

CAPITULO VIII

LOS CONTRATOS A DISTANCIA

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

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

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

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

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

Conocida la aceptación el contrato se perfecciona en términos generales en el momento y lugar en que se cierra el circuito, esto es en el momento que el oferente toma conocimiento de la aceptación.

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

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

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

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

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

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

MORENO QUESADA, clasifica a estos contratos de la siguiente forma:

- a. Contratos entre presentes los celebrados en forma instantánea o de formación sucesiva, siempre que el oferente concede a la otra parte, presente, un plazo de deliberación para aceptar.

- b. Contratos a distancia, celebrado por personas distantes, que puede ser a su vez, de formación sucesiva cuando se utiliza la correspondencia epistolar o telegráfica, o de formación instantánea como sucede en los casos de contratación por medio del teléfono, fax, cajeros electrónicos, tarjetas plásticas electrónicas y centros o terminales crediticios computarizados.

3.- Otro problema es la expresión “dirección del destinatario” que lo utiliza nuestro Código que si bien, es reciente, no resulta e término moderno que podamos emplear para perfeccionar un con trato cuando se utilizan medios de comunicación electrónica como los anteriormente referidos.

1. Los contratos a distancia de formación sucesiva

Entendemos como tales aquellos contratos, a concluir entre personas físicamente alejadas entre si, siempre que, por la lentitud del medio de comunicación empleado y además de un intervalo posible entre la declaración de voluntad del que formula la oferta y aquella otra que entraña la aceptación de la misma, exista, en todo caso, un intervalo relevante entre la emisión de esta última, y su conocimiento por el destinatario. Los contratos concluidos de esta forma son generalmente por carta o telégrafo, que analizaremos brevemente.

a. La contratación por carta

La correspondencia epistolar es el ejemplo clásico y más antiguo que junto con la intervención del mensajero, constituía en Roma, el medio utilizado para la celebración de contratos consensuales entre personas alejadas la una de la otra.

El mensajero era un intermediario y tal como lo señala MANRESA la “Contratación se realizaba por intermediario. No debe confundirse con ella la que se hace por medio de apoderado. El intermediario no tiene facultades para contratar, tiene sólo el encargo de transmitir la oferta, la aceptación o ambas. Si lo hace llevándolas escritas tiene la misma figura que enviadas por el correo. Si el intermediario desempeña su misión de palabra, debe equipararse al caso anterior, a los efectos de la perfección del Contrato.

Importante es la nota de ENNECCERUS-NIPPERDEY, que señala “se debe dar igual trato que a una declaración entre presentes a la emitida por un mensajero de modo inmediato al destinatario”.

Existen diferentes teorías referidas al momento en que se perfecciona el contrato por correspondencia, las que sostienen lo siguiente:

a. Teoría de la emisión: Llamada también de la declaración, tiene su fundamento en que el contrato se perfecciona en el lugar y la fecha en que se emitió la carta de aceptación, tal como lo establece el Art. 184 del Código de Obligaciones y Contratos del Líbano, que textualmente dice:

“Cuando los tratos tienen lugar entre ausentes, por correspondencia o mensajero, el contrato es perfecto desde el momento y en el lugar donde el destinatario de la oferta ha emitido la aceptación”.

b. Teoría de la remisión: Llamada también de la expedición, que señala que para el perfeccionamiento del contrato, es necesario que la declaración de voluntad, aceptando, sea expedida al oferente, es decir que el aceptante haya hecho todo lo posible para que éste llegue a su destino. Participan de esta teoría el Código Argentino, al establecer en su Art. 1154 “la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde aquella se hubiera mandado al proponente”.

c. Teoría de la recepción: Conforme a la misma, la aceptación no es definitiva hasta el momento en que la aceptación llegue al oferente, sea en su domicilio o establecimiento, entonces tiene lugar el perfeccionamiento del contrato.

d. Teoría de la cognición: Llamada del conocimiento o de la información; señala que el contrato queda perfeccionado en el momento que el oferente recibe la declaración de voluntad de aceptación y toma efectivo conocimiento de ella.

En nuestra legislación el Art. 1373 del Código Civil vigente, establece:

“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

Para la contratación por carta, nuestro Código sigue la teoría del conocimiento, es decir que el contrato se perfecciona tan sólo cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación.

Hasta aquí, la cuestión del *momento* de formación de los contratos concluidos por medio de carta.

Respecto del *lugar*, y como es sabido, nuestro Código Civil, establece una presunción es favor del lugar en que se hizo la oferta. Como quiera que, las cuestiones de momento y lugar, de espacio y tiempo, están mutuamente relacionadas, lógico es que, se presuma que el lugar de formación del contrato es aquél en que se hizo la oferta, que es también donde se conoce la aceptación.

b. La contratación por telégrafo

El problema fundamental de los contratos concluidos por telégrafo, no es tanto el saber cuándo y dónde se perfeccionan, como el saber si existe en ellos las declaraciones de voluntad emitidas por este medios, gozan de valor contractual.

Nuestro Código Civil no hace referencia alguna a este tipo de contratos.

El Código de Comercio Español en su Art. 51, contempla esta forma de contratación, cuando dice “la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado”.

Sin embargo, ORUS MORATA, sostiene que aún con el empleo de signos convencionales, el telegrama puede contener errores, y por otro lado, es muy difícil la cuestión de identificar a la persona del expedidor, como los signos y las claves que deben figurar en el telegrama que muchas veces no son tan secretos que no puedan ser conocidos.

Parece en consecuencia, que para estos contratos habrá que estar al principio de la libertad contractual, reconociendo tal valor a las declaraciones formuladas por telégrafo, lo cual, en el fondo es estar a la realidad social del tiempo en que se han de aplicar dichas normas.

Es de aplicación en todo caso las reglas de la buena fe y común intención de las partes, la que debe existir no sólo al momento de la celebración, sino también en la etapa de su negociación o tratativa, conforme lo establece el Art. 1363 del Código Civil, cuando dice:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Podemos indicar que los contratos celebrados por telégrafo, si bien no se cuenta con la firma del aceptante, sin embargo, será válida la aceptación de la oferta, cuando el telegrama reúne los signos o claves previamente convenido por las partes.

En cuanto al momento y lugar del contrato, no parece que exista inconvenientes para aplicar, a los contratos concluidos por telégrafo, y por vía de analogía, las mismas soluciones que las indicadas anteriormente para la contratación por carta.

2. Los contratos a distancia de formación instantánea

Estos contratos son definidos como “aquellos que se celebren entre personas que intercambian sus declaraciones de voluntad de modo inmediato, de forma que, una vez emitidas, en el mismo momento llegan a conocimiento del destinatario, sin que las partes se encuentren presentes

Estos contratos se dan en virtud de la rapidez del medio de comunicación empleado, siendo irrelevante la lejanía existente entre oferente y aceptante, pues como indica GARRIGUES, no es la ausencia o la presencia de los contratantes, sino el medio de la comunicación empleada.

Los contratos concluidos de esta forma son una realidad cotidiana, carente de específica regulación en nuestros códigos, repitiéndose los mismos problemas planteados en la contratación por telégrafo sobre el valor contractual de las declaraciones de voluntad emitidas a los que habría que añadir el de la prueba de la existencia de las citadas declaraciones, como es el caso de los contratos perfeccionados por teléfono, telex u otros medios modernos de comunicación.

Analizaremos brevemente la problemática a que están expuestos estos nuevos contratos.

a. La contratación por teléfono

Aceptando como punto de partida, que el uso del teléfono es frecuente en las comunicaciones modernas para concretar importantes negocios. Por este medio podemos conseguir inmediatamente en tiempo real hacer conocer de una oferta y tener inmediata-

mente la aceptación. Entonces aceptamos la teoría de que la manifestación de voluntades se ha producido válidamente en el mismo momento, aunque los sujetos hayan estado a miles de kilómetros distantes.

En cuanto al momento de la celebración del contrato no tenemos mayores reparos que formular. La rapidez de las comunicaciones hace que las diferencias temporales se difuminen, desaparezcan, el intervalo entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente jurídicamente irrelevante, como lo es en los contratos entre presentes de la misma índole.

La doctrina española parece hoy conforme en el tratamiento jurídico que ha de arbitrarse para los contratos concluidos por teléfono, respecto del momento de formación, en el mismo que el previsto para los contratos entre presentes, de formación instantánea; o dicho más abreviadamente que los contratos concluidos por teléfono son contratos entre presentes

Adquiere importancia este tema en cuanto al *lugar* respecta, la mayoría de los civilistas se basan en que el contrato celebrado por teléfono es un contrato entre ausentes, aplican al mismo, sin más explicaciones y por vía de analogía, la solución dada a los contratos concluidos por carta, es decir, en este caso, el lugar será el que corresponde al teléfono donde se recibió la aceptación de la oferta.

Sin embargo debemos señalar que en la contratación por carta, hay un margen relevante entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente. En cambio, en la contratación por teléfono, el margen anteriormente referido es jurídicamente irrelevante. Los tratadistas modernos consideran a este último como un “contrato entre presentes”.

Un contrato entre presentes queda perfeccionado cuando la aceptación se emite, produciéndose el acuerdo de voluntades en que el contrato consiste, el “contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes” (art. 1352).

Por otro lado, en los contratos por teléfono existe la palabra comprometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes. De faltar esta fuerza vinculatoria (palabra comprometida), los contratos sólo serían expresiones de buena voluntad que su incumplimiento injustificado provocaría graves trastornos sociales.

Reforzamos la idea, señalando que los “contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos” (Art. 1361), y se presume que la declaración (verbal o escrita) responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Este artículo se refiere al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y a la presunción de coincidencia entre la declaración y la voluntad común, entendiéndose como tal, a los fines idénticos buscados por los contratantes. De consiguiente, si el contrato se perfeccionó por teléfono y alguno de los contratantes negase esa coincidencia y lo demostrare así, el efecto inevitable será la invalidez del contrato. En suma existe en el Art. 1361 una presunción *juris tantum*.

Estos contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (Art. 1362) con lo cual se completa la noción explicada de que la ley no debe tener rigor formalistas, sino un alto contenido moral.

De lo analizado, resulta claro, que el contrato por teléfono es un contrato entre presentes, el mismo que queda perfeccionado en el lugar y momento donde se recibe la aceptación de la propuesta, cerrando de esta forma el *iter* contractual.

En el mismo sentido se pronuncia MANRESA, cuando dice “lo interesante, en la generación del contrato, es el momento en que se perfecciona, que se produce por la aceptación, que es cuando surge el consentimiento, sin que, tratándose de contratación entre presentes, quepa distinguir realmente entre dicha aceptación y su conocimiento, que es inmediato por el proponente”.

Muchos bancos modernos ofrecen el servicio del *teléfono electrónico* durante las 24 horas del día incluyendo sábados, domingos y feriados. Los clientes podrán realizar un sin número de operaciones bancarias sin necesidad de apersonarse al Banco. El servicio consiste en utilizar el teléfono de su oficina o domicilio y marcar uno de los números telefónicos autorizados por el Banco y que se encuentran conectados a una computadora. Basta con indicar o marcar la *clave* otorgado por el Banco en forma confidencial, para que el cliente pueda efectuar las siguientes operaciones:

- * Consulta de saldos y movimientos con respuesta auditiva o vía fax.
- * Efectuar transferencia de una cuenta a otra.
- * Solicitar información sobre los negocios que mantiene con el Banco.
- * Solicitar indicadores económicos
- * Efectuar pagos de letras o pagarés con cargo a una de sus cuentas.
- * Efectuar pago de servicios de terceros: luz, agua, teléfono, clubes.
- * Solicitar sobregiros o avances en cuenta corriente.

b. La contratación por medio de telex

La contratación por telex es una especie del género más amplio de los contratos, entre personas distantes, de formación instantánea que presenta, sin embargo, algunas características propias, derivadas de la peculiaridad del telex como medio de comunicación.

La comunicación efectuada por telex tiene lugar de manera inmediata permitiendo además, en todo caso la constancia documental de las declaraciones de voluntad que se hayan producido. Viene a ser lo mismo, en cuanto al resultado, que si el oferente escribiese su declaración en una máquina de escribir sita en el domicilio del destinatario de la oferta y viceversa. En efecto, la máquina del telex, manipulada por persona avisada, permite la impresión directa de los caracteres utilizados, a través de ondas electromagnéticas, en el papel existente en la máquina del destinatario de la comunicación. Hasta que la comunicación se establezca en firme, existe solo un borrador, que se puede cursar o no. Por otra parte, es habitual que, al final de la comunicación, se pida y reciba conformidad de lo respectivamente emitido.

Pues bien, estas peculiaridades técnicas del telex, tienen repercusión en los problemas que giran en torno a la formación del contrato.

En estos contratos queda evidencia documental de la oferta y de la aceptación y no existe intervención alguna de intermediarios en el intercambio de las declaraciones, que pueda propiciar errores en el contenido de estas.

Por otro lado, la preparación de borradores previa y la ulterior confirmación de la correcta recepción del mensaje dificultan notablemente la existencia de errores en la declaración, la falsificación del mensaje es difícil y a mayor abundamiento, queda constancia de la existencia del equipo de telex, cuyo registro corre en la copia transmitida y que ha sido recepcionada por el destinatario.

Estamos frente a declaraciones de voluntad idóneas para dar vida a un contrato, en la que el *momento* no plantea mayores problemas, ya que la oferta y su aceptación son instantáneas, teniendo los mismos efectos que los contratos concluidos por teléfono.

En cuanto al *lugar*, aunque el contrato sea de formación instantánea al igual que el contrato por teléfono, se debe tener presente el lugar donde está ubicado el equipo o la máquina del telex receptora, sito en el domicilio del oferente, y es ese el lugar en que ha de entenderse perfeccionado el contrato, pues es en ese domicilio donde el oferente ha recibido la aceptación.

c. La contratación a distancia por fax

Muy utilizado a nivel nacional e internacional es la contratación mediante FAX. Empleando por muchas empresas bancarias, quienes ofrecen este servicio durante las 24 horas del día, incluyendo sábados y domingos.

Este moderno sistema muy similar a los telex, sólo que con la gran ventaja de que se transmite en tiempo real documentos originales, que son recepcionados por el destinatario en fotocopia, de tal forma que recibe el documento tal como se ha redactado, incluyendo firmas y signos propios de la empresa como son encabezados y sellos.

Para evitar suplantaciones, la copia recepcionada incluye el número del fax que origina el documento, la fecha y la hora de transmisión, así como la fecha y hora de recepción.

Estas características le dan mayor seguridad a la respuesta de la oferta, produciéndose la aceptación sin mayores dudas.

Uno de los contratos bancarios que utiliza frecuentemente el sistema de fax internacional es el crédito documentario por el cual el Banco Peruano emite un título típico denominado la carta de crédito, que debe ser entregado al Beneficiario (fabricante del extranjero) a través de un Banco corresponsal (Banco notificador en el extranjero). Por razones de tiempo y empleándose un fax, el Banco Peruano trasmite la carta de crédito por FAX al Banco notificador del extranjero, quien a su vez la pone en conocimiento del Beneficiario. Este último al tomar conocimiento de la aceptación, procede a remitir la mercadería o equipos de acuerdo a las condiciones y plazos establecidos en la carta de crédito.

Una nueva modalidad utilizada por los Bancos para la transmisión de las cartas de crédito en tiempo real y con mayores controles es la utilización del novísimo sistema del *swift*, que es un servicio electrónico de transferencia de datos, que permitir al banco emisor transmitir la carta vía computadora con modem directamente a una computadora del Banco del extranjero, dando todas las seguridades del caso, pues ambas computadoras están registradas por los bancos, y su utilización se hace previa identificación del usuario para evitar la transmisión de cartas no autorizadas.

En todos estos casos, la situación jurídica es la misma que la analizada para los contratos perfeccionados por telex, con la gran ventaja de que el oferente recepciona un documento con firma y sellos, tan igual al original.

El contrato se perfecciona válidamente al determinarse libremente el contenido del mismo reconociéndose el principio de la libertad contractual señalado en el Art. 1354, que dice:

Art. 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Al amparo de esta norma las partes pueden establecer los términos y condiciones en que se obligan, las leyes y tribunales a que se someten y demás matices o modalidades, pero sin caer en los excesos de la autonomía de la voluntad.

Sostiene ARIAS SCHREIBER que la libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. Esta última tiene que ser, de otro lado, inequívoca y su base de sustentación está expresada en normas de carácter imperativo, o sea que por su naturaleza forzosa no admite pacto en contrario.

En el crédito documentario que hemos analizado los términos y las condiciones están señaladas expresamente en la Carta de crédito, y su aceptación por parte del beneficiario haga que se perfeccione el contrato. sin embargo resulta importante analizar a que leyes y tribunales quedan sometidos estos contratos celebrados a distancia mediante fax internacional.

El Art. 2094 establece que la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. En todo caso, las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar del cumplimiento (Art. 2095).

El mismo dispositivo aclara que si deben cumplirse en países distintos, se rige por la ley de la obligación principal, y en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

En los contratos bancarios celebrados a distancia, prima el sometimiento de las partes a la legislación y tribunales del Banco emisor de la carta de crédito y sólo a falta

de dicho sometimiento se aplica la ley y los tribunales que corresponden al lugar del cumplimiento, en este último caso a la legislación del país donde se compile las condiciones de la carta, es decir en el extranjero.

3. Los contratos a distancia de aprobación automática

Existen otros contratos celebrados a distancia de formación instantánea y que no requiere de la intervención del ofertante, pues su aprobación es inmediata y automática. Estos contratos se perfeccionan mediante el uso de equipos electrónicos, tales como la tarjeta plástica, terminales empresariales, cajeros automáticos y otros similares que en tiempos modernos muchas instituciones han puesto al servicio de sus clientes.

Analizaremos los efectos jurídicos que presentan estos nuevos y revolucionarios contratos.

a. Contratación por tarjetas plásticas

Muchas empresas vienen entregando a sus clientes tarjetas plásticas multiusos, que facilitan la contratación de diversos servicios, entre los más usuales, tenemos:

a. Las tarjetas de crédito bancarios.- Uno de los instrumentos que en forma más dinámica se ha desarrollado en los últimos tiempos es la denominada tarjeta de crédito. Su extraordinaria difusión ha permitido a los consumidores adquirir en forma ágil un sinnúmero de bienes y servicios, con ventajas tales como la compra a precios de contado y sin el riesgo de la tenencia física del dinero ni a precios de contado y sin el riesgo de la tenencia física del dinero ni el manejo engorroso de las chequeras, en la medida, por lo menos en que por razones de seguridad, la aceptación del cheque no ha sido tan universal como lo es en la actualidad la tarjeta de crédito.

La mecánica de utilización de las tarjetas de crédito permite a sus tenedores dirigirse a cualquiera de los establecimientos afiliados al sistema, que puede estar ubicados en la misma localidad, o en otra ciudad cercana o alejada, o en el extranjero, para adquirir bienes y servicios facturados a precio de contado, con la sola firma de un comprobante venta. El establecimiento efectúa el contrato de venta sin la participación del Banco y logra el reembolso de la venta efectuada presentando al Banco emisor, únicamente el comprobante firmado por el cliente. El Banco emisor una vez que haya pagado el consumo o la compra, carga su valor en la cuenta corriente del usuario, existiendo la posibilidad de otorgarse créditos o fraccionamiento de pago de 12 a 24 meses.

Además se facilita a los tenedores de las tarjetas el retiro de sumas de dinero en efectivo, mediante la presentación de la tarjeta en una de las cajas del Banco o grupos de bancos vinculados al sistema, o establecimientos especialmente facultadas.

El manejo de la tarjeta de crédito nace de un contrato denominado “apertura de crédito”, que es un contrato entre presentes, donde se establece el uso futuro de un crédito, cuya cuantía ha quedado plenamente establecida, y que el cliente se compromete a reembolsarlo dentro de un plazo previsto, que puede ser fijado en días o meses, mediante cuotas fraccionadas.

b. Las tarjetas plásticas comerciales.- Similar a las tarjetas de crédito bancarias, existen las tarjetas otorgadas por empresas comerciales no bancarias, que permiten al usuario la compra de bienes o servicios dentro de una empresa o conjuntos de empresas comerciales vinculadas, sin la necesidad de pagar en efectivo el monto de su compra. La tarjeta representa la autorización de un crédito automático, que será cancelado dentro de los plazos previstos contractual-mente.

c. Tarjetas plásticas electrónicas.- últimamente han aparecido en el mercado lo más moderno en tarjetas electrónicas. Se trata de tarjetas que permiten al usuario poder realizar cualquier operación bancaria en centros comerciales -puntos de venta- donde los Bancos instalan pequeños terminales electrónicos NO conectados a sus centros de cómputo, y que permite la lectura de la tarjeta plástica, la misma que tiene una memoria electrónica donde se registran saldos que corresponden al titular de la tarjeta.

Los beneficios de estas nuevas tarjetas son las siguientes:

- * Registra saldos que mantiene un cliente en las distintas cuentas bancarias.
- * Permite el retiro parcial o total de los saldos referidos.
- * Acepta el traslado de saldos de una cuenta a otra cuenta del mismo cliente o de la empresa donde se está adquiriendo bienes o servicios.
- * Efectúa operaciones de cambio de moneda (compraventa de dólares)
- * Puede estar programada la tarjeta para conceder sobregiros, es decir también puede obtenerse dentro de determinada cuantía, y utilizando claves especiales, créditos automáticos.

La utilización de estas tarjetas está limitada a determinados clientes quienes para poderla operar deben acceder a una clave previa, como sucede en cualquier cajero electrónico. Tiene la facilidad que si el titular no puede concurrir al establecimiento la entrega a una titular no puede concurrir al establecimiento, la entrega a una persona de

confianza dándole la clave respectiva. Las compras pueden efectuarse sin otro control en cuanto a la capacidad de la persona, pues a diferencia de las tarjetas de crédito, en estas no se requiere identificación del usuario, salvo su clave operativa. Como podemos apreciar el uso de estas tarjetas se extiende no solo a terceras personas sino también a menores de edad.

Las implicancias jurídicas de estos contratos se extienden a las posibilidades de generar un inadecuado uso de las tarjetas, como puede ser el excederse de la cuantía crediticia, o el uso de la tarjeta por menores de edad (tarjetas adicionales para familiares), o el fraude que puede presentarse como consecuencia de adulteraciones en los *bauchers* o comprobantes de consumo, o la pérdida de la tarjeta y uso por persona ajena con la identificación y firmas falsificadas.

Estos contratos especialmente refiriéndonos a la compra de bienes y servicios, se perfeccionan a distancia, pues el Banco o la empresa que otorga el crédito no interviene directamente en la operación que hace el usuario al comprar bienes o servicios en el establecimiento afiliado.

Adquiere importancia su estudio, por cuanto el establecimiento puede estar ubicado a miles de kilómetros de la empresa bancaria, y sin embargo, a la sola solicitud del usuario se otorga el crédito o se entrega sumas de dinero, aún por encima de la cuantía autorizada o de la persona facultada para el uso de la tarjeta.

Para la aceptación de la compra, la empresa afiliada debe efectuar un especial control de la validez de la tarjeta, es decir verificar en sus listados que no haya sido anulada antes de su vencimiento, el verificar que la firma puesta en el reverso de la tarjeta sea igual a la de vigencia que figura en la propia tarjeta. Encontrándose conformes estos controles, el crédito de consumo solicitado por el usuario o poseedor de la tarjeta es concedido automáticamente, sin la intervención del Banco, que es quién cancela el crédito directamente.

Estos contratos están basados evidentemente en la buena fe y común intención de las partes tal como lo establece el Art. 1362, exigiéndose a los usuarios normalmente, el manejo de una cuenta corriente en el Banco emisor de la tarjeta, donde se puedan efectuar los cargos provenientes de los consumos, aún si éstos excedieran de la cuantía contractualmente pactada.

De existir diferencias, por errores o fraude en el cobro de los consumos, resulta de aplicación lo dispuesto en el Art. 1361, (segundo párrafo), pues el cliente que niegue la

procedencia correcta del cobro debe probarla o acreditarla, ya que de no hacerlo se aplica la presunción *juris tantum* de que el cobro es correcto.

Por otro lado esta es la forma y la costumbre aplicable a estos contratos. Jurídicamente se aplica la presunción *juris tantum* según el cual si las partes han convenido seguir determinada forma para un contrato aún no celebrado, se estima que ella ha sido deseada para la validez del acto, salvo prueba en contrario.

Precisamente el Art. 1411 determina lo siguiente:

***“Art. 1411.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.*”**

En estos casos, la contratación a distancia que se realiza a través de las tarjetas plásticas, están sometidas a una formalidad previamente convenida y que expresamente debe figurar en el contrato de apertura de crédito celebrado entre el Banco emisor de la tarjeta y el usuario.

De acuerdo con el Art. 140 del Código Civil, para la validez del acto jurídico se requiere además de agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y fin lícito, la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Precisamente el Art. 1392 consagra la formalidad *ad solemnitatem* que nace de la ley y de la que emana de la voluntad de las partes. Estas son las dos excepciones que se establecen para que en los actos jurídicos contractuales el cumplimiento de una forma determinada sea presupuesto de su validez. La regla es por tanto, *que la forma no es requisito para la validez de los contratos.*

En todos estos actos jurídicos analizados, las partes han acordado la forma que estos contratos deberán reunir para su validez, en unos casos será la presentación de la tarjeta y el uso de una clave, en otros casos será además la firma de un comprobante de consumo entre otros. En cambio, si no se cumpliera con dicha formalidad, o si la forma utilizada no fuera suficiente, el contrato es nulo.

Cualquiera de las partes podrá impugnar el contrato y ejercitar la acción de nulidad, por defecto formal.

b. La contratación a través de los cajeros automáticos

Otra forma de contratación moderna es la utilización de cajeros automáticos o electrónicos, que permiten al usuario, la realización automática y en tiempo real de una serie de operaciones bancarias como es el caso de retiro de sumas de dinero, traslación de fondos como es el caso de retiro de sumas de dinero, traslación de fondos de una cuenta a otra en la misma moneda, o la conversión de una moneda en otra, traslación de fondos de una cuenta personal a una cuenta de terceros, dentro de los clientes del mismo Banco o clientes de otros Bancos afiliados al sistema. También se puede realizar el pago de servicios o la compra de monedas extranjeras, el pago de documentos en cobranza, entrega de fondos a terceros en otros lugares, y muchas nuevas operaciones.

Otro de los contratos modernos del sistema bancario, es el servicio electrónico de teleconferencias de “*Un Gerente para Ud.*”, por el cual se pone a disposición de los clientes en locales especialmente preparados, un monitor de TV de 41”, donde uno puede conversar cara a cara con un funcionario del Banco, en vivo y a colores, durante las 24 horas del día, incluyendo sábados y domingos.

En este novísimo sistema, no hay un contacto directo con el funcionario y sin embargo, uno puede solicitar cualquier información de sus negocios que tiene con el Banco, ordenar el pago de facturas y servicios, traslación de fondos de una cuenta a otra, cambio de moneda, entrega de chequeras electrónica en forma inmediata e incluso créditos a través de sobregiros o préstamos de un funcionario que tiene facultades amplias para resolver cualquier problema del cliente, quien se auxilia de un moderno equipo de computación que le permite realizar en forma inmediata las operaciones ordenadas por el cliente.

En todos estos casos, las operaciones son aceptadas o rechazadas automáticamente. Si son aceptadas significan contratos celebrados por un cliente identificado únicamente por una clave, quien previamente ha sido calificado por el Banco, quienes después de firmar un contrato de adhesión, reciben una tarjeta plástica y un código confidencial (clave) que les permite utilizar el cajero y los otros sistemas analizados.

Los problemas jurídicos que se presentan con el manejo de los cajeros electrónicos, son sumamente diversificados. Podemos observar la capacidad del sujeto usuario. Normalmente, entendemos que la tarjeta es entregada al cliente con un código de identificación. Sin embargo, la tarjeta y el código puede ser utilizada por encargo por un tercero sea familiar o no, aún menor de edad. Se da el caso de que muchos de los créditos son solicitados por menores y sin embargo, al autorizarse el desembolso

automático se perfecciona el contrato, en el supuesto de que quien lo ha celebrado es persona capaz identificado como el titular de la tarjeta, aún sin estar presente en el acto.

El control de estos contratos se da en el registro de cada una de las operaciones, de tal forma que existen documentos que precisan el día, la hora y la máquina o teléfono en la que se hizo la operación.

Los riesgos de error son producidos comúnmente por fallas humanas, como es el caso por ejemplo de solicitar el retiro de una suma mayor a la que se mantiene en una cuenta corriente, originando un sobregiro automático y la consecuencia de cobro de intereses y comisiones por uso de este tipo de créditos, aunque la intención del cliente no fue la de solicitar dicho sobregiro.

Los problemas jurídicos que se presentan se manejan sobre las reglas de la buena fe y común intención de las partes, salvo que el cliente pruebe el fraude o error del acreedor.

c. Contratación a distancia mediante los computadores empresariales

Algunas empresas bancarias vienen instalando terminales de sus centros de cómputos, en las oficinas de sus clientes importantes denominados “terminales empresariales”, y que permite que el Gerente de la empresa o la persona debidamente autorizada, puede tener acceso a la computadora del banco y manejar desde su empresa las cuentas que mantienen con el Banco. Esto significa un avance extraordinario en las relaciones bancarias, pues en tiempo real y sin que trabajadores de la empresa concurren al Banco pueden efectuar las siguientes operaciones:

- * Consultas de saldos de cualquiera de sus cuentas.
- * Traslados de fondos de una cuenta a otra.
- * Compraventa de moneda extranjera.
- * Consulta de vencimiento de obligaciones por pagar.
- * Pago de remuneraciones del personal de la empresa, abonando en las cuentas de cada uno de los trabajadores el sueldo o salario correspondiente.
- * Pago de servicios y facturas de terceros.
- * Pago de obligaciones con cargo a una de sus cuentas.
- * Transferencia de fondos para ser pagadas en ventanilla a terceros.
- * Solicitud de créditos, sobregiros u otros de aceptación automática.
- * Mensajes en general, a través del llamado correo electrónico.

Todas estas y otras operaciones puede realizar la empresa utilizando su terminal empresarial, que significan contratos a distancia aprobados y ejecutados automáticamente, en tiempo real.

Los problema jurídicos que se presentan son cada vez más diversos, pues el terminal empresarial podría ser operado por persona no autorizada, y beneficiarse con créditos o traslaciones de dinero a su favor, o la utilización fraudulento del acreedor o de alguno de sus trabajadores, quienes al conocer determinada clave de la empresa logren el ingreso y manejo indebido de las cuentas de una empresa.

Los Bancos, en principio toman todas las medidas de control para que el sistema sea confiable, de tal forma que el manejo de las cuentas de una empresa sólo se pueda realizar a través del terminal electrónico entregado a sus oficinas, quedando registrada la operación con indicación de la fecha y hora, así como la máquina operada. Además el ingreso al terminal sólo lo hace la persona autorizada debiendo registrar una clave previa denominada password.

Los contratos celebrados automáticamente entre una computadora y otra directamente conectadas mediante el sistema modem, son contratos a distancia de realización simultánea, de aceptación inmediata y automática, que se regula de acuerdo a las normas que regulan los contratos celebrados entre presentes, aunque las partes físicamente se encuentren alejadas geográficamente. Los aspectos jurídicos de este contratos son los mismos que hemos analizado para los cajeros electrónicos, todos ellos basados en la buena fe contractual y en los registros electrónicos que quedan grabados en ambas computadoras.