriorización de la voluntad si se presentó, así se hubiera, dado bajo los parámetros de la información que tenía el contratante.

Puede entonces pensarse que el consentimiento se encuentra viciado, lo que generaría una afectación del contrato que conllevaría nulidad relativa. Esta posibilidad, se podría presentar, siempre y cuando, la conducta del obligado a informar, pudiera encuadrarse en una conducta dolosa, o sin serlo, si se pudiera predicar un error en cabeza del afectado con la ausencia de información.

Pero no en todos los casos, de incumplimiento al deber de información, se podría pensar en la presencia de un vicio del consentimiento, piénsese en el evento en que efectivamente, el contratante conozca el objeto, a la otra parte, el contrato a celebrar y efectivamente todo ello sea lo querido, sin embargo nunca se la hayan presentado alternativas diferentes según sus necesidades. En este evento, no estaríamos hablando de vicio del consentimiento, y el contrato se predicaría válido.

Ahora, si la violación del deber de información, viola el derecho fundamental recayendo sobre el objeto del contrato, estaríamos hablando de que el negocio estaría afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito. Pero que ocurriría, en un contrato en el que la violación se haya presentado antes de la celebración, no afecte la validez del negocio y se extienda a la ejecución o que simplemente se presente durante la etapa de ejecución contractual? La respuesta tiene que estar dada en el incumplimiento contractual y por ende en la posibilidad que tiene la parte afectada de solicitar al Juez la resolución del contrato, esto bajo el criterio Jurisprudencial y doctrinario vigente en nuestro país.

La respuesta dada en la parte final del párrafo anterior, no debe ser absoluta, ya que la violación flagrante de un derecho fundamental, debe dar la posibilidad, para que nuestro derecho deje ese paternalismo en materia de resolución contractual, al exigir, que sea un juez

de la república, el único autorizado para romper, ante el incumplimiento, el vínculo contractual.

Ya es el momento, por estar en un momento trascendental de cambios y de modernización de nuestro derecho privado, y por tener un derecho en franco proceso de maduración, de aceptar la posibilidad, de que la parte afectada pueda unilateralmente dejar sin efecto el contrato, sin necesidad de decisión judicial, ante la presencia de un incumplimiento contractual, ya sea, en cualquier circunstancia, como en la legislación Portuguesa, o en circunstancias específicas, como en el derecho Italiano o Español.

La aceptación del desistimiento, pero en su sentido real, es decir como forma de dejar sin efecto el contrato unilateralmente, debe ser aceptada en Colombia y con mayor razón, ante la presencia de una violación de un derecho fundamental (Paladini, 2009).

No cabe duda que la posibilidad legal, en casos concretos, ya está dada, así nuestros Jueces no lo quieran reconocer. El desistimiento en el caso de la venta por cabida cuando lo que falte o lo que sobre sobrepase en más de la décima parte del precio del bien (Art.1888 Código Civil), la revocación o la renuncia del mandato, la terminación unilateral del arrendamiento de vivienda urbana cuando el arrendatario sin autorización sub arriendo en inmueble pudiendo el arrendador contratar directamente con el sub arrendatario dejando sin efecto el primer contrato (ley 56 de 1985, ley 820 de 2003), el artículo 41 del decreto 3466 de 1982 al consagrar la posibilidad de retracto en ventas financiadas, son algunos casos.

No sobra advertir que la posibilidad de desistir ante la violación del derecho fundamental a la información debe darse únicamente cuando tal incumplimiento es de tal magnitud que se ubique dentro del campo del incumplimiento esencial que tanta fuerza tiene en el derecho inglés y que fuera recogido por el artículo 25 de la Convención de Viena¹²

¹² “Artículo 25: El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que

(Goñi, 2011), en caso contrario se debe generar simplemente la correspondiente indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento.

Bibliografía

- Acosta, Joaquín. (2009). *La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del Derecho Privado*. IUSTA No. 30. ISSN: 1900-0448, Universidad Santo Tomás, facultad de Derecho. p. 93 a 106.
- Adame Goddard, J. (1994). *El contrato de compraventa internacional*. México: Edit. McGraw – Hill.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. (1918). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Tomo II. Santiago. p. 1199.
- Alterini, A.; De Los Mozos, J. y Soto, C. (2000). *Contratación Contemporánea Teoría general y principios*. Lima - Bogotá: Palestra Editores – Editorial Temis.
- Anunziato, L. (2001). *El Conflicto en la relación médico-paciente*. Buenos Aires: Ed. Centro Norte. p. 95.
- Arrubla, J. (2002). *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Bogotá: Diké. p.37 – 63

la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.”

- Bianca, M. (2007). *Derecho civil. 3. El contrato*. Trads. Hinestrosa, F. y Cortes, E. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bohórquez, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Anotaciones para una teoría general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bonivento, J. (1996). *El contrato de promesa. La promesa de compraventa de bienes inmuebles*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Bonivento, J.A. (2002). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.
- Bonivento, P. (2000). *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado*. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>.
- Borda, A. (2000). *La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad*. Del libro de Alterini, A., De los Mozos, J., Soto, C., *Contratación contemporánea teoría general y principios*. Lima – Bogotá: Palestra editores – Editorial temis.
- Carbonnier, J. (1996). *Droit civil. 4. Les obligations*, 20. Ed., Presses universitaires de France, París.
- Carrascosa, J. (2003). *Configuración básica del contrato internacional, en Curso de Contratación internacional*. Madrid: Colex.
- Castaño de Restrepo, M. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Chuaire, L. y Sanchez, M. Platón y el consentimiento informado contemporáneo. Recuperado el 29 de mayo de 2009 de <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol38No3/html/v38n3a9.html>.
- Claro Solar, Luis. (1978). *Explicaciones del derecho civil Chileno y comparado*. Tomo V. Chile: Editorial: Jurídica. p. 708 - 709.
- Cortes, E; Koteich, M; Neme, M. *Formalismo negocial romano y neoformalismo. Fundamento del sistema o protección a la parte débil?* Ponencia en el XIV Congreso Latinoamericano de derecho romano. Universidad de Buenos Aires. 2004. www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfCortesKoteichyNeme.doc

- González, A. (2004). *La Formación del Contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Ed. Comares.
- Goñi, N. (2011). *El Incumplimiento Esencial del Contrato en el Derecho Inglés*. Del libro *Contratos Teoría General, Principios y Tendencias*. . 2 ed. Bogotá. Ed. Ibáñez
- Gual, J. (2008). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Guest, A. (1971). *Anson's law of contract*. Oxford; ed. Oxford University.
- Guzmán, A. (1998). *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano*. Tomo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2003). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones. Concepto estructura vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Honnold, J. (1987). Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980). *Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de derecho reunidas, 1987*.
- Infante, F. (2008). *Entre lo político y lo académico: Un common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo*. http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf
- International Encyclopedia of laws. Medical law. Kluwer law international. Amsterdam 1993. Vol I.
- Jaramillo, C. (2008). *Responsabilidad civil médica. La relación médico - paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Ed. Fundación Cultural Javeriana De Artes Graficas.
- Jauregui, I. (2002). *Transtornos de la conducta alimentaria. La madurez psicológica del menor para la toma de decisiones. Tratamiento forzado*. Revista de psiquiatría y psicología del niño y el adolescente, (2002). <Http://www.paidopsiquiatria.com/trabajos/jauregui.pdf>.

- Llobet, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid Ed. Marcial Pons.
- Larrounet, C. (2006). *La Unificación del derecho de las Obligaciones en Europa*. Revista de Derecho Privado Nueva Epoca, Vol. 13 -14 Enero _Agosto.
- Marty, G. y Raynaud, P. (1998). *Droit Civil. Les obligations. T.I. Les sources, 2 ed.*. París : Sirey
- Oliva, J. (2001). El consentimiento informado, una necesidad de la investigación clínica en seres humanos. *Rev Cubana Invest Biomed*; 20 (2):150-8.
- Ospina, G. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Ed. Temis.
- Oviedo, J.(2009). *Estudios de derecho mercantil internacional*. Chía: Edit. Ibáñez - Universidad de la Sabana.
- Oviedo, J. (2008). *La formación del Contrato*. Bogotá: Editorial Temis.
- Oviedo, J. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/18Oviedo.pdf
- Oviedo,J. (2011). *Presentación a la segunda edición*. Del libro *Contratos Teoría General, Principios y Tendencias*. . 2 ed. Bogotá. Ed. Ibáñez
- Paladini, M. (2009). *Nuevas perspectivas en materia de resolución de contrato por incumplimiento*. IUSTA No. 30. ISSN: 1900-0448. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Paredes Duque, J. (2004). *Responsabilidad médica. Análisis objetivo general por especialidades*. Calí: Gráficas Colombia.
- Parra, C. (2002). *El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos*. Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia- J.M. Bosch Editor.
- Parra, M. (2004). *La carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

- Peña, L. (2010). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Peña, L. (2011). *Oferta y Aceptación Nacional e Internacional*. Del libro de Echeverri, A. *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico. Tendencias del derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Ed. Ibáñez.
- Perales Viscasillas, M. (1996). *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercadería*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Perez Vives, Álvaro. (1980). *El principio de consensualidad en los negocios jurídicos mercantiles. Artículo publicado en Comentarios al Código de Comercio*. Vol I. Medellín.
- Pérez, P. (1990). *La información en la contratación privada*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo.
- Planiol, M., Ripert, J., y Esmein, P., (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*. T. VI. *Las Obligaciones*. Primera Parte, traducido por Díaz Cruz.
- Rengifo, E. (2004). *Deber precontractual de información y las Condiciones Generales de Contratación*. Bogotá. *Revista 327 Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- Rescigno, P. (1998). *Apuntes sobre la autonomía negocial*. Del libro de autores varios *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, H. (2001). *Derecho Médico*. Montevideo: Ed. IBDF.
- Rodríguez, S. (2002). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Saavedra, E. y Otros. (2006). *Responsabilidad ética médica disciplinaria. Derecho médico colombiano elementos básicos*, Tomo II. Bogotá: Universidad Libre.
- Sánchez, A. (1998). *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Edit. Tecnos.

Sanin, R. (2004). *Libertad y Justicia Constitucional.*, Bogotá. *Revista 327 Academia Colombiana de Jurisprudencia.*

Santander, A. (2005). *La oferta al público por internet: Una visión desde la doctrina del derecho civil.* Alfa – Reidi. ISSN: 1681- 5726. No. 079. *Revista de derecho informático.* Perú.

Solarte, Oscar. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: Colombia Vniversitas ISSN: 0041-9060 ed: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá D.C. v.108 fasc. N/A p.283 – 315.

Soto, Carlos Alberto. (2005). *Transformación del derecho de contratos.* Lima: Editora Jurídica Grijley.

Stiglitz, Rubén S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. I. Buenos Aires Ed. Abeledo Perrot.

Tamayo, A. (2008). *Manual de Obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Urbina, E; Acosta, J.; Durán, R.; Palomares, J. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias globalizantes.* Bogotá: Universidad Santo Tomás y Ed. Ibáñez.

Valencia, A. (2002). *Derecho Civil.* Tomo I, Parte General y personas. Bogotá: Temis.

Velez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil Colombiano.* Tomo VI. Paris.

Woolcott, O. (2007). *Responsabilidad del productor.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Yepes Restrepo, S. (2002). *La responsabilidad civil médica.* 5ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Sentencias Corte Constitucional Colombiana:

Corte constitucional Sentencia C-1064 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy.

Corte Constitucional Sentencia C-982 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar.

Corte Constitucional Sentencia T-460 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional Sentencia T-475 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional Sentencia T-412 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy.

Sentencias Corte Suprema de Justicia Colombiana:

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia 31 de mayo de 1990. M.P. Alfonso Guarín Ariza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 22 de abril de 1997. M.P. José Fernando Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de julio de 1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 2 de mayo de 1957. M.P. Enrique Giraldo Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia junio 1 de 1965. M.P. Enrique López de la pava.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia 1 de marzo de 1985. M.P. José Alejandro Bonivento.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia 12 de agosto de 2002. M.P. José Fernando Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 13 de diciembre de 2001. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

ANEXO

MARCO COMÚN DE REFERENCIA

I. – I: 101: Campo de aplicación previsto

(1) Estas reglas están previstas para ser usadas sobre todo en relación con los contratos y otros actos judiciales, los derechos y obligaciones contractuales y no contractuales y asuntos relacionados con la propiedad.

(2) No están previstos para ser usados, o usados sin ninguna modificación o suplementos, en relación a derechos y obligaciones de naturaleza de derecho público o, salvo disposición en contrario, en relación a:

(a) El estado y la capacidad legal de las personas naturales;

(b) Testamentos y sucesiones;

(c) Relaciones de familia, incluyendo matrimonio y relaciones similares;

(d) Letras de cambio, cheques y pagarés y otros instrumentos negociables;

(e) Relaciones laborales;

(f) La propiedad de, o los derechos en materia de seguridad, propiedad sobre bienes inmuebles;

(g) La creación, capacidad, organización interna, regulación o disolución de sociedades, asociaciones y las personas jurídicas.

(h) Materias relacionadas sobre todo con el procedimiento o la ejecución.

(3) Otras restricciones en los campos de aplicación previstos están contenidas en libros posteriores.

I. – I: 102: Interpretación y desarrollo

(1) Estas reglas deben ser interpretadas y desarrolladas de forma autónoma y en conformidad con sus objetivos y los principios subyacentes a los mismos.

(2) Deben ser leídos a la luz de cualquier instrumento aplicable garantizando los derechos humanos y las libertades fundamentales y cualquier ley constitucional aplicable.

(3) En la interpretación y desarrollo se debe tener en cuenta la necesidad de promover:

(a) La uniformidad en la aplicación;

(b) La buena fe y trato justo, y

(c) La seguridad jurídica.

(4) Los problemas en el ámbito de las reglas no resueltas expresamente por ellas, en la medida de lo posible se resolverán de conformidad con los principios subyacentes.

(5) Donde haya una regla general y una regla especial aplicable a una situación en particular en el ámbito de la regla general, la regla especial prevalece en cualquier caso de conflicto.

I. - 1:103: Buena fe y trato justo

(1) La expresión "Buena fe y trato justo" se refiere a un estándar de conducta caracterizada por la honestidad, franqueza y consideración por los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión.

(2) Esto es, en particular, contrario a la buena fe y trato justo una parte que actúa de manera inconsistente con las declaraciones dadas anteriormente por las partes o cuando una de las partes ha actuado de una forma tal en detrimento de la otra.

I. - 1:104: Razonabilidad

La razonabilidad debe ser objetivamente comprobada, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se hace, a las circunstancias del caso y de los usos y prácticas relevantes.

Capítulo 3:

Mercadeo y obligaciones precontractuales

Sección 1:

Obligaciones de información

II. - 3:101: Obligación de revelar información acerca de los productos, bienes y servicios

(1) Antes de la celebración de un contrato para el suministro de productos, bienes o servicios de una empresa a otra persona, la empresa tiene la obligación de revelar a la otra persona tal información sobre los productos, bienes o servicios que se entregarán como la otra persona puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y el rendimiento que sería normal en estas circunstancias.

(2) Al evaluar la información que la otra persona puede razonablemente esperar al darse a conocer, el examen a aplicar, si la otra persona es también una empresa, es si la falla al proveer información podría desviar las buenas prácticas comerciales.

II. - 3:102: Obligaciones específicas para el mercado de las empresas a los consumidores

(1) Cuando una empresa mercadea productos, bienes o servicios a un consumidor, la empresa tiene la obligación de no dar información engañosa. La información es engañosa si se tergiversa u omite hechos relevantes que el consumidor promedio puede esperar para tomar una decisión informada sobre la conveniencia de adoptar medidas para la celebración de un contrato. En la evaluación de lo que un consumidor promedio podría esperar, tomando en cuenta todas las circunstancias y de las limitaciones de los medios de comunicación empleados.

(2) Cuando una empresa utiliza una comunicación comercial la cual ofrece la impresión a los consumidores que contiene toda la información necesaria y relevante para tomar una decisión sobre la celebración de un contrato, la empresa tiene la obligación de asegurarse que la comunicación, de hecho, contiene toda la información relevante. En caso de que no es evidente por el contexto de la comunicación comercial, la información que debe proporcionarse consta de:

(a) Las principales características de los productos, bienes y servicios, la identidad y dirección, en su caso de la empresa, el precio, y cualquier derecho en caso de retractarse;

(b) Las particularidades relacionadas con el pago, entrega y funcionamiento, y la queja manejo, si se apartan de los requerimientos de profesionales diligencia, y

(c) El idioma usado para la comunicación entre las partes después de la celebración del contrato, si éste no es el idioma de la comunicación comercial.

(3) La obligación de proporcionar información en el presente artículo no se cumple a menos que toda la información que se ha proporcionado sea en el mismo idioma.

II. - 3:103: Obligación de dar información cuando concluye el contrato con el consumidor que está en particular desventaja

(1) En el caso de una transacción que da lugar a que el consumidor este en una significativa desventaja de la información por el medio técnico usado para contratar, la distancia física entre la empresa y consumidor, o por la naturaleza de la transacción, la empresa tiene la obligación, acorde a las circunstancias, de proveer información clara sobre las características principales de cualquier producto, bien o servicio suministrado, el precio, la dirección e identidad de la empresa con la cual el consumidor está realizando la transacción, los términos del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, y cualquier otro derecho disponible de retiro o de recursos procedentes. Esta información se debe proporcionar un tiempo razonable antes de la celebración del contrato. La información sobre el derecho de retiro deber ser, acorde las circunstancias, también debe ser adecuado en el sentido de la II. - 5:104 (información adecuada sobre el derecho a retirarse).

(2) La obligación de información más específica se proporciona para situaciones específicas, esta prevalece sobre la obligación de información general del párrafo (1).

(3) La empresa tiene la carga de la prueba de que ha proporcionado la información requerida por este artículo.

II. - 3:104: Obligación de información en la comunicación a distancia en tiempo real

(1) Cuando se inicia una comunicación a distancia en tiempo real con un consumidor, una empresa tiene la obligación de proporcionar la información explícita sobre su nombre y del propósito comercial del contacto.

(2) comunicación a distancia en tiempo real implica una directa e inmediata comunicación a

distancia de tal tipo que una de las partes puede interrumpir a la otra en el curso de la comunicación. Incluye teléfono y medios electrónicos tales como voz sobre el protocolo de Internet y de Internet relacionado con el chat, pero no incluye la comunicación por correo electrónico.

(3) La empresa tiene la carga de la prueba de que el consumidor ha recibido la información requerida en el párrafo (1).

(4) Si una empresa no ha cumplido con la obligación en virtud del párrafo (1) y el contrato haya sido celebrado como resultado de la comunicación, la otra parte tiene derecho a rescindir el contrato, dando notificación a la empresa dentro del plazo establecido en el II. - 5:103 (Retiro período).

(5) Una empresa es responsable ante el consumidor por las pérdidas causadas por la violación de la obligación contenida en el párrafo (1).

II. - 3:105: Formación por medios electrónicos

(1) Si el contrato es celebrado por medios electrónicos y sin ninguna comunicación personal, la empresa tiene la obligación de proporcionar información sobre los siguientes aspectos antes que la otra parte hace o acepte una oferta:

(a) Los pasos técnicos que deben adoptarse con el fin de celebrar el contrato;

(b) Si un documento contractual será presentada o no por la empresa y si va a ser accesible;

(c) Los medios técnicos para identificar y corregir errores de entrada antes de que la otra parte hace o acepta una oferta;

(d) El idioma propuesto para la celebración del contrato;

(e) Cualquiera término contractual utilizado.

(2) La empresa tiene la obligación de garantizar que las condiciones del contrato que se refiere el párrafo (1) (e) están disponibles en forma textual.

(3) Si una empresa no ha cumplido con la obligación en virtud del párrafo (1) y el contrato ha sido celebrado en las circunstancias dadas, la otra parte tiene derecho a rescindir el contrato,

dando

notificación a la empresa dentro del plazo establecido en el II. - 5:103 (Período de retiro).

(4) Una empresa es responsable ante el consumidor por las pérdidas causadas por la violación de la obligación en virtud del párrafo (1).

II. - 3:106: La claridad y la forma de la información

(1) La obligación de suministrar información impuesta a una empresa bajo este capítulo no se cumple a menos que los todos requisitos de este artículo estén satisfechos.

(2) La información debe ser clara y precisa, y expresada de forma clara y en un lenguaje inteligible.

(3) Cuando las reglas de los contratos específicos requieren información que debe proporcionarse en un soporte duradero o en otra forma particular, deberá ser siempre de esa manera.

(4) En el caso de los contratos entre empresa y un consumidor concluidos a distancia, la información sobre las principales características de los productos, bienes o servicios a ser suministrados, el precio, la dirección y la identidad de la empresa con la que el consumidor está realizando la transacción, los términos del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, y cualquier recurso procedente, debe ser acorde al caso en particular, debe estar confirmada en forma textual en un medio durable al momento de la celebración del contrato. La información sobre el derecho de retiro también debe ser adecuada en el sentido de II. - 5:104 (información adecuada sobre el derecho a retirarse).

II. - 3:107: Información sobre los precios y cargos adicionales

En virtud de este Capítulo una empresa tiene la obligación de proporcionar información sobre el precio, el derecho no se cumple a menos que:

(a) Incluya información sobre los depósitos a pagar, los gastos de envío, y los impuestos y obligaciones adicionales, éstos pueden ser indicados por separado;

(b) Si el precio exacto no puede ser indicado, debe ofrecerse información sobre la base, para el cálculo que le permita al consumidor comprobar el precio; y

(c) Si el precio no se puede pagar en una cuota, incluye información sobre el calendario de pagos.

II. - 3:108: Información sobre la dirección y la identidad de los negocios

(1) En virtud de este Capítulo una empresa tiene la obligación de proporcionar información sobre su dirección y la identidad, el derecho no se cumple a menos que la información incluya:

(a) El nombre de la empresa;

(b) Toda operación de nombres relacionados con el contrato en cuestión;

(c) El número de inscripción en cualquier registro oficial, y el nombre del registro;

(d) La dirección geográfica de la empresa;

(e) Datos de contacto;

(f), Donde la empresa tiene un representante en el estado de los consumidores de residencia, la dirección y la identidad de ese representante;

(g) Cuando la actividad de la empresa está sujeta a una autorización esquema, los datos de la autoridad supervisora competente, y

(h), Donde la empresa ejerce una actividad sujeta al (VAT – es como un impuesto parecido al IVA), el IVA correspondiente número de identificación.

(2) A los efectos del II. - 3:103 (Obligación de información al concluir contrato con un consumidor que se encuentra en desventaja particular), la dirección y la identidad de la empresa incluyen sólo la información indica en el párrafo (1) (a), (c), (d) y (e).

II. - 3:109: Sanciones por incumplimiento de las obligaciones de información

(1) Si una empresa tiene la obligación de la sección II. - 3:103 (Deber de proporcionar información al concluir un contrato con un consumidor que se encuentra en desventaja particular) para proporcionar información al consumidor antes de la conclusión de un contrato del que el consumidor tiene el derecho de retirarse, el tiempo de espera no comienza hasta que toda esta información se ha proporcionado. Independientemente de ello, el derecho de retirarse finaliza al año desde el momento de la celebración del contrato.

(2) Si una empresa no ha cumplido con una obligación impuesta por alguno de los artículos anteriores de esta sección y el contrato ha sido celebrado, la empresa tiene obligaciones establecidas en el contrato, que la otra parte ha tenido una expectativa razonable de las

consecuencias de la ausencia o incorrecta información. Las sanciones están previstas en el Libro III, Capítulo 3, estas se aplican por el incumplimiento de estas obligaciones.

(3) Que se haya o no celebrado el contrato, una empresa que no ha logrado cumplir con cualquier obligación impuesta por los artículos precedentes de esta Sección se hace responsable por las pérdidas causadas a la otra parte de la transacción como fracaso. Este párrafo no se aplica si la sanción es en la medida del no cumplimiento de una obligación contractual en virtud del párrafo anterior.

(4) Las sanciones previstas en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier recurso que puede estar disponible en el punto II. - 7:201 (error).

(5) En las relaciones entre una empresa y un consumidor, las partes no pueden, en detrimento del consumidor, excluir la aplicación del presente artículo o derogarlo o modificar sus efectos.

Sección 3:

Negociación y obligación de confidencialidad

II. - 3:301: Negociaciones contrarias a la buena fe y trato justo

(1) Una persona es libre para negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo.

(2) Una persona que está en negociaciones tiene el deber de negociar de con buena fe y trato justo y de no romper las negociaciones contraría la buena fe y trato justo. Esta obligación no podrá ser excluida o limitada por contrato.

(3) Una persona que se encuentra en incumplimiento de la obligación se hace responsable por las pérdidas causadas a la otra parte por el incumplimiento.

(4) Es contrario a la buena fe y trato justo, en particular, una persona que inicia o continúa las negociaciones, sin ninguna intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Sección 4:

Bienes o servicios no solicitados

II. - 3:401: No hay obligación derivada de la falta de respuesta

(1) Si una empresa entrega bienes no solicitados, o presta servicios no solicitados para, un consumidor:

(a) No hay contrato derivado de la falla del consumidor a responder, o desde cualquier otra acción u omisión por el consumidor en relación al bien o servicio; y

(b) No tiene la obligación no contractual derivada de la adquisición, la retención, el rechazo o el uso del consumidor de los bienes o de la recepción de beneficios del servicio.

(2) El párrafo (b) del párrafo anterior no se aplica si los bienes o servicios fueron suministrados:

(a) A modo de intervención benévola en otros asuntos, o

(b) En el error o en otras circunstancias en que haya un derecho de reversión o de un enriquecimiento sin causa.

(3) Este artículo está sujeto a las normas relativas a la entrega de cantidad en exceso en un contrato para la venta de bienes.

(4) A los efectos del párrafo (1) la entrega ocurre cuando el consumidor obtiene el control físico sobre los bienes.

Sección 5:

Capítulo 4:

Formación

Sección 1:

Disposiciones generales

II. - 4:101: Requisitos para la celebración de un contrato

Un contrato es celebrado, sin ningún otro requisito, si las partes:

(a) Tienen la intención de entablar una relación jurídica que sea vinculante o llevar a cabo algún otro efecto legal, y

(b) Llegar a un pleno acuerdo.

II. - 4:102: ¿Cómo se determina la intención?

La intención de las partes a entrar en una relación jurídica obligatoria o buscar algún efecto jurídico se determina a partir de las declaraciones de las partes o llevar a cabo una conducta tal que es entendida razonablemente por la otra parte.

II. - 4:103: Pleno Acuerdo

(1) El acuerdo es pleno si:

(a) Los términos del contrato han sido suficientemente definidos por las partes para que el contrato pueda tener efectos, o

(b) Los términos del contrato, o los derechos y obligaciones de las partes bajo ella, puedan ser determinados de manera suficientemente para que el contrato pueda tener efecto.

(2) Si una de las partes se niega a celebrar un contrato salvo que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre algún asunto específico, no hay contrato a menos que un acuerdo sobre este asunto haya sido alcanzado.

II. - 4:104: Cláusula Fusión

(1) Si en el documento del contrato existe una cláusula de negociación individual que indica que el documento incorpora todos los términos del contrato (una cláusula fusión), cualquier declaración anterior, compromiso o acuerdo que no figura en el documento no forma parte del contrato.

(2) Si la cláusula fusión no es negociada individualmente se establece sólo una presunción de que las partes tuvieron la intención de que sus declaraciones anteriores, compromiso o acuerdos no iban a formar parte del contrato. Esta regla no puede ser excluida o limitada.

(3) Las anteriores declaraciones de las partes pueden ser utilizados para interpretar el contrato. Esta regla no puede ser excluida o limitada, excepto por una negociada de forma individual.

(4) Las partes podrán por declaraciones o conducta del derecho a alegar una cláusula fusión en la medida en que la otra parte ha confiado razonablemente en tales declaraciones o conducta.

II. - 4:105: Modificación sólo en cierta forma

(1) Una cláusula en un contrato requiere cualquier acuerdo para modificar sus términos, o terminar la relación que resulta de ella, que en cierta forma sólo establece una presunción de que dicho acuerdo no se pretende que sea jurídicamente vinculante a menos que sea en esa cierta forma.

(2) Las partes podrán por declaraciones o conducta del derecho a alegar dicho término en la medida en que la otra parte ha confiado razonablemente en tales declaraciones o conducta.

Sección 2:

Oferta y la aceptación

II. - 4:201: Oferta

(1) La a propuesta equivale a una oferta si:

(A) Se tiene la intención de dar lugar a un contrato si la otra parte acepta, y

(B) Contiene términos suficientemente precisos para formalizar un contrato.

(2) La oferta puede hacerse a una o varias personas determinadas o al público.

(3) Una propuesta para suministrar bienes en stock, o un servicio, a un precio establecido realizada por una empresa en un anuncio público o un catálogo, o en exposición de productos, se trata, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario, como una oferta de suministro a ese precio hasta que el depósito de bienes o la capacidad empresarial de prestar el servicio, se ha agotado.

II. - 4:202: Revocación de la oferta

(1) La oferta puede ser revocado si la revocación llega al destinatario antes de que el destinatario haya enviado la aceptación o, en caso de aceptación por conducta, antes de que el contrato se haya celebrado.

(2) Una oferta hecha al público puede ser revocada por los mismos medios que se utilizaron para hacer la oferta.

(3) Sin embargo, la revocación de una oferta no es efectiva si:

(a) La oferta indica que es irrevocable;

(b) La oferta establece un plazo fijo para su aceptación, o

(c) Si era razonable para el destinatario creer que esa oferta era irrevocable y el destinatario ha actuado basándose en esa oferta.

(4) El párrafo (3) no se aplica a una oferta si el oferente tendría un derecho bajo cualquier regla contenida en los libros II a IV a la rescisión de un contrato como resultado de su aceptación. Las partes no podrán, en detrimento del oferente, excluir la aplicación de esta regla como derogar o variar sus efectos.

II. - 4:203: Rechazo de la oferta

Cuando el rechazo de una oferta llegue al oferente, la oferta caduca.

II. - 4:204: Aceptación

(1) Cualquier forma de declaración o conducta del destinatario es aceptación si indica aprobación de la oferta.

(2) El silencio o inactividad no equivale a la aceptación.

II. - 4:205: Momento de celebración del contrato

(1) Si la aceptación ha sido enviado por el destinatario hay celebración del contrato cuando la aceptación llega al oferente.

(2) En el caso de aceptación por conducta, hay celebración del contrato cuando la notificación de la conducta llegue al oferente.

(3) Si en virtud de la oferta, hay prácticas que las partes han establecido entre ellas, o de un uso, el destinatario puede aceptar la oferta haciendo un acto sin notificación al oferente, hay celebración del contrato cuando el destinatario comienza a realizar el acto.

II. - 4:206: Plazo de aceptación

(1) La aceptación de la oferta sólo es eficaz si llega al oferente dentro del tiempo fijado por el oferente.

(2) Si el tiempo no ha sido fijado por el oferente de la aceptación sólo es eficaz si llega al oferente dentro de un plazo razonable.

(3) Cuando la oferta pueda ser aceptada por ejecutar un acto sin previo aviso al oferente, la aceptación surtirá efecto sólo si el acto se realiza dentro del momento de aceptación fijado por el oferente o, si no el momento en que se establece, en un plazo razonable.

II. - 4:207: Aceptación Tardía

(1) La aceptación tardía es menos efectiva que la aceptación si en la indebida demora el oferente no informa al destinatario que será tratada como una aceptación eficaz.

(2) Si la carta u otra comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en su debido tiempo, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin indebida demora, el oferente informa al destinatario que la oferta es considerada como caducada.

II. - 4:208: Aceptación Modificada

(1) La respuesta por el oferente que establece o implica términos adicionales o diferentes que alteren sustancialmente las condiciones de la oferta es un rechazo y una nueva oferta.

(2) La respuesta que da el asentimiento a una oferta definitiva opera como una aceptación incluso si se indica o implica términos adicionales o diferentes, siempre que estas no alteren sustancialmente las condiciones de la oferta. Los términos adicionales o diferentes se convierten en parte del contrato.

(3) Sin embargo, esa respuesta es tratada como un rechazo de la oferta si:

(a) La oferta expresa los límites de aceptación a los términos de la oferta;

(b) Se den los objetivos del oferente en los términos adicionales o diferentes, sin indebida demora, o

(c) El destinatario hace la aceptación condicional sobre el acuerdo del oferente en los términos adicionales o diferentes, y la aceptación no tiene alcance al destinatario en un plazo razonable.

II. - 4:209: Conflicto de condiciones generales

(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, salvo que la oferta y la aceptación se refieran al conflicto en condiciones normales, el contrato es sin embargo formado. Los términos estándar forman parte del contrato en la medida en que son comunes en cuanto al fondo.

(2) Sin embargo, el contrato no se forma si una de las partes:

(a) Ha señalado con antelación, de manera explícita, y no a través de los términos normales, la intención de no estar obligado por un contrato sobre la base de párrafo (1), o

(b) Sin la demora injustificada, se informa a la otra parte esa intención.

II. - 4:210: La confirmación formal del contrato entre empresas

Si las empresas han suscrito un contrato pero no lo han encarnado en un documento final, y sin dilaciones indebidas envía a la otra un aviso en una forma textual en un soporte duradero con el propósito de ser una confirmación del contrato pero que contenga términos adicionales o diferentes, éstos pasarán parte del contrato a menos que:

- (a) Los términos alteren sustancialmente las condiciones del contrato, o
- (b) Los objetivos del destinatario lleguen sin indebida demora.

II. - 4:211: Los contratos no celebrados a través de la oferta y aceptación

Las reglas en esta Sección aplican con las modificaciones pertinentes a pesar de que el proceso de celebración de un contrato no puede ser analizado en la oferta y aceptación.

Sección 3:

Otros actos jurídicos

II. - 4:301: Requisitos para un acto jurídico unilateral

Los requisitos de un acto jurídico unilateral son:

- (a) Que la parte este haciendo el acto tendiente a estar legalmente sometido o para lograr los pertinentes efectos jurídicos;
- (b) Que hay certeza plena en el acto, y
- (c) Que la notificación del acto llega a la persona a quien va dirigida o, si el acto se dirige al público, el acto se hizo público mediante anuncios públicos, aviso público o de otra manera.

II. - 4:302: ¿Cómo se determina la intención?

La intención de la parte es estar legalmente obligado, o para lograr efectos legales relevantes se determina a partir de las declaraciones de la parte o de la conducta, ya que es razonablemente entendida por la persona a quien va dirigido el acto.

II. - 4:303: El derecho o el beneficio puede ser rechazado

Cuando un acto jurídico unilateral confiere un derecho o beneficio a la persona a la que se dirige, esa persona puede rechazarlo mediante notificación a quien produce el acto, siempre que se realice sin demora y antes de que el derecho o beneficio haya sido expresa o

tácitamente aceptado. El rechazo, al derecho o beneficio se trata como si nunca se hubieran devengado.

Capítulo 5:
Derecho de Retiro

Sección 1:
Ejercicio y Efecto

II. - 5:101: *Ámbito de Aplicación y Carácter Obligatorio*

(1) Las disposiciones de esta Sección se aplican en virtud de cualquier regla contenida en los Libros II IV una de las partes tiene derecho a retirarse de un contrato dentro de un determinado período.

(2) Las partes no podrán, en detrimento de la parte legitimada, excluir la aplicación de las reglas contenidas en este Capítulo o derogarlas o modificar sus efectos.

II. - 5:102: *Ejercicio del derecho a retirarse*

(1) El derecho a retiro se ejercita mediante una notificación a la otra parte. No hay necesidad de dar razones.

(2) Devolver el objeto del contrato se considerará un aviso de que se va a retirar a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

II. - 5:103: *Periodo de Retiro*

(1) El derecho a retirarse puede ser ejercido en cualquier momento después de la celebración del contrato y antes de que finalice el período de retiro.

(2) El periodo de retiro termina catorce días después del último de los siguientes tiempos:

(a) Del momento de la celebración del contrato;

(b) Del momento en que la parte con derecho recibe a la otra parte la adecuada información sobre el derecho de retirarse, o

(c) Si el asunto objeto del contrato es la entrega de bienes, al momento en que se recibe la mercancía.

(3) El periodo de retiro termina a más tardar un año después del momento de celebración del contrato.

(4) Un aviso de retiro está a tiempo si se envía antes de que finalice el periodo de retiro.

II. - 5:104: Información adecuada sobre el derecho a retirarse

La información adecuada sobre el derecho de retirarse requiere que ese derecho es adecuadamente puesto en conocimiento del de las partes, y que esa información se proporciona, en forma textual en un soporte duradero y de forma clara y en un lenguaje comprensible, la información acerca de cómo el derecho puede ser ejercido, el tiempo de espera, y el nombre y la dirección de la persona a la que el retiro debe ser comunicado.

II. - 5:105: Efectos del retiro

(1) El retiro termina la relación contractual y las obligaciones de ambas partes en el contrato.

(2) Los efectos de restitución de dicha terminación se rigen por las reglas contenidas en el Libro III, Capítulo 3, Sección 5, Sub-sección 4 (restitución), modificado en el presente artículo, a menos que el contrato disponga otra cosa en favor de la parte que se retira.

(3) Cuando la parte retirada ha realizado un pago en virtud del contrato, la empresa tiene la obligación de devolver el pago sin indebida demora y, en todo caso no después de treinta días después de que el retiro se haga efectivo.

(4) La parte que se retire no está obligado a pagar:

(a) Por cualquier disminución en el valor de lo recibido en el contrato causado por las inspecciones y pruebas;

(b) Por la destrucción o pérdida de, o el daño a, de cualquier cosa recibida en virtud del contrato, siempre que la parte que retira razonablemente tenga el debido cuidado para evitar la destrucción, pérdida o daño.

(5) La Parte que se retira se hace responsable de cualquier disminución en el valor causado por el uso normal, a menos que la parte no haya recibido una notificación adecuada del derecho de retirarse.

(6) Salvo lo dispuesto en el presente artículo, la Parte que se retira, no incurre en cualquier responsabilidad a través del ejercicio del derecho de retiro.

(7) Si el consumidor ejerce su derecho a retirarse de un contrato después que una empresa ha hecho uso del derecho contractual de entregar algo de calidad y precio equivalentes en el caso de lo que se le ordenó no está disponible, la empresa debe asumir el costo de devolver lo que el consumidor ha recibido en virtud del contrato.

II. - 5:106: Contratos Vinculados

(1) Si el consumidor ejerce su derecho de retiro de un contrato del suministro de productos, bienes o servicios por una empresa, los efectos del retiro se extiende a todos los contratos vinculados.

(2) Cuando un contrato es parcial o exclusivamente financiado por un contrato de crédito, ellos forman contratos vinculados, en particular:

(a) Si la empresa suministra productos, bienes o servicios financieros para el desempeño del consumidor;

(b) Si un tercero que financia el desempeño de los consumidores utiliza los servicios de la empresa para la preparación o la celebración del contrato de crédito;

(c) Si el contrato de crédito se refiere a determinados productos, bienes o servicios que se financiarán con este crédito, y si esta relación entre ambos contratos fue sugerido por el proveedor de los productos, bienes o servicios, o por el proveedor de crédito, o

(d) Si existe un vínculo económico similar.

(3) Las disposiciones del II. - 5:105 (Efectos del retiro) se aplican acorde al contrato vinculado.

(4) El párrafo (1) no se aplica a los contratos de crédito de financiación de los contratos mencionados en el párrafo (2) (f) del siguiente artículo.

Sección 2:

Derechos Particulares del retiro

II. - 5:201: Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales

(1) El consumidor tiene derecho a desistir de un contrato en virtud del cual una empresa suministra productos, bienes o servicios, incluyendo los servicios financieros, al consumidor,

o se concede una garantía personal por el consumidor, Si la oferta o aceptación del consumidor se expresa fuera de los locales comerciales.

(2) El párrafo (1) no se aplica a:

(a) Los contratos celebrados por medio de una máquina expendedora o locales comerciales automatizados;

(b) Los contratos celebrados con los operadores de telecomunicaciones a través del uso de teléfonos públicos de pago;

(c) Un contrato para la construcción y venta de bienes inmuebles o en relación con otros derechos de propiedad inmueble, con excepción del arriendo;

(d) Un contrato para el suministro de alimentos, bebidas u otros bienes destinados al consumo corriente suministrados al hogar, lugar de residencia o lugar de trabajo del consumidor, o de visitas regulares;

(e) Los contratos celebrados por los medios de comunicación a distancia, pero fuera de un sistema organizado de venta o sistema de prestación de servicios por un proveedor;

(f) Un contrato para el suministro de productos, bienes o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones de los mercados financieros fuera del control del proveedor, que puedan ocurrir durante el período de retiro;

(g) El contrato celebrado en una subasta;

(h) Políticas de seguro de viaje y de equipaje o políticas de seguros similares a corto plazo de menos de un mes de duración.

(3) Si la empresa ha utilizado exclusivamente los medios de comunicación a distancia para concluir el contrato, el párrafo (1) tampoco se aplica si el contrato es de:

(a) Suministro de servicios de alojamiento, transporte, comidas o de esparcimiento, donde la empresa compromete, cuando se celebre el contrato, el prestar estos servicios en una fecha determinada o en un determinado período;

(b) La prestación de servicios distintos a los servicios financieros si el rendimiento se ha iniciado, a petición expresa y con conocimiento del consumidor, antes del final de dicho plazo, contemplada en el II. - 5:103 (Período de Retiro) del párrafo (1);

(c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por razón de su naturaleza, no puede ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;

(d) El suministro de grabaciones de audio o de vídeo o programas informáticos:

(I) Que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, o

(II) Que pueden ser descargados o reproducidos para su uso permanente, en caso de suministro por medios electrónicos;

(E) El suministro de diarios, periódicos y revistas;

(F) Los servicios de apuestas y loterías.

(4) En lo que respecta a los servicios financieros, el párrafo (1) tampoco se aplica a contratos que se han cumplido en su totalidad por ambas partes, a solicitud expresa por el consumidor, antes de que el consumidor ejerza su derecho de retiro.

II. - 5:202: Los contratos de tiempo compartido

(1) Un consumidor que adquiere un derecho de utilización de inmuebles en virtud de un contrato de tiempo compartido con una empresa tiene derecho a retirarse del contrato.

(2) Cuando el consumidor ejerza el derecho de retiro en el párrafo (1), el contrato puede requerir que el consumidor reembolsar los gastos que:

(a) Se ha incurrido como consecuencia de la celebración y rescisión del contrato;

(b) Corresponden a trámites legales que deben ser completados antes del final del período contemplado en el II.- 5:103 (período de retiro) párrafo (1);

(c) Son razonables y adecuados;

(d) Se mencionan expresamente en el contrato, y

(e) Están en conformidad con las normas aplicables en dichos gastos. El consumidor no está obligado a reembolsar los gastos en el ejercicio del derecho de retiro en la situación contemplada en el párrafo (1) de II. - 3:109 (Remedios por incumplimiento de los deberes de información).

(3) La empresa no debe exigir o aceptar cualquier pago por adelantado por el consumidor durante el período en el que éste podrá ejercer el derecho de retiro. El negocio está obligado a devolver cualquier pago recibido.

II. - 7:202: La inexactitud en la comunicación puede ser tratados como error

Una inexactitud en la expresión o la transmisión de una declaración se considera como un error de la persona que hizo o envió el comunicado.

Sección 3:

Infracción de los principios fundamentales o las disposiciones imperativas

II. - 7:301: Contratos que infringen los principios fundamentales

Un contrato es nulo en la medida en que:

(a) viola un principio reconocido como fundamental en las leyes de la Los Estados miembros de la Unión Europea, y

(b) La nulidad se requiere para poner en práctica este principio.

II. - 9:102: Algunas declaraciones pre-contractuales consideradas como cláusulas contractuales

(1) Una declaración hecha por una de las partes antes de que se celebre el contrato se considera como un término del contrato si la otra parte entendió razonablemente como se hizo en base a que formaría parte de la los términos del contrato si el contrato se celebra. Al evaluar si la otra parte era razonable en la comprensión de la declaración, de esa manera se tendrá en cuenta de:

(a) La aparente importancia de la declaración a la otra parte;

(b) Si la parte estaba haciendo la declaración en el curso de los negocios; y

(c) La relativa experiencia de las partes.

(2) Si una de las partes de un contrato es una empresa y antes de que el contrato sea celebrado se hace una declaración, ya sea para la otra parte o al público, sobre las características específicas de lo que debe suministrar esta empresa en el contrato, la declaración se considera como un término del contrato a menos que:

(a) La otra parte era consciente de la celebración del contrato, o razonablemente se puede esperar que sean más conscientes, que la declaración era incorrecta o de lo contrario no podría ser invocado como término, o

(b) La decisión de la otra parte de la celebración del contrato no fue influenciado por la declaración.

(3) A los efectos del párrafo (2), una declaración hecha por una persona que se dedique a la publicidad o del comercio en nombre de la empresa estos actos se tratan como realizados por la empresa.

(4) Cuando la otra parte es un consumidor entonces, a los efectos del párrafo (2), una declaración pública hecha por o en nombre de un productor o otra persona en los vínculos anteriores de la cadena de negocios entre el productor y el consumidor es tratado como realizados por la empresa a menos que la empresa, en el momento de la celebración del contrato, no lo sabía y no podía esperarse razonablemente que han sabido de él.

(5) En los casos contemplados en el párrafo (4) un negocio que en el momento de la celebración del contrato no lo sabía y no podía razonablemente saberlo, se espera que de haber sabido que la declaración era incorrecta tiene un derecho a ser indemnizado por la persona que hace la declaración de cualquier responsabilidad incurrida como resultado de ese párrafo.

(6) En las relaciones entre una empresa y un consumidor, las partes no pueden, a en detrimento del consumidor, excluye la aplicación del presente artículo o no aplicar o modificar sus efectos.

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS¹³

Partes I y II

Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos

Presidente: Profesor Ole Lando.

Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. La versión inglesa de los principios es la versión original.

* N. previa del T: El texto de la traducción ha sido revisado por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Sus apreciaciones y los matices aportados han enriquecido sin duda alguna el texto que aquí se publica y es obligado agradecerle el minucioso trabajo que ha llevado a cabo a tal efecto.

¹³ N. del T.: La traducción del título plantea la conveniencia de referirse al Derecho europeo de contratos o al Derecho europeo de los contratos. La versión francesa de estos principios, en la edición de LAMBERTERIE, ROUHETTE, TALLON, *Les principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, París 1997, utiliza en el título el singular para traducir el término „contract law“, pero al mismo tiempo en el artículo 1:101(1), para la misma expresión „contract law“, opta por la variante en plural „droit des contrats“ (p. 33 op. cit.). En castellano, la traducción en singular „Derecho europeo del contrato“ no parece responder a la expresión habitualmente utilizada por la doctrina española para referirse a esta materia. La expresión más frecuente es la de „Derecho de contratos“, paralelamente al „Derecho de obligaciones“ (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 40 y 136). Este autor utiliza y destaca al mismo tiempo el concepto del „Derecho de la contratación“ (p. 137 últ. op. cit.) y su importante significación en el ámbito de la protección de los consumidores. Puesto que entendemos que el „Derecho de la contratación“ en el sentido mencionado por Díez Picazo debe quedar perfectamente cubierto por los principios de cuya traducción nos ocupamos y que el tenor de los mismos sugiere la voluntad de que se apliquen a todo tipo de contratos en el ámbito del Derecho privado, nos hemos permitido la alternativa por la determinación en plural „Derecho europeo de los contratos“.

Capítulo I

Disposiciones generales

Sección 1: Ámbito y objeto de los principios

Artículo 1:101: Aplicación de los principios

(1) Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea.

(2) Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.

(3) También podrán aplicarse cuando las partes:

(a) Hayan convenido que su contrato se rija por los „principios generales del derecho“, la „lex mercatoria“ o hayan utilizado expresiones similares.

(b) No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato.

(4) Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable.

Artículo 1:102: Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe¹⁴ y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

¹⁴ N. del T.: Los principios, en la versión inglesa, se refieren siempre a „good faith and fair dealing“. El sentido del „fair dealing“, como transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos,... no creemos que tenga un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano. Por eso, al traducir, nos hemos permitido limitar la expresión a la idea de la buena fe contractual o a „las exigencias de la buena fe“, en paralelo al art. 1.7 CC español. La nota vale para todos aquellos artículos en que se menciona la buena fe.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Artículo 1:103: Normas imperativas

(1) Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional.

(2) No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.

Artículo 1:104: Cuestiones de consentimiento en la aplicación de los principios

(1) La existencia y validez del acuerdo de las partes para adoptar o incorporar los presentes principios se determinará conforme a los mismos.

(2) No obstante, cualquiera de los contratantes podrá basarse en el derecho del país en el que posea su residencia habitual, para demostrar que no prestó su consentimiento para aplicar los principios, si de acuerdo con las circunstancias no resultara lógico que se determinen las consecuencias de su comportamiento conforme a los mismos.

Artículo 1:105: Usos y prácticas

(1) Las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas.

(2) Quedan asimismo sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable.

Artículo 1:106: Interpretación e integración

(1) Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.

(2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios

Los presentes principios se aplican, con las oportunas modificaciones, a los acuerdos de modificación o de extinción de un contrato, a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención.

Sección 2: Deberes generales

Artículo 1:201: Buena fe contractual

(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 1:202: Deber de colaboración

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

Sección 3: Terminología y otras disposiciones

Artículo 1:301: Definiciones

En los presentes principios y salvo que el contexto requiera otra cosa:

- (1) El término „acción“ incluye también omisión.
- (2) El término „tribunal“ incluye los tribunales arbitrales.
- (3) El concepto de una acción „intencional“ incluye también un acto gravemente negligente¹⁵.
- (4) El término „incumplimiento“ denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos.
- (5) Un elemento o cuestión será „sustancial“ cuando cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación que las partes, debiera entender que iba a influir en el otro contratante en su decisión de aceptar las condiciones propuestas o de celebrar el contrato en sí¹⁶.
- (6) Las declaraciones por „escrito“ incluyen las comunicaciones hechas por telegrama, télex, fax y correo electrónico, así como cualquier otro medio de comunicación que permita la grabación y lectura de su contenido a ambas partes contratantes.

Artículo 1:302: Definición de lo razonable

¹⁵ N. del T.: Los principios hacen una clara distinción entre lo intencional y lo meramente negligente. Al respecto, puede verse LANDO, BEALE, *Principles*, cit., p. 122. También debemos hacer una mención al término „gravemente negligente“ que hemos utilizado. El texto original dispone: „an ‘intentional’ act includes an act done *recklessly*“. Se trata de un concepto de difícil traducción en el ámbito civil. Como indican LANDO, BEALE, *op. cit.*, p. 125 nota 3, la idea que subyace en el texto es que el autor de la acción asume una especie de dolo eventual sobre las consecuencias de su comportamiento; como los principios equiparan en general la negligencia grave a la conducta „*reckless*“ y dado que en castellano el dolo eventual es un concepto utilizado, sobre todo, en el ámbito penal, hemos optado por la expresión „acto gravemente intencional“.

¹⁶ N. del T.: El texto inglés utiliza el adjetivo „*material*“; la versión francesa ha optado por la expresión „*substantielle*“. Al respecto, y sobre los matices que una y otra expresión comportan en ambas lenguas, ver LANDO, BEALE, cit., p. 124, apartado E, final y p. 125, nota 5.

Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Artículo 1:303: Comunicaciones¹⁷

(1) Una comunicación puede hacerse de cualquier forma adecuada a las circunstancias, ya sea por escrito o por cualquier otro medio.

(2) A salvo los casos previstos en los apartados (4) y (5), una comunicación surte efecto cuando llega a su destinatario.

(3) Una comunicación llega a su destinatario cuando se le entrega, cuando se entrega en su establecimiento o en su dirección postal o, en caso de no tener establecimiento ni dirección postal, cuando se entrega en el lugar de su residencia habitual.

(4) Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de ésta última o ante un probable incumplimiento de la misma, no deja de surtir efecto aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando no llegara a su destino. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino.

(5) Una comunicación no surte efecto alguno si su destinatario hubiera recibido previamente o al mismo tiempo una revocación de la misma.

(6) En el presente artículo el término „comunicación“ incluye promesas, declaraciones, ofertas, aceptaciones, demandas, solicitudes o cualquier otro contenido.

Artículo 1:304: Cómputo de los plazos

¹⁷ N. del T.: „Comunicar“ en el sentido de „descubrir, manifestar o hacer saber a alguien alguna cosa“ (2ª acepción diccionario R.A.E). El texto original inglés se refiere a „notice“. Aunque el término „notificación“ resultaría más natural en el lenguaje jurídico e incluso en el lenguaje corriente, hemos optado por la expresión „comunicación“, porque la notificación sugiere la existencia de un documento en el que se hace constar la información, y los principios parten de la idea de que la „notice“ puede hacerse por escrito o por cualquier otro medio (art. 1:303 (1)).

- (1) Cuando una parte fije un plazo en un documento escrito para que su destinatario responda o lleve a cabo alguna cosa, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha señalada como fecha de emisión del documento. Si tal fecha no constara, el plazo empezará a contar en el momento en que el documento haya llegado a su destinatario.
- (2) Los días festivos y los no laborables transcurridos en dicho período se incluyen en el cómputo. Sin embargo, si el plazo termina en un día festivo o no laborable en el lugar de la dirección del destinatario o en el lugar en que deba cumplirse un determinado acto obligatorio, dicho plazo se prorroga hasta el siguiente día laborable en dicho lugar.
- (3) Cuando los plazos se expresan en días, semanas, meses o años, se empiezan a contar a las cero horas del día siguiente y terminan a las veinticuatro horas del último día del plazo; pero cuando la parte que fijó el plazo deba recibir una respuesta o cuando deba llevarse a cabo cualquier otro acto, deberá respetarse la hora habitual del cierre del negocio del último día del plazo en el lugar correspondiente.

Artículo 1:305: Imputabilidad e intención

Cuando un tercero que interviene en la celebración de un contrato con el acuerdo de una de las partes, que recibe de la parte el encargo de cumplir las obligaciones derivadas del contrato o que cumple con el consentimiento de dicha parte,

- (a) tiene conocimiento o prevé un hecho o debería haberlo conocido o previsto,
- (b) o ha actuado de manera intencional o gravemente negligente o no conforme a las exigencias de la buena fe,

tal conocimiento, previsibilidad o comportamiento se imputará a la citada parte.

Capítulo 2

Formación

Sección 1: Disposiciones generales

Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato

- (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando

- (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y
 - (b) alcanzan un acuerdo suficiente.
- (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

Artículo 2:102: Intención

La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.

Artículo 2:103: Acuerdo suficiente

Un acuerdo se considera suficiente:

- (a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse.
 - (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.
- (2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto.

Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual

- (1) Los términos de un contrato que no hayan sido objeto de negociación individual sólo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión.
- (2) La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula, no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento.

Artículo 2:105: Cláusula de integridad (*Merger clause*)

(1) Si un contrato escrito contiene una cláusula negociada de manera individual que establece que en el texto constan todos los términos del contrato (cláusula de integridad), cualesquiera otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato.

(2) Una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, únicamente permite presumir que las partes pretendían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formaran parte del contrato. La presente regla no puede excluirse ni restringirse.

(3) Las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual.

(4) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito

(1) Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito.

(2) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar dicha cláusula si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable.

Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación

Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante.

Sección 2: Oferta y aceptación

Artículo 2:201: Oferta

- (1) Una propuesta equivale a una oferta cuando:
 - (a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y
 - (b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato.
- (2) La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público.
- (3) La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

Artículo 2:202: Revocación de la oferta

- (1) La oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) ó (3) del artículo 2:205.
- (2) Una oferta hecha al público puede revocarse por los mismos medios empleados para hacer dicha oferta.
- (3) Sin embargo, la revocación no surtirá efectos:
 - (a) si la oferta indica que es irrevocable,
 - (b) o fija un plazo determinado para su aceptación,
 - (c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta.

Artículo 2:203: Rechazo

Cuando el oferente recibe un rechazo de la oferta, ésta caduca.

Artículo 2:204: Aceptación

(1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación.

(2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos.

Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato

(1) Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente.

(2) En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta.

(3) Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto.

Artículo 2:206: Plazo de aceptación

(1) Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él.

(2) Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable.

(3) Cuando se acepta una oferta cumpliendo un acto conforme al artículo 2:205(3), dicho acto debe llevarse a cabo dentro del plazo fijado por el oferente para aceptar la oferta y, en defecto de plazo, en un plazo razonable.

Artículo 2:207: Aceptación tardía

(1) No obstante, una aceptación tardía valdrá como verdadera aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la admite como tal.

(2) Una carta u otro escrito que contenga una aceptación tardía y que demuestre que se envió en tales circunstancias que, de haber sido normalmente remitido, hubiera llegado a tiempo al oferente, surtirá efectos como verdadera aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe al destinatario que considera que su oferta ha caducado.

Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones

(1) Toda respuesta del destinatario que estipule o implique nuevos o diferentes términos que alteren de manera esencial los términos de la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una nueva oferta.

(2) Una respuesta clara de aceptación de la oferta, aun cuando estipule o implique nuevos o diferentes términos, se entenderá como verdadera aceptación en tanto esas modificaciones no alteren de manera esencial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato.

(3) No obstante, una respuesta de este tipo se considera un rechazo a la oferta si:

(a) La oferta limita expresamente la aceptación a los términos previstos en ella.

(b) El oferente se opone sin demora a los nuevos términos o a los términos modificados.

(c) O si el destinatario condiciona su aceptación al hecho de que el oferente acepte los nuevos términos o los términos modificados y el acuerdo del oferente no llegara al destinatario en un plazo razonable.

Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales

(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato existe aun cuando la oferta y la aceptación se remitan a condiciones generales incompatibles. Las condiciones generales formarán parte del contrato en la medida en que coincida su contenido esencial.

(2) Sin embargo, no habrá contrato si alguna de las partes:

(a) hubiera indicado previamente, de manera explícita, y no por medio de las condiciones generales, que no se considerará obligada por un contrato basado en el apartado (1); o

(b) informa a la otra parte, sin demora, que no se considera obligada por tal contrato.

(3) Las condiciones generales del contrato son cláusulas que han sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes.

Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional

En el caso de un contrato celebrado entre profesionales que no se plasme en un documento final, si una de las partes envía a la otra sin demora y a modo de confirmación del contrato un escrito conteniendo nuevos o diferentes términos, éstos pasarán a formar parte del contrato salvo que:

(a) tales términos alteren de manera esencial el contenido del contrato, o

(b) el destinatario se oponga a ellos sin demora.

Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación

Las reglas de la presente sección se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, incluso cuando el proceso de conclusión del contrato no pudiera analizarse en términos de oferta y aceptación.

Sección 3: Responsabilidad en las negociaciones

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad

Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

TÍTULO I

DISPOSICIONES PRELIMINARES¹⁸

Art. 1.

Definición

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte.

2. Salvo lo dispuesto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos,¹⁹ siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe.

Art. 2.

Autonomía contractual

¹⁸ Traducción debida a Gabriel GARCÍA CANTERO, Catedrático de Derecho Civil, Emérito de la Universidad de Zaragoza.

¹⁹ El texto francés dice: *à travers des actes concluants actifs ou omissifs*, si bien se prefiere una traducción no literal por elegancia del lenguaje (la expresión *actos activos* resulta dura al oído).

1. Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero.

2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, mediante la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos.

Art. 3.

Reglas generales y particulares aplicables a los contratos

1. Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen.

Art. 4.

Reglas aplicables a los actos unilaterales

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter imperativo en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse, en tanto sean compatibles, a los actos unilaterales realizados con vistas a la estipulación de un contrato, o en el desarrollo de la relación que de aquél deriva, aunque tengan por finalidad provocar su extinción o invalidación.

Art. 5.

Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipada y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de entender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al art. 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

a) El acuerdo de las partes;

b) el contenido.

4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código.

TÍTULO II

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sección 1

Tratos precontractuales^{20 21}

²⁰ La traducción de esta sección se debe a Gabriel GARCÍA CANTERO.

²¹ Se respeta la traducción literal del texto francés tractations precontractuelles, aunque en la doctrina española se utiliza habitualmente la de tratos preliminares, expresión que, sin embargo, se empleará habitualmente en la traducción de los preceptos sucesivos.

Art. 6.

Deber de protección

1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Art. 7.

Deber de información

1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.

2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá

frente a la otra en la medida prevista en el art. 6º, apartado 4º. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error.

Art. 8.

Deber de reserva

1. Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares.

2. La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento.

Art. 9.

Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil

1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor, fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a este último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el art. 159.

2. En el presente Código se entiende por consumidor la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales.

3. La falta de la comunicación prevista en el apartado 1º de este artículo producirá las consecuencias previstas en el art. 159, a cargo del comerciante y a favor del consumidor.

Art. 10.

Tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental

1. Salvo pacto en contrario, en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración de contratos internacionales o intercontinentales, las partes estarán obligadas a respetar los usos generalmente en vigor para contratos del mismo tipo y en el mismo sector comercial, respecto de los cuales aquéllas conocen o deben conocer.

2. La parte que incumpla los deberes mencionados en el primer apartado de este artículo, responderá frente a la otra, tal como se prevé en los artículos precedentes y en la medida en que le sean aplicables.

Sección 2²²

Celebración del contrato

Art. 11.

Oferta verbal y su aceptación

1. La oferta verbal para celebrar un contrato, incluso si está acompañada de un documento proporcionado a la otra parte en su presencia, debe ser aceptada inmediatamente, salvo cuando resulte lo contrario de los tratos preliminares o de las circunstancias.

2. Si la oferta puede ser aceptada inmediatamente o si es hecha por teléfono, el contrato se considera perfeccionado en el momento y lugar en el que oferente ha conocido o debía haber conocido la aceptación.

²² Esta sección 2, arts. 11 a 24, la ha traducido Carlos LALANA DEL CASTILLO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Art. 12.

Oferta escrita y su aceptación

1. Cuando una de las partes envía a la otra por cualquier medio la oferta escrita para celebrar un contrato, se considera perfeccionado en el momento y en lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la aceptación.

2. Si la oferta se dirige a varios sujetos determinados, el contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta conoce o debía haber conocido la aceptación por parte de uno cualquiera de ellos, salvo si se ha precisado en la oferta o si se puede deducir de la misma o de las circunstancias que dicha oferta se extingue si no es aceptada por todos los destinatarios o por un cierto número de ellos. En el segundo caso, el contrato se perfecciona en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la última aceptación.

Art. 13.

Oferta e invitación a ofertar

1 Una declaración dirigida a la celebración de un contrato tiene valor de oferta si contiene todos los requisitos del contrato a realizar o las indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, de manera que pueda ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse como obligado en caso de aceptación.

2. Una declaración que no responda a las condiciones del apartado anterior o que, dirigida a personas indeterminadas, presente el carácter de mensaje publicitario, no constituye una oferta y no es susceptible por tanto de ser aceptada. Constituye una invitación para ofertar, salvo si formula una promesa a favor de quien cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en este caso constituye una promesa pública para los fines y efectos previstos en el art. 23.

Art. 14.

Eficacia de la oferta

1. La oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor incluso si éste ha declarado por escrito que es irrevocable o que debe ser tenida como tal en virtud del art. 17.

2. La oferta es eficaz mientras no sea revocada, rechazada o se extinga.

Art. 15.

Revocación, rechazo o extinción de la oferta

1. La oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación.

2. La oferta, incluso si es irrevocable, queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario, aunque estuviera unida a una nueva oferta.

3. Salvo lo dispuesto en los arts. 11 apartado 1 y 16 apartado 5, una oferta, incluso si es irrevocable, pierde su eficacia por extinción:

a) Cuando expira el plazo establecido para la aceptación, si ésta última no tiene lugar según las modalidades y las formas fijadas en la oferta o previstas por la ley o la costumbre;

b) Cuando no se haya indicado plazo, tras el transcurso de un cierto periodo que se pueda considerar como razonable, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto o la costumbre, así como la rapidez de los medios de comunicación a los que se ha recurrido.

4. El retraso con el que la oferta llegue al destinatario si es imputable al oferente, prorroga razonablemente el plazo, a cuyo término se produce la extinción.

Art. 16.

Aceptación

1. La aceptación está constituida por una declaración o un comportamiento que expresan claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta.

2. La aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma.

3. El silencio y la pasividad solamente equivalen a la aceptación:

a) Cuando así ha sido previsto por las partes, o puede deducirse de la existencia de relaciones que hayan mantenido entre sí, de las circunstancias o de la costumbre;

b) Cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor.

4. En el caso previsto en la letra b del apartado precedente, el destinatario puede rehusar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del asunto o por la costumbre. En ausencia de tal rechazo, el contrato se perfecciona.

5. El autor de la oferta, si da su confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar perfeccionado el contrato aunque haya tenido conocimiento de su aceptación en una fecha posterior al plazo previsto por el art. 15 apartado 3, o aunque la aceptación no haya sido conforme a la forma y modalidades previstas en la oferta.

6. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a su rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo previsto en el apartado siguiente.

7. Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no modifican substancialmente la oferta por referirse a aspectos marginales del negocio, y el autor de la oferta no comunica rápidamente su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera perfeccionado conforme a la aceptación.

8. La aceptación puede retirarse, siempre que la correspondiente declaración llegue al autor de la oferta antes o al mismo tiempo que la propia aceptación.

Art. 17.

Oferta irrevocable

1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se obliga expresamente a mantenerla durante un cierto periodo de tiempo, o si, sobre la base de negocios precedentes realizados entre las partes, de tratos preliminares, del contenido de cláusulas o de la costumbre, se puede razonablemente reputar como tal. Salvo lo previsto en el artículo 14 apartado 1, la declaración de la revocación de una oferta irrevocable no tiene efecto.

2. Lo mismo sucede si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes.

Art. 18.

Muerte o incapacidad

En caso de muerte o incapacidad del oferente o del destinatario, la oferta o la aceptación no pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o por las circunstancias.

Art. 19.

Adhesión de otras partes al contrato

Cuando otras partes pueden adherirse a un contrato y las modalidades de adhesión no están determinadas, deberán dirigirse al órgano que haya sido constituido para el cumplimiento del contrato o, en defecto de éste, a todos los contratantes originarios.

Art. 20.

Actos unilaterales

Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que puedan derivarse de la ley, de la costumbre o de la buena fe, a partir del momento en que lleguen a conocimiento de la persona a la que están destinados e, incluso si su emitente los ha declarado irrevocables, pueden retirarse hasta ese momento.

Art. 21.

Presunción de conocimiento

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, se reputan conocidos por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido.

2. El destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento.

Art. 22.

Oferta pública

1. La oferta pública equivale a una oferta, si reúne los requisitos esenciales del contrato a cuya celebración se dirige, salvo cuando resulte lo contrario de las circunstancias o de la costumbre.

2. La revocación de la oferta pública, si está hecha bajo la misma forma que la oferta o en una forma equivalente, es eficaz incluso frente a quien no la ha conocido.

Art. 23.

Promesa pública

1. La promesa pública, prevista en el art. 13 apartado 2, vincula a quien la ha hecho desde que se hace pública y se extingue con la expiración del plazo allí indicado o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad, o a partir de un año tras su emisión cuando la situación que preveía no ha sucedido.

2. La promesa pública puede revocarse antes del vencimiento de los plazos mencionados en el artículo precedente en la misma forma que la promesa, pero en tal caso quien la revoca debe pagar una indemnización a quienes han sido inducidos de buena fe por esta misma promesa a efectuar gastos, a menos que pruebe que el resultado esperado no habría sido obtenido.

Art. 24.

Actos concluyentes

Salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980.

PREAMBULO Los Estados Partes en la presente Convención, Teniendo en cuenta los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados, Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional, Han convenido en lo siguiente:

PARTE I. AMBITO DE APLICACION Y DISPOSICIONES GENERALES **CAPITULO I. AMBITO DE APLICACION**

Artículo 11) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2 La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad.

Artículo 3 1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. 2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. **Artículo 4** La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. **Artículo 5** La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías. **Artículo 6** Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

CAPITULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. **Artículo 8** 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. **Artículo 9** 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. **Artículo 10** A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual. **Artículo 11** El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por

testigos. **Artículo 12** No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos. **Artículo 13** A los efectos de la presente Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex.

PARTE II. FORMACION DEL CONTRATO

Artículo 14 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. **Artículo 15** 1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. 2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. **Artículo 16** 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta. **Artículo 17** La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente. **Artículo 18** 1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación. 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente. **Artículo 19** 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3) Se considerará que los elementos

adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta. **Artículo 20** 1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario. 2) Las días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. **Artículo 21** 1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido. 2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido. **Artículo 22** La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento. **Artículo 23** El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención. **Artículo 24** A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III. COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES **Artículo 25** El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. **Artículo 26** La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte. **Artículo 27** Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación. **Artículo 28** Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención. **Artículo 29** 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará

vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

PRINCIPIOS AQUIS

Principios del Derecho comunitario de contratos

Capítulo 1: Disposiciones generales

Sección 1: Ámbito de aplicación

Artículo 1: 101: Ámbito de aplicación y finalidad de los principios

(1) Los siguientes principios y reglas se formulan sobre la base de la legislación comunitaria europea vigente en el ámbito de los contratos.

(2) Estos principios y normas sirven como fuente para la elaboración, aplicación e interpretación del derecho de la Comunidad Europea.

(3) No están destinados a ser aplicados en el área del derecho laboral, societario, de familia o de sucesiones.

Sección 2: Consumidor y comerciante.

Artículo 1: 201: Consumidor

Por consumidor se entiende la persona natural que actúa principalmente por razones ajenas a su actividad profesional.

Artículo 1: 202: Comerciante

Por comerciante se entiende cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que actúa por razones relacionadas con su actividad empresarial, laboral o profesional, incluso si esa actividad no se realiza con fines de lucro.

Artículo 1: 203: Carácter imperativo de las normas del derecho de los consumidores²³

(1) Salvo disposición en contrario, los términos contractuales que conlleven perjuicio al consumidor, y deroguen las normas específicamente aplicables a las relaciones entre

²³ Este artículo aún no ha sido adoptado por la sesión plenaria del grupo Acquis.

consumidores y comerciantes, no son eficaces contra el consumidor. Esta regla no se aplica a los contratos celebrados para resolver una litis ya planteada.

(2) El párrafo (1) será aplicable, mutatis mutandis, a las promesas unilaterales.

Sección 3: Comunicación y forma

Artículo 1: 301: Medios de comunicación

Las comunicaciones pueden realizarse por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

Artículo 1: 302: Comunicación electrónica

Una comunicación transmitida por vía electrónica es recibida por el destinatario cuando éste tiene la capacidad de acceder a ella. Esta norma es obligatoria en virtud del art. 1: 203 en las relaciones entre comerciantes y consumidores.

Artículo 1: 303: Libertad de forma

Salvo disposición en contrario, las operaciones jurídicas no están sujetas a requisitos de forma.

Artículo 1: 304: Formato de texto

Por "formato de texto" se entiende un texto redactado en caracteres alfabéticos o cualquier otra forma inteligible sobre cualquier soporte que se pueda leer, la información contenida se pueda archivar, y se pueda reproducir en forma tangible.

Artículo 1: 305: Soporte duradero

Por «soporte duradero» se entiende cualquier instrumento que permita al destinatario conservar la información y reproducirla de manera idéntica con el fin de que sea accesible para su uso futuro durante un período de tiempo adecuado a los fines de la información.

Artículo 1: 306: Por escrito

Una declaración en forma de texto entregada en un soporte duradero, se considerará hecha "por escrito" si el texto está conservado en el soporte de manera permanente y en caracteres que se puedan leer directamente.

Artículo 1: 307: Firmas

- (1) Por "firma autógrafa" se entiende el nombre o signo que representa a una persona, realizado personalmente por esa persona con propósitos de autenticación.
- (2) Por "firma electrónica" se entienden los datos en forma electrónica, vinculados o conexos a través de una asociación lógica a otros datos y que sirven como medio de autenticación;
- (3) Por "electrónica" se entiende lo que es relevante a la tecnología electrónica, digital, magnética, inalámbrica, óptica, electromagnética, o con características similares.
- (4) Por "firma electrónica avanzada" se entiende la firma electrónica que cumpla con los siguientes requisitos:
 - a) estar conectada exclusivamente al firmante;
 - b) ser idónea para identificar al firmante;
 - c) ser creada utilizando medios que el firmante pueda mantener bajo su control exclusivo;
 - d) estar vinculada a los datos a los que se refiere para permitir la identificación de cualquier cambio ulterior de esos datos.

Capítulo 2: Obligaciones precontractuales

Sección 1: Obligaciones generales

Artículo 2: 101: Buena fe

En la relación precontractual, las partes deben actuar de buena fe.

Artículo 2: 102: Legítimas expectativas

En las relaciones precontractuales, el comerciante debe actuar con la competencia habilidad y diligencia que pueda esperarse razonablemente, teniendo en cuenta, en particular, las legítimas expectativas de los consumidores.

Artículo 2: 103: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) Cada parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo.
(2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo, o interrumpido las negociaciones de una manera contraria a la buena fe, es responsable del daño sufrido por la contraparte.
(3) Una parte actúa de manera contraria a la buena fe, en particular, si inicia o continúa unas negociaciones sin ninguna intención real de llegar a un acuerdo.

Sección 2: Obligaciones precontractuales de información

Artículo 2: 201: Obligaciones de información relativa a los bienes o servicios

Antes de celebrar un contrato, las partes deberán notificar a la otra la información que sea razonablemente relevante a la luz de los requisitos de calidad y rendimiento que se consideren normales en esas circunstancias, relativa a los bienes o servicios a proporcionar.

Artículo 2: 202: Obligaciones de información frente a los consumidores

(1) Además de lo dispuesto en el art. 2: 201, el comerciante que vende bienes o presta servicios para el consumidor debe, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y las limitaciones del medio de comunicación empleado, comunicar cualquier información relevante que necesite el consumidor promedio en circunstancias semejantes para tomar una decisión informada sobre la celebración del contrato.

(2) El comerciante que efectúe una comunicación comercial dirigida a promover la adquisición de bienes o la prestación de servicios para el consumo, debe proporcionar al consumidor la siguiente información, si es que ésta no resulta ya evidente del contexto de la comunicación comercial:

-Las características principales del producto o servicio; la dirección y la identidad del comerciante, el precio, incluidos todos los impuestos, los gastos de envío y otros costos y, en su caso, el derecho de desistimiento;

-La forma de pago, entrega, ejecución y gestión de las reclamaciones, si difieren de las obligaciones impuestas por la diligencia comerciante;

Artículo 2: 203: Obligaciones de información en relación con los consumidores en desventaja

(1) En la hipótesis de negociaciones que pongan al consumidor en una situación de manifiesta desventaja informativa en razón a los medios técnicos utilizados para contratar, la distancia

física entre el comerciante y el consumidor, o la naturaleza de la transacción, el comerciante debe, según lo que sea apropiado en las circunstancias, proporcionar información clara sobre las características principales de los bienes o servicios, el precio, incluyendo los gastos de envío, impuestos y otros costos, la dirección y la identidad del comerciante con quien el consumidor está tratando, las cláusulas del contrato, los derechos y obligaciones de las partes contratantes, y cualquier procedimiento destinado a indemnizar. Esta información debe ser proporcionada a más tardar en el momento de la celebración del contrato.

(2) Cuando se hayan previsto obligaciones más específicas de información, aplicables a situaciones particulares, éstas prevalecerán sobre las obligaciones generales de información previstas en el párrafo (1).

Artículo 2: 204: Obligaciones de información en el contexto de una comunicación en tiempo real

(1) Al iniciar una comunicación remota en tiempo real con un consumidor, el comerciante debe comunicar de forma explícita su identidad y el objetivo comercial del contacto.

(2) Los medios de comunicación a distancia en tiempo real incluyen el teléfono y medios electrónicos tales como el protocolo de voz vía Internet y el chat por Internet.

(3) La carga de la prueba de que el consumidor haya recibido la información según el sentido del párrafo (1) recae en el comerciante.

Artículo 2: 205: Celebración a través de medios electrónicos

(1) Si se celebra un contrato a través de medios electrónicos, el comerciante debe, antes de que la otra parte formule una oferta o una aceptación, poner a su disposición los términos del contrato, que deben estar disponibles en formato de texto. Esta disposición es obligatoria.

(2) Si se celebra un contrato por medios electrónicos, sin comunicación individual, el comerciante debe informar a la otra parte, antes de que ésta formule una oferta o aceptación, acerca de:

(a) las diferentes fases técnicas de la celebración del contrato;

(b) si el contrato celebrado será archivado por el comerciante y cómo se podrá acceder a él;

(c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de inserción de los datos antes de enviar la orden;

(d) los idiomas a disposición para la celebración del contrato;

Este párrafo es obligatorio, según el artículo 1: 203, en las relaciones entre comerciantes y consumidores.

Artículo 2: 206: Claridad y forma de la información

(1) La obligación de informar impuesta al comerciante no se cumple a menos que la información sea clara y precisa, y se exprese en un lenguaje sencillo y comprensible.

(2) En los contratos a distancia entre un comerciante y un consumidor se debe confirmar por escrito, en el momento de la celebración del contrato, la información sobre las características principales de los bienes o servicios, el precio, incluyendo los gastos de envío, impuestos y otros gastos, la dirección y la identidad del comerciante con quien trata el consumidor, las cláusulas del contrato, los derechos y obligaciones de las partes contratantes, y cualquier procedimiento destinado a indemnizar.

(3) Si en casos particulares se prescribieran requisitos formales más específicos con respecto a la información, éstos prevalecen sobre los requisitos establecidos en los párrafos (1) y (2). A

menos que se especifique lo contrario, lo escrito puede ser sustituido por otro formato de texto en un soporte duradero, siempre que sea razonablemente accesible al destinatario.

(4) El no acatamiento de una forma particular, tendrá los mismos efectos de una violación a un deber de información.

Artículo 2: 207: Indemnizaciones por incumplimiento de las obligaciones de información

(1) Si el comerciante está obligado a proporcionar información según los términos del artículo 2:203 – 2:205 antes de la celebración del contrato del que el consumidor pueda desistir, el término para el desistimiento se inicia desde el momento en que se haya comunicado toda la información. Sin embargo, la norma no proroga el término final del desistimiento por más de un año desde el día de la celebración del contrato. Aunque no se haya firmado ningún contrato, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 2:201 a 2:206 concede a la otra parte el derecho al resarcimiento de los daños por haber confiado en la celebración del contrato. El Capítulo 8 se aplica *mutatis mutandis*.

(2) Si una parte no cumple las obligaciones que impone los artículos 2:201 – 2:206, y se celebra un contrato, esto vincula a las obligaciones que la otra parte podía esperar razonablemente como resultado de la información no comunicada o errónea. Las indemnizaciones previstas en el Capítulo 8 se aplican al incumplimiento de las mismas obligaciones.

Sección 3: Obligación de evitar errores de entrada de datos

Artículo 2: 301: Corrección de errores de entrada de datos

(1) El comerciante que ofrece la posibilidad de celebrar contratos por medios electrónicos, sin comunicación individual, debe poner a disposición de la otra parte medios técnicos eficaces y accesibles, tales que le permitan a ésta última identificar y corregir los errores de entrada de datos antes de formular o aceptar una oferta. Esta norma es obligatoria de acuerdo con el art. 1: 203 en las relaciones entre comerciantes y consumidores.

(2) El art. 2:207 se aplica *mutatis mutandis*.

Capítulo 3: Prohibición de discriminación

Sección 1: Normas generales y definiciones

Artículo 3:101: Principio de no discriminación en Derecho contractual

Se prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico.

Artículo 3:102: Discriminación

(1) Por discriminación se entiende:

1. una situación en la que una persona es tratada de manera menos favorable de cómo se trata, haya sido tratada o pudiera ser tratada otra persona en una situación similar;

2. una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros, colocarían en una posición de especial desventaja a las personas que muestren unas características particulares en relación con otras personas.

(2) Por "discriminación" también se entiende:

1. cualquier conducta indeseable que atente contra la dignidad de una persona y cree un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, o tenga dicha finalidad (acoso); o
 2. cualquier forma de conducta indeseable de connotación sexual, expresada en forma física, verbal o no verbal, que atente contra la dignidad de una persona, o que tenga dicha finalidad, en particular mediante la creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (acoso sexual)
- (3) Impartir instrucción de discriminar también constituye discriminación.

Artículo 3:103: Excepción

Un trato desigual que se justifique por una finalidad legítima, no constituye discriminación si los medios utilizados para lograr el objetivo son adecuados y necesarios.

Artículo 2: Indemnizaciones

Artículo 3: 201: Indemnizaciones

- (1) Toda persona que sufra discriminación por razón de sexo, origen étnico o raza, en relación a contratos que den acceso o proporcionen bienes o servicios al público, incluida la vivienda, tiene derecho a indemnización.
- (2) En los casos apropiados, la persona discriminada tiene derecho a otras indemnizaciones que sean idóneas para eliminar las consecuencias del acto de discriminación, o para prevenir una mayor discriminación.

Artículo 3:202: Contenido de las indemnizaciones

- (1) El resarcimiento de los daños y perjuicios previsto en el art. 3:201 (1) puede incluir tanto el perjuicio patrimonial como el no patrimonial.
- (2) El monto del resarcimiento de los daños y perjuicios por pérdidas de carácter no patrimonial y las indemnizaciones otorgadas en virtud del artículo. 3: 201 (2) deben ser proporcionales al daño causado; el efecto disuasivo de las indemnizaciones puede ser tomado en cuenta.

Artículo 3:203: Carga de la prueba

- (1) Si una persona que afirme haber sido víctima de discriminación por una de las causales mencionadas en el artículo 3:201 (1), demuestra ante un tribunal u otra autoridad competente hechos de los cuales se presume que ha habido una discriminación, le corresponde a la otra parte demostrar que el principio de igualdad de trato no fue violado.
- (2) El párrafo (1) no se aplica a los procedimientos en los que la investigación sobre las circunstancias del hecho está reservado al juez u otra autoridad competente.

Capítulo 4: Celebración del contrato

Artículo 4:101: Acuerdo de las partes

El contrato se celebrará si las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y llegan a un acuerdo adecuado.

Artículo 4:102: Celebración del contrato

(1) El contrato puede perfeccionarse por medio de la aceptación de una oferta, de acuerdo con las siguientes disposiciones.

(2) Las reglas de este capítulo se aplicarán también al caso en el cual el perfeccionamiento del contrato no pueda ser analizado en términos de oferta y aceptación.

Artículo 4:103: Oferta – Oferta pública

(1) una propuesta de contrato constituye una oferta si:

- a. expresa la voluntad de celebrar un contrato en caso de aceptación y
- b. contiene cláusulas suficientemente determinadas.

(2) Una oferta puede hacerse a una persona o personas determinadas, o al público.

(3) una propuesta de proveer bienes o servicios hecha por un comerciante mediante publicidad, catálogo, o la exhibición de productos, se considera, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario, como una oferta de venta o de suministro a ese precio hasta que se agoten las existencias, o hasta que se agoten las posibilidades del comerciante de proporcionar el servicio.

Artículo 4:104: Bienes o servicios no solicitados

Si un comerciante entrega a un consumidor bienes o servicios no solicitados, la falta de respuesta por parte del consumidor no crea ninguna obligación.

Artículo 4:105: Declaraciones precontractuales de una de las partes contrayentes

Cualquier declaración pública hecha por un comerciante antes de la celebración de un contrato sobre las características específicas de los bienes o servicios ofrecidos, es contractualmente vinculante, a menos que:

- (a) en el momento de la celebración del contrato, la otra parte supiera o debiera razonablemente saber que la declaración no era correcta, ó
- (b) la decisión de la otra parte de celebrar el contrato no hubiera podido ser influenciada por la declaración, ó
- (c) la declaración ya había sido rectificada en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 4: 106: Declaración precontractual de un tercero

El artículo 4: 105 también se aplica a las declaraciones públicas hechas por el productor, por otra persona que aparezca en la cadena de distribución entre el productor y el comprador final, o por cualquier persona que anuncie o venda bienes o servicios para el comerciante, a menos que el comerciante no tuviera conocimiento de ellas, ni pudiera razonablemente conocerlas.

Artículo 4: 107: Fuerza vinculante de las promesas unilaterales

(1) Una promesa válida o un compromiso unilateral es vinculante para el titular si su intención era someterse legalmente en ausencia de aceptación.

(2) Si una promesa unilateral es vinculante, las disposiciones relativas al derecho de contratos que protegen a una parte específica se aplican a su favor.

Artículo 4: 108: Aviso de recibo

(1) El comerciante que ofrece la posibilidad de celebrar un contrato por vía electrónica, sin comunicación individual, debe acusar recibo, por vía electrónica, de la recepción de una oferta o de la aceptación de la otra parte.

(2) A pesar de que no se haya celebrado el contrato, el incumplimiento de la obligación prevista en el párrafo (1) atribuye a la otra parte el derecho a una indemnización por los daños sufridos en razón a haber confiado sin culpa en la validez del contrato.

(3) Si se violan las obligaciones previstas en el párrafo (1) y se celebra un contrato, se aplicarán las disposiciones sobre indemnizaciones por incumplimiento de contrato.

(4) Los párrafos (1) a (3) contienen disposiciones obligatorias en los términos del artículo 1: 203 en las relaciones entre comerciantes y consumidores.

Capítulo 5: Desistimiento

Sección 1: Funcionamiento y efectos

Artículo 5: 101: Carácter vinculante

Si una parte tiene el derecho legal de desistir del contrato, las disposiciones de esta sección se aplicarán como normas obligatorias.

Artículo 5: 102: Ejercicio del derecho de desistimiento

Para que sea eficaz, el desistimiento debe ser comunicado a la otra por la parte que desiste. El desistimiento no debe ser motivado. La devolución del objeto del contrato vale como desistimiento tácito.

Artículo 5: 103: Término para el desistimiento

(1) Salvo disposición en contrario, el derecho de desistimiento debe ejercerse en un término de catorce días desde la celebración del contrato y la divulgación de la existencia del derecho de desistimiento de conformidad con el art. 5: 104, y no más de un año después de la celebración del contrato. Si el contrato tiene como objeto la entrega de bienes, el término no expira antes de que hayan transcurrido catorce días desde la recepción de los bienes.

(2) La notificación del desistimiento es oportuna si se envía dentro de ese período.

Artículo 5: 104: Comunicación del derecho de desistimiento

La parte que tiene derecho al desistimiento debe recibir de la otra parte una comunicación razonable sobre el derecho de desistimiento. Dicha comunicación deberá estar dirigida a la atención del destinatario en forma adecuada y suministrar de forma clara y comprensible, en formato de texto en un soporte duradero, la información relativa al derecho de desistimiento, el plazo y el nombre y dirección a la que debe comunicarse el desistimiento.

Artículo 5: 105: Efectos del desistimiento

(1) El desistimiento de un contrato extingue la obligación de cumplir. Cada una de las partes deberá restituir, a su propio costo, lo que haya recibido sobre la base del contrato, salvo que el contrato disponga lo contrario. La parte que desiste no está obligada a pagar otros costos y no incurre en ninguna otra responsabilidad como consecuencia del desistimiento.

La otra parte deberá restituir cualquier pago recibido por la parte que desiste, tan pronto como sea posible y en todo caso, no más de treinta días desde el momento que se haga efectivo el desistimiento.

(2) La parte que desiste del contrato no es responsable de los daños que sufran los bienes, si ha tenido un cuidado razonable. No es responsable por la disminución del valor que resulte de la

inspección o de la prueba de los bienes. Es responsable de la disminución de valor resultante del uso normal, salvo que no haya recibido un aviso razonable del derecho de desistimiento.

Artículo 5: 106: Contratos vinculados

(1) Si un consumidor desiste del contrato de suministro de bienes o servicios que ha celebrado con un comerciante, los efectos del desistimiento se extienden a todos los contratos vinculados.

(2) Son vinculados los contratos que objetivamente formen una unidad desde un punto de vista económico.

(3) Si un contrato está total o parcialmente financiado por un contrato de crédito, los dos contratos forman una unidad desde el punto de vista económico, en particular:

1. si el comerciante que suministra bienes o servicios financia la prestación del consumidor, ó
2. si quien otorga el crédito ha recurrido al proveedor de bienes o servicios para celebrar el contrato de crédito, ó

3. si el contrato de crédito se refiera a bienes o servicios específicos financiados mediante el crédito, y si la vinculación entre estos contratos es sugerido por el comerciante, o por quien otorga créditos, excepto que las circunstancias indiquen que los dos contratos no forman una unidad económica.

(4) El Artículo 5: 105 se aplicará mutatis mutandis, al contrato vinculado.

(5) El párrafo (1) no extiende los efectos del desistimiento del contrato de crédito al contrato de suministro de bienes o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que estén por fuera del control del comerciante, y que puedan verificarse durante el término previsto para el desistimiento.

Sección 2: Desistimiento en casos particulares

Artículo 5: 201: Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

(1) El consumidor tiene derecho a desistir del contrato en virtud del cual el comerciante suministra bienes o servicios, si la oferta o la aceptación del consumidor fue expresada fuera de los locales comerciales.

(2) Salvo que en la celebración del contrato el comerciante haya utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia, el párrafo (1) se aplica únicamente a los contratos por los cuales el consumidor debe pagar como contraprestación una suma mayor al equivalente de un mínimo establecido por la ley.

(3) El párrafo (1) no se aplica a:

(a) los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos, o locales comerciales automatizados;

(b) los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos;

(c) los contratos para la construcción y venta de bienes inmuebles, y los contratos relativos a otros derechos relativos a bienes inmuebles, a excepción de los arrendamientos;

(d) los contratos de suministro de productos alimenticios o bebidas u otros productos de uso doméstico corriente, entregados por distribuidores en entregas frecuentes y regulares, al domicilio o residencia, o lugar de trabajo del consumidor;

(e) los contratos celebrados a través de medios de comunicación a distancia, pero por fuera de un sistema de ventas a distancia o de suministro de servicios organizados por un comerciante;

(f) los contratos celebrados para suministro de bienes o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones de las tasas del mercado financiero que el comerciante no esté en capacidad de controlar y que puedan ocurrir durante el término de desistimiento previsto;

(g) los contratos celebrados en una subasta;

(h) los contratos de seguros de viaje, equipaje, o similares, que tengan una duración inferior a un mes.

(4) Si el comerciante ha utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia para celebrar el contrato, el parágrafo (1) también se aplicará a los contratos:

(a) de prestación de servicios relacionados con el alojamiento, transporte, restaurantes, ocio, cuando a la celebración del contrato, el comerciante se comprometa a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período preestablecido;

(b) de prestación de servicios distintos de los servicios financieros cuya ejecución haya comenzado por solicitud expresa e informada del consumidor antes de la expiración del plazo para el desistimiento previsto en el artículo 5: 103 parágrafo (1);

(c) de suministro de bienes confeccionados a medida o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o corran el riesgo de deteriorarse o alterarse rápidamente;

(d) de suministro de grabaciones de audio o video o software para computadora:

(1) sellados, que hayan sido abiertos por el consumidor, ó

(2) que puedan ser descargados o reproducidos para su uso permanente, en el caso de suministro a través de medios electrónicos;

(e) de diarios, periódicos, revistas.

(f) de servicios de apuestas y lotería.

(5) En lo que respecta a los servicios financieros, el parágrafo (1) también se aplicará a los contratos que se hayan cumplido en su totalidad por ambas partes, a petición explícita e informada del consumidor, antes de que éste haya ejercido su derecho de desistimiento.

Artículo 5: 202: Contratos de uso de un bien inmueble a tiempo parcial

(1) El consumidor que adquiera un derecho de uso de un bien inmueble en virtud de un contrato de tiempo compartido celebrado con un comerciante, tiene derecho a desistir del contrato.

(2) En caso de desistimiento según los términos del parágrafo (1), el contrato podrá establecer que el consumidor esté obligado a reembolsar los gastos:

(a) relativos a la celebración y al desistimiento del contrato, y

(b) relativos a las formalidades que deben cumplirse antes la expiración del plazo contemplado en el art. 5: 103 (1), y

(c) sean razonables y apropiados, y

(d) se mencionen explícitamente en el contrato, y

(e) cumplan con las normas aplicables a dichos gastos.

El consumidor no está obligado a reembolsar ningún gasto en caso de ejercer su derecho de desistimiento previsto en el artículo 2: 207 (1).

(3) El comerciante no debe pedir ni aceptar ningún pago por parte del consumidor durante el término previsto por el desistimiento.

Capítulo 6: Cláusulas no negociadas

Sección 1: Ámbito de aplicación

Artículo 6: 101: Contenido

(1) Las siguientes disposiciones se aplican a las cláusulas del contrato que no fueron objeto de negociación individual, incluidas las condiciones generales del contrato.

(2) Una cláusula incluida por una de las partes (el usuario) no fue objeto de negociación individual si la otra parte no tuvo la capacidad de influir en el contenido, porque fue redactada con antelación, en especial como parte de condiciones generales pre-formuladas del contrato. En los contratos entre un comerciante y un consumidor, si las cláusulas fueron redactadas por un tercero, el comerciante debe ser considerado como usuario, a menos que las cláusulas hayan sido incluidas en el contrato por el consumidor.

(3) Las condiciones generales del contrato son unas cláusulas formuladas de antemano por transacciones en las que participaron varios contratistas y que no fueron negociadas individualmente.

(4) El usuario tiene la carga de probar que una cláusula incluida en las condiciones generales del contrato se negoció de forma individual.

Sección 2: Inclusión e interpretación de las cláusulas

Artículo 6: 201: Conocimiento de las cláusulas que no han sido negociadas individualmente²⁴

(1) Los términos contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual vinculan a la parte que no tenía conocimiento sólo si el usuario ha tomado medidas razonables para ponerlas en conocimiento de la otra parte antes de la celebración del contrato.

(2) Las cláusulas no han sido adecuadamente puestas en conocimiento de la otra parte si el documento contractual se limita a referirse a ellas, aunque el documento haya sido firmado.

(3) Si el contrato es celebrado por medios electrónicos, las cláusulas contractuales no son vinculantes para la otra parte, a menos que el usuario no las haya puesto a su disposición en formato de texto.

(4) Los consumidores no están obligados por cláusulas que no hayan tenido ninguna oportunidad real de conocer antes de la celebración del contrato.

Artículo 6: 202: Prevalencia de las cláusulas negociadas

Las cláusulas que han sido objeto de negociación individual prevalecerán sobre aquellas que no lo han sido.

Artículo 6: 203: Interpretación de las cláusulas.

(1) Si el sentido de una cláusula no es claro, debe interpretarse en el sentido menos favorable a la parte que la incluyó en el contrato.

(2) El parágrafo (1) no se aplica a las acciones inhibitorias de carácter colectivo intentadas contra la utilización de determinadas cláusulas.

Artículo 6: 204: Conflicto de condiciones generales del contrato

(1) El contrato se considerará celebrado cuando las partes hayan llegado a un acuerdo, aunque la oferta y aceptación se refieran a condiciones generales incompatibles. Las condiciones

²⁴ El artículo 6: 201 (3) ACQP no ha sido aprobado aún por la sesión plenaria del Grupo Acquis.

generales forman parte del contrato en la medida en que éstas contengan elementos comunes en términos sustanciales.

(2) Sin embargo, el contrato no se celebra si una de las partes:

(A) ha expresado con antelación y de forma explícita, sin recurrir a las condiciones generales del contrato, que no tiene la intención de obligarse en virtud del parágrafo (1), ó

(B) informa sin demora a la otra parte de dicha intención.

Sección 3: Validez de las cláusulas

Artículo 6: 301: Carácter abusivo de las cláusulas

(1) Una cláusula contractual que no haya sido objeto de negociación individual se considerará abusiva si, en contra de la exigencia de buena fe, determina, en detrimento de la otra parte, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato. Sin perjuicio de lo dispuesto en materia de acciones colectivas, el carácter abusivo de una cláusula se evalúa teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y refiriéndose a todas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato o de otro contrato del cual dependa el contrato en cuestión.

(2) En un contrato celebrado entre comerciantes, una cláusula que no haya sido objeto de negociación individual se considerará inequitativa si su utilización indudablemente se aparta de las buenas prácticas comerciales.

Artículo 6 302: Transparencia de las cláusulas

Las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual deberán redactarse y comunicarse de forma clara y comprensible.

Artículo 6: 303: Ámbito de evaluación del carácter abusivo de las cláusulas

(1) Las cláusulas contractuales que reproducen disposiciones legislativas o convenciones internacionales de los que sean parte los estados miembros o la Unión Europea, en particular en el sector de transporte, no están sujetos a evaluación en lo referente a su carácter abusivo.

(2) La evaluación del carácter abusivo de cláusulas formuladas de manera clara y comprensible no se relaciona ni con la definición del objeto principal del contrato, ni con la conveniencia de los precios.

Artículo 6: 304: Lista de cláusulas abusivas

La siguiente es una lista no exhaustiva de cláusulas que se consideran abusivas en contratos entre un comerciante y un consumidor, cuando no hayan sido objeto de negociación individual:

-Las cláusulas que atribuyen la competencia exclusiva de todos los litigios contractuales al juez del domicilio del comerciante.

Artículo 6: 305: Lista indicativa de cláusulas abusivas

(1) La siguiente es una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas en los contratos entre un comerciante y un consumidor, cuando no hayan sido objeto de negociación individual. La lista incluye aquellas cláusulas que tienen por objeto o efecto:

(a) excluir o limitar la responsabilidad legal del comerciante en caso de muerte o de lesión personal del consumidor, producida por un acto u omisión de dicho

comerciante;

(b) excluir o limitar indebidamente los derechos legales del consumidor frente al comerciante, u de otra parte, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso por parte del comerciante de cualquier obligación contractual, incluyendo la posibilidad de compensar una deuda contra el comerciante con un crédito exigible por el mismo;

(c) prever un compromiso definitivo del consumidor, mientras la ejecución de las prestaciones del comerciante está sujeta a una condición cuyo cumplimiento depende sólo de su voluntad.

(d) permitir que el comerciante retenga sumas abonadas por el consumidor, si este último renuncia a celebrar o ejecutar el contrato, sin prever el derecho del consumidor a ser indemnizado por el comerciante por una suma equivalente si es él quien rescinde el contrato;

(e) imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización por una suma desproporcionadamente alta;

(f) autorizar al comerciante a rescindir el contrato a su discreción, si no se concede la misma facultad al consumidor, o permitir al comerciante retener las sumas pagadas como contraprestación por servicios aún no prestados, si es el vendedor quien rescinde el contrato;

(g) autorizar al comerciante a rescindir un contrato de duración indefinida, sin previo aviso razonable, excepto por motivos graves, esta disposición no afecta las cláusulas bajo las cuales un proveedor de servicios financieros se reserva el derecho de suspender unilateralmente, y sin previo aviso, un contrato de duración indefinida si hay una razón válida, siempre que el proveedor esté obligado a informar inmediatamente a la otra, o las otras, partes contratantes;

(h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada, salvo indicación en contrario del consumidor, si el plazo previsto para tal indicación es anticipado injustificadamente antes de la expiración del contrato;

(i) autorizar al comerciante a modificar unilateralmente las condiciones del contrato sin una razón válida especificada en el mismo contrato; esta disposición no afecta las cláusulas bajo las cuales un proveedor de servicios financieros se reserva el derecho de modificar sin previo aviso, cuando exista una razón válida, la tasa de interés de un préstamo o crédito otorgados por él, o el importe de todos los otros cargos por servicios financieros, siempre que el proveedor esté obligado a informar a las demás partes contratantes lo más rápido posible y el consumidor pueda rescindir el contrato inmediatamente, la misma disposición no se aplica a cláusulas por las cuales el comerciante se reserva el derecho de modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indefinida, siempre y cuando el proveedor esté obligado a informar al consumidor con antelación suficiente, y éste sea libre de rescindir el contrato;

(j) autorizar al comerciante a modificar unilateralmente y sin una razón válida, las características del producto o servicio a prestar;

(k) establecer que el precio de los bienes se determine en el momento de la entrega, o permitir que el vendedor de bienes o el prestador de servicios aumente el precio sin que, en ambos casos, el consumidor tenga el correspondiente derecho de rescindir el contrato si el precio final es demasiado elevado en comparación con el precio acordado en el momento de la celebración del contrato, esta disposición no afectará las cláusulas de indexación de precios, si la ley lo permite, siempre que las modalidades de variación se describan explícitamente;

(l) permitir al comerciante determinar si el bien vendido o el servicio prestado cumple con lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato;

(m) limitar la obligación del comerciante de cumplir con los compromisos asumidos por sus mandatarios, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de una formalidad en particular;
(n) obligar al consumidor a cumplir con sus obligaciones aún en el caso de un eventual incumplimiento de las obligaciones que le incumben al comerciante;
(o) prever la facultad del comerciante de ceder el contrato a terceros sin el consentimiento del consumidor, si las garantías que pertenecen al consumidor pudieran invalidarse;
(p) suprimir o limitar el ejercicio de acciones legales, o recursos del consumidor, en particular obligando al consumidor a recurrir exclusivamente a una jurisdicción arbitral no regulada por la ley, restringiendo indebidamente los medios de prueba disponibles al consumidor, o imponiéndole una carga de la prueba que debería recaer en otra de las partes del contrato.

(2) Las disposiciones de los parágrafos (g), (i), y (k) no se aplican a:

-Los contratos relativos a valores mobiliarios, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de un curso o un índice bursátil o a una tasa del mercado financiero que no esté bajo el control del comerciante;

-Los contratos para la compra o venta de moneda extranjera, cheques de viajero o giros postales internacionales emitidos en moneda extranjera.

Artículo 6: 306: Efectos

(1) Las cláusulas abusivas no son vinculantes para la parte que no las introdujo.

(2) El contrato conserva su eficacia si puede entrar en vigor sin las cláusulas abusivas.

Capítulo 7: Cumplimiento de las obligaciones

Sección 1: Obligaciones generales

Artículo 7: 101: Obligaciones respecto del cumplimiento

(1) El deudor debe cumplir sus obligaciones de buena fe.

(2) El comerciante debe cumplir sus obligaciones con la experiencia y diligencia especial que se puede esperar razonablemente teniendo en cuenta, en particular, las legítimas expectativas de los consumidores.

Artículo 7: 102: Buena fe en el ejercicio de los derechos

El acreedor debe ejercer de buena fe sus propios derechos al cumplimiento y las indemnizaciones previstas por el incumplimiento.

Artículo 7: 103: Deber de lealtad

Si el deudor ha contraído la obligación de manejar los asuntos del acreedor, éste debe tener en debida cuenta los intereses del acreedor respecto de tales negocios.

Artículo 7: 104: Obligación de cooperar

El deudor y el acreedor deben cooperar recíprocamente en la medida en que sea razonable cooperar mutuamente tendientes al cumplimiento de la obligación.

Sección 2: Modalidad del cumplimiento

Artículo 7: 201: Término de cumplimiento

(1) Si el plazo para el cumplimiento no está establecido en el contrato, el deudor debe cumplir con sus obligaciones en un plazo razonable.

(2) Salvo que las partes dispongan otra cosa, el comerciante debe cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos celebrados a distancia en no más de 30 días a partir de su celebración.

(3) Si el comerciante está obligado a reembolsar las sumas pagadas por el consumidor, este reembolso deberá ocurrir tan pronto como sea posible y en todo caso a más tardar en 30 días a partir del día en que surgió la obligación en cuestión.

(4) Si la orden según la cual se deben cumplir obligaciones mutuas no se ha establecido por las cláusulas que las rigen, el cumplimiento es simultáneo, en cuanto sea posible, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario.

Artículo 7: 202: Lugar del cumplimiento

(1) Si el lugar de cumplimiento de una obligación no se ha establecido por las cláusulas que la rigen, éste será:

- a. para una obligación pecuniaria, el centro de negocios del acreedor;
- b. para cualquier otra obligación, el centro de negocios del deudor.

(2) Respecto del parágrafo anterior:

- a. si una de las partes tiene más centros de negocios, se elegirá el centro de negocios que tenga el vínculo más estrecho con la obligación; y
- b. si una parte no tiene centro de negocios, o la obligación no está relacionado con una actividad profesional, se elegirá el lugar de residencia habitual.

(3) Si, en la hipótesis prevista en el parágrafo (1), después del nacimiento de la obligación, los gastos que conciernen al cumplimiento aumentan porque una parte traslada su centro de negocios, o su residencia habitual, el aumento relativo será soportado por la parte en cuestión.

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos²⁵

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CAPÍTULO 1—DISPOSICIONES GENERALES ARTÍCULO 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

²⁵ Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

ARTÍCULO 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

ARTÍCULO 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

ARTÍCULO 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

ARTÍCULO 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ARTÍCULO 1.8

(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

ARTÍCULO 1.9

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

ARTÍCULO 1.10

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

2

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

ARTÍCULO 1.11

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- “tribunal” incluye un tribunal arbitral;
- si una de las partes tiene más de un “establecimiento,” su “establecimiento” será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento

antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

– “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;

– “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

ARTÍCULO 1.12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2 — FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACION ARTÍCULO 2.1.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

ARTÍCULO 2.1.3

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

3

ARTÍCULO 2.1.4

(Revocación de la oferta)

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o

(b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

ARTÍCULO 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

ARTÍCULO 2.1.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

ARTÍCULO 2.1.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

ARTÍCULO 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

ARTÍCULO 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

4

ARTÍCULO 2.1.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

ARTÍCULO 2.1.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

ARTÍCULO 2.1.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

ARTÍCULO 2.1.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

- . (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
- . (b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

ARTÍCULO 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

5

ARTÍCULO 2.1.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

ARTÍCULO 2.1.18

(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

ARTÍCULO 2.1.19

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.20

(Cláusulas sorprendentes)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

ARTÍCULO 2.1.21

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.