

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

FORMACIÓN DEL CONTRATO POR MEDIOS ELECTRONICOS

1. Introducción. 2. Libertad Contractual. 3. El Contrato. 4. Contrato electrónico y Contratación electrónica. 5. Un nuevo concepto de contrato electrónico 5.1 La prueba del contrato a) electrónico firma digital, cifrado y autoridad de certificación 5.2 Hacia un nuevo concepto de contrato electrónico. 5.3. Forma y perfeccionamiento del contrato electrónico. a) forma del contrato electrónico. b) contrato electrónico, contrato entre ausentes o presentes. c) Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico. 6) Hipótesis de contratación a través de las nuevas tecnologías. a) Comunicación telefónica y videoconferencia via Internet. b) Contratación en página Web via Internet. c) Contratación por correo electrónico. d) Contrato electrónico en sentido estricto. e) lugar de perfeccionamiento del contrato. (i) comunicación telefónica vía videoconferencia via Internet. (ii) Contratación en página Web via Internet. (iii) Contratación por correo electrónico. (iv) Contratación electrónica en sentido estricto. 7. Aspectos especiales de la expresión de voluntad por medios informáticos. Existe una voluntad informática?. 8. Ejecución electrónica del contrato. 9. Una clasificación de la forma de ejecución o cumplimiento del contrato electrónico 10. Comercio Electrónico y los Consumidores. 11. Conclusiones.

1. Introducción

Desde hace varios milenios de años, el comercio se ha desarrollado de muy diversas formas, pero inmerso dentro de un concepto: “**confianza**”. Paralelamente, se iban creando ciertos cuerpos de normas de carácter consuetudinario que regulaban en parte, la actividad mercantil. Posteriormente, durante el milenio anterior y con la apertura de nuevas rutas comerciales y organizaciones dedicadas a ello, también inicia el estudio en las universidades dándose el desarrollo de la denominada *Lex Mercatoria*, que comprendía las costumbres de las ferias y del comercio marítimo en relación con las relaciones contractuales. Así, aparecen los banqueros, los corredores, los prestamistas, se forman corporaciones, figuras tales como letras de cambio, endosos, pero todo sustanciado en las costumbres, con todos y los mecanismos de solución.

Luego, se desarrolla la soberanía estatal y es el propio estado el que adopta un sistema de justicia. Por consecuencia, otorga los cuerpos normativos para dar contenido al sistema de esa justicia

Hoy, ante la presencia de un mercado globalizado y nuevas estructuras, en Costa Rica, el acceder al mercado como agente económico es consecuencia del ejercicio de una libertad. Se trata de la libertad de empresa. Ese ejercicio y permanencia en el mercado, implica una variedad indeterminada de relaciones entre agentes económicos y consumidores. Se impone la transparencia de las actuaciones en el mercado producto de los derechos tutelados.

Sin necesidad de entrar en consideraciones de la teoría de la empresa, a pesar de analizarse desde muy diferentes ópticas del derecho (comercial, laboral, administrativo, penal, etc.) y de acuerdo con los fenómenos económicos, se estima a la empresa como el elemento fundamental de la economía moderna, por haberse convertido en instrumento imprescindible para la realización de actividades mercantiles e industriales, individuales o en masa. No obstante, en la actualidad se produce, contrata y consume en masa y por virtud de la misma secuencia, pueden generarse daños en masa.

En efecto, el Código de Comercio italiano concibió la empresa como organización de la producción para el intercambio, pero desde el punto de vista objetivo de acto de comercio y asumió sólo el concepto de empresario, dentro del que distingue la figura del empresario mercantil. Nuestro Código de Comercio no contiene una relación específica o definición de empresa o empresario, pero esa tarea corresponde a la interpretación sistemática del derecho y no a una ley.

Ahora, toda actividad realizada por un empresario debe enmarcarse jurídicamente y para ello se habla de la denominada hacienda mercantil, la cual está compuesta de una serie de factores que Gutiérrez Falla denomina factores estáticos de la empresa y que todos juntos configuran la hacienda mercantil y que son necesarios para ejercer la actividad empresarial, es decir, la organización de la empresa.¹

En el fondo, el término empresa se utiliza en el sentido más amplio de operador económico.² Esa protección a la empresa a través de legislación, también tiene por objetivo la protección de los consumidores y el beneficio general del interés público.

El derecho comercial, en la actualidad, no es el único que estudia el fenómeno de la empresa, sino que el mismo se encuentra regulado, como se dijo, por todo el ordenamiento jurídico como sistema, siendo que más bien, la empresa como tal es un sistema, donde se identifica un input y un output, donde destacan, como ejemplo, la administración y la representación, por ejemplo. Puede afirmarse, que el concepto de empresa es un concepto económico y que la actividad económica otorga un concepto prevalente a la organización con el correspondiente fraccionamiento del derecho privado.

La empresa es una organización que transforma factores de producción en producción, por tanto, la empresa utiliza (organización hacia lo externo) la misma para el intercambio en un mercado de bienes y servicios. Para ello, requiere de una organización, como lo hacen otras empresas que participan en diferentes mercados, que como conjuntos, son parte del gran conjunto denominado sociedad y con la participación del Estado. Este, al intervenir, utiliza el ordenamiento jurídico para ordenar, regular y racionalizar a los participantes en el mercado de modo razonable, a fin de evitar las llamadas disfunciones del mercado.

2. Libertad contractual.

Se dijo supra, que las organizaciones deben utilizar al derecho para subsistir, así, en todo país capitalista, se reconoce una Constitución Política, que es el vértice superior del sistema jurídico, compuesta de normas, principios y valores, que pretende sustentar y dentro de ella, se ubica la llamada Constitución Económica. En ella existe la llamada libertad de empresa, que las mismas empresas como unidades y al participar en el mercado, dan contenido a esa libertad pero en tutela del interés público han

¹[1] Conf. GUTIERREZ FALLA Laureano, Derecho Mercantil, La empresa, 1985, pp.35-37.-

²[2] COSTAS COMESAÑA Julio, Los Cárteles de Crisis, Crisis Económica y Defensa de la Competencia, 1997, pp.29-35.-

de hacerlo de modo transparente y de buena fe. Esa Constitución Económica, referida supra, según la Sala Constitucional, en el Considerando VI del voto 3495-92, ha relacionado en lo conducente que:

“VI... La Constitución Política establece un **orden económico de libertad** que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada, (artículo 45) y de libertad de comercio, agricultura e industria (artículo 46) que suponen, a su vez, el de libre contratación. El segundo prohíbe de manera explícita no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; y a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo, y demás que se completan el marco general de la libertad económica.

Es por consecuencia de las reformas a los artículos 46 y 50 constitucionales, que pueden agregarse dos derechos económicos más; **la protección de los consumidores y el del ambiente**. En la Constitución Política patria existe una ordenación constitucional de los derechos económicos y sociales, que como se ha mencionado, es la llamada “**Constitución Económica**”³, y destacan entre ellos **la propiedad privada, la libertad de comercio**⁴, **de agricultura e industria, la libertad de contratación, derechos de los consumidores y el derecho a un ambiente sano**, pero que deben interpretarse en perfecta armonía con los numerales 50 y 74, también constitucionales.

³[3] Se entiende por Constitución Económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica - social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Naturalmente, este “orden económico constitucional” no es una pieza aislada sino un elemento más adentro de la estructura básica de la ley fundamental. ARIÑO, Gaspar, Economía y estado, 1993, p. 95. Las libertades, deberes, derechos y responsabilidades de la actividad socioeconómica de los individuos y el estado constituyen la llamada Constitución Económica. FONT GALÁN, Juan Ignacio, Constitución Económica y Derecho de la Competencia, 1987, pp. 131 - 132. - La existencia de la Constitución Económica ha sido reconocida en su doble dimensión estática y dinámica por el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 1/1982 de 28 de enero, al señalar que existen: “...normas destinadas a proporcionar un marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse Constitución Económica o Constitución Económica Formal” BERMEJO VERA, José, Derecho Administrativo, parte especial, 1996, p. 673-

⁴[4] Véanse votos de la Sala Constitucional 1195-91, 2229-91, 143-94, entre otros.

Debe entonces diferenciarse el concepto de “Constitución Económica” del “modelo de sistema económico”, ya que son cuestiones distintas que en realidad obedecen a distintos enfoques. Se trata, por un lado, de estudiar las normas jurídico - constitucionales que hacen referencia a la economía, y por otro, analizar qué fenómenos o realidades económicas tienen cabida en el ordenamiento constitucional. La realidad económica es, en su esencia, un problema de poder.

Todo sistema económico ha de estar basado en un determinado conjunto de directrices y conjuntos que sean unánimemente aceptados por los agentes económicos; lo contrario supondría el caos. Estas reglas, estas directrices, conforman lo que podríamos llamar “Constitución Económica” en sentido material. No obstante, razones de justicia social y sobre todo, de seguridad jurídica, exigen la formalización de todo este conjunto de reglas. Por ello, cuando la Constitución recoge este conjunto, podemos hablar de la existencia de una Constitución Económica formal que convive junto a la Constitución política.⁵

Del texto constitucional, artículo 46 constitucional, se deducen, además de la libertad de empresa y de mercado, los derechos fundamentales del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos y derechos instrumentales, necesarios para garantizar esos derechos fundamentales como la información, la educación y la participación de organizaciones propias con el apoyo estatal, pero no limitado al derecho de asociación como tal,⁶ regulación que también ocurre en la ley 7472 de promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor, pero no limitada a ella. Así, de acuerdo con el artículo 46 constitucional, se reconoce:

- ✓ **los intereses de los empresarios y competidores**
- ✓ **la protección de los consumidores**
- ✓ **el del mercado o interés público**

Puede afirmarse, además, la existencia de un **modelo social de competencia**, caracterizado porque no sólo toma en consideración la defensa del interés privado de los empresarios, sino también la defensa del interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado⁷. Es decir, todos en conjunto. Esto no es un criterio meramente teórico, todo lo

⁵[5] BERMEJO VERA, op. cit., pp. 672 - 673.

⁶[6] SALAS MURILLO, Evelyn; BARRANTES GAMBOA, Jaime Eduardo - La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito, 1997, p- 34.-

⁷[7] SEVILLA JIMENEZ Martín, Necesidad y oportunidad de la prohibición de la venta a pérdida, en La prohibición de la venta a pérdida, Autores Varios, 1997, p.19.-

contrario, está plasmado desde la Constitución y en una serie de leyes tales como la ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y 7732 Reguladora del Mercado de Valores, Ley 7447, entre otras, pero no limitadas a ellas.

Se reconoce además, como se informó, la libertad de contratar como derecho constitucional económico⁸. La **autonomía de la voluntad**, básica para el ejercicio de ese derecho, se ubica dentro del principio de libertad que distinguen los numerales 28.2 y 34 constitucionales, existiendo por consecuencia una libertad positiva y una libertad negativa, la cual, en el primer caso, permite hacer todo aquello que no está prohibido por normas de orden imperativo, costumbres o moral y en el segundo caso, se requiere autorización previa para ejecutar actos como el caso de una gasolinería, una venta de clubes de viajes, etc., pero en forma más amplia Blasco Gascó afirma que esa libertad se encuentra en un ámbito más amplio de libertad: el de libertad de celebrar o no actos jurídicos por los que asumen obligaciones o transmiten bienes y derechos. Así, la libertad de los particulares, la autonomía privada, se manifiesta, en primer lugar, con un carácter negativo: nadie transmite o grava un bien, nadie asume obligaciones sin su consentimiento. En segundo lugar, se manifiesta con un carácter positivo: es libertad de concluir contratos, típicos o atípicos y de dotarlos, tanto a aquellos como a éstos, de un determinado contenido, acorde con los intereses de los sujetos y sin vulnerar la ley, la moral o el orden público.⁹

Ese derecho de libertad de contratar, que incluye, como se dijo, el artículo 34 de la Constitución Política, se restringe horizontalmente por otros principios de igual rango o reglamentados a través de leyes, que como derecho limitado permitirán, por consecuencia, hacer aquello que las normas imperativas no prohiban o restrinjan, como el caso de los derechos de los consumidores y las normas ambientales y en las contrataciones entre agentes económicos y consumidores, éstas normas son imperativas e irrenunciables en toda contratación.

Sin embargo, debe quedar claro que ningún derecho fundamental es absoluto y que el régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de ley. Para ello, la Sala Constitucional, tratándose del primer aspecto, ha relacionado en el voto 3173-93 de 14:57 del 6 de julio de 1993 y en muchos otros, lo siguiente:

⁸[8] El voto 3495-92 de la Sala Constitucional reconoce que se inscribe a partir del principio de propiedad privada y libertad de empresa, se inscribe como principio del mismo rango para el ejercicio de ambos, el de libre contratación.

⁹[9] BLASCO GASCO Francisco, El contrato antes del contrato (Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual), en Contratación y Consumo, Autores Varios, 1998, pp.26.-

“... Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás, por lo que en aras de la convivencia se ha hecho necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas –el derecho de terceros– no es la única fuente justa para imponer limitaciones a éstas: los conceptos “moral”, concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad cuya violación ofende gravemente a la generalidad de sus miembros– y de “orden público”, también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales.

Por consecuencia, partiendo el reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad en general (artículo 28), del derecho a la propiedad privada (artículo 45) y de la libertad de empresa (artículo 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

- a) La libertad para elegir al Co-contratante;
- b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;
- c) La libertad en la determinación del precio contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; y
- d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato".¹⁰

¹⁰Extracto del voto de la Sala Constitucional 3495-92 de 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.

Por virtud de esa libertad de empresa y contratación y de fijación del contenido, los agentes económicos se valen de la libertad de expresión, la cual limitada por otros derechos constitucionales, para promover sus bienes y servicios en el mercado a través de publicidad, marketing y promociones, utilizando para ello, los medios que la ciencia y el mercado permiten con el fin de enviar todo tipo de ofertas con el objeto de que aceptadas, se formen los pretendidos contratos. Se reconoce entonces, la autonomía de la voluntad, sus respectivos límites y la autodeterminación.

Esa libertad contractual permite realizar pactos. la autonomía de la voluntad está limitada por aquellas normas y principios de contenido razonable y proporcionado de contenido imperativo, la moral y aquellas que no perjudiquen a terceros (artículo 28.2 constitucional) y por aquellos otros derechos constitucionales económicos y sociales de igual rango, que ante la colisión, la prevalencia se determina por el contenido del derecho colisionado, por lo que en consecuencia, así como la Sala Constitucional lo ha advertido de acuerdo al derecho de la Constitución, la libertad contractual NO ES IRRESTRICTA. La citada libertad tiene límites y limitaciones, los primeros marcan la frontera, el techo, normal hasta donde puede llegar el principio, las segundas implican recortes, restricciones al principio.

Ahora bien, el artículo 28 constitucional contiene varios principios, entre ellos, el de **libertad**, el de **reserva de ley** y el **sistema de libertad**. Esos valores fundamentales del Estado de Derecho, que representan el principio de libertad, que en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley, el principio de reserva de ley en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior, y el sistema de libertad, conforme al cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley. Esta norma vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2, el cual, crea, así, una verdadera “reserva constitucional” en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público.¹¹

No obstante, no existen derechos constitucionales ilimitados, a su vez, estos límites no pueden ser, ellos mismos, ilimitados, porque entonces se estaría ante la desaparición del derecho en cuestión. Esto es lo que se denomina la

¹¹ conf. parte del considerando IV del voto 6519-96 de la Sala Constitucional.

limitación de los límites. Un límite es la regla según la cual las restricciones a los derechos constitucionales deben ser necesarias y proporcionales, necesarias porque sólo ellas permiten alcanzar los objetivos deseados, no siendo posible recurrir a restricciones más importantes, proporcionales, porque las restricciones a los derechos constitucionales no deben ser en intensidad, desproporcionadas respecto de las ventajas de las que la colectividad se beneficia.

En igual sentido, el autor Bacigalupo señala que el principio de proporcionalidad precisamente sería uno de estos **“límites de los límites”** de reconocimiento jurisprudencial, es decir, no previstos expresamente por el constituyente, el que acabaría por convertirse en el más eficaz a la hora de acotar las facultades del legislador para limitar los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. Se trata del principio de proporcionalidad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de Derecho y más tarde de la propia esencia de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad establece convencionalmente una triple exigencia a las leyes limitadoras de derechos fundamentales, cuales son, en primer lugar, la exigencia de **idoneidad o adecuación**, así como la **necesariedad** de la limitación para lograr el fin que con ella se persigue, para lo cual no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin también podría lograrse y en tercer lugar, la exigencia de **proporcionalidad en sentido estricto**, entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación. Este último requisito de legitimidad material de la limitación de derechos fundamentales, exige, pues, una **ponderación de bienes e intereses**, en la que en todo caso se deberá tener en cuenta la alta significación de los derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho. Por ello, la justificación de una limitación de derechos fundamentales en base al juicio de proporcionalidad tenderá a exigir un mayor contenido argumental cuando el bien jurídico o valor salvaguardado carezca, por su parte, de rango constitucional. A la inversa, resultará por lo general más fácil justificar el sacrificio de un derecho fundamental cuando el bien o valor salvaguardado tenga a su vez rango constitucional.¹² La Sala Constitucional, en sendos votos, ha admitido la tesis de la proporcionalidad de forma similar a la expuesta.

Lo anterior hace que todo tenga sentido si se considera que los derechos económicos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En efecto, tienen límites. El tratadista nacional don Diego BAUDRIT CARRILLO¹³ reconoce

¹² Conf. BACIGALUPO Mariano, La aplicación de la Doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1993, n. 38, pp.297-315.-

¹³ BAUDRIT CARRILLO, Diego, El principio de Libertad de Contratación, Revista de Derecho Constitucional # 2, pp 55-69.-

que la autonomía de la voluntad tiene límites internos y externos, uno de esos límites externos es el orden público, rigurosamente considerado, en claro ajuste a la Constitución y normas legales de contenido razonable y proporcionado¹⁴, de manera que es posible concluir que la **libertad contractual está limitada por el orden público.**

Esta por demás decirlo, pero el catálogo de derechos fundamentales constantes en nuestra Constitución Política debe ser desarrollado por competencia del legislador y en ese sentido, la ley contiene la reglamentación del o los derechos fundamentales que se trate, toda libertad puede ejercerse entonces, sin más límites que aquellos contenidos en la constitución o bien permitido al legislador otorgarlas, -dentro de los parámetros respectivos y cuyo contenido no vacíe la libertad de que se trata, pero el ejercicio efectivo de una libertad, a pesar de su fortalecimiento, debe ejercerse con responsabilidad por el respeto del derecho ajeno, ya que el ejercicio descuidado puede generar conflictos con particulares o bien con el Estado. Así, cuando esta hipótesis ocurre, y la conducta choca con otros intereses de igual rango o supremo contenido, el legislador opta por el de más alta valía y restringir el marco de libertad del individuo.¹⁵

Esa libertad contractual permite, de una parte, realizar toda clase de contratos, sean escritos, electrónicos y verbales.

3. Del contrato.

El contrato es un límite al principio de libertad. Se sabe que el momento de perfección del contrato con la mayoritaria prevalencia de la teoría de la recepción de la oferta, que a pesar de estar rodeada de críticas, es la tesis contenida en el artículo 1010 del Código Civil patrio¹⁶ y en el § 130 y 147.2 del Código Civil Alemán¹⁷ y véase además, el artículo 1.110 de los

¹⁴ véase el considerando XIII del voto 3495-92 Sala Constitucional.

¹⁵ Tesis adoptada por Corte Plena en funciones de Tribunal Constitucional como la Sala Constitucional. (Véase voto 4205-96 entre muchos otros) Véase además el voto 3550-92 de la Sala Constitucional, que advierte sobre la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.

¹⁶ Véase PEREZ VARGAS Víctor, Derecho Privado, tercera edición, 1994, pp. 240-242.-

¹⁷ 130. (Efectividad de la declaración frente a la parte ausente) 1. Una declaración de voluntad que se exigía se hiciera a otro, si se realiza en su ausencia se hace efectiva en el momento en que le llega. No se hace efectiva si una revocación le llega de manera previa o simultánea. EIRANOVA ENCINAS Emilio, Código Civil Alemán, Comentado, BGB, 1998, p. 84.

Principios del Derecho Europeo de los Contratos y en cuanto a la aceptación, la teoría de la cognición es harto importante, como bien lo reconoce Martínez Gallego¹⁸, así como el artículo 1262 del Código Civil español y el 1335 del Código Civil Italiano y dentro de ese contexto los numerales 443 y siguiente del Código de Comercio.

Esas contrataciones, llevadas a cabo por medios ordinarios, tienen un componente de seguridad jurídica, aspecto que puede analizarse desde dos vertientes:

-en sentido objetivo, que supone la existencia de leyes claras y suficientes y su aplicación efectiva por los Tribunales, y

-en sentido subjetivo, la cual consiste, de una parte, en la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance y de otra, en la libertad de actuar con arreglo a aquella confiando en la eficacia de lo actuado.¹⁹

En el mercado²⁰, los flujos de información simétricos conducen a la transparencia. Se sucede la **confianza**. Es un valor que en última instancia debemos proteger con el fin de garantizar no solo la formación contractual sino las prestaciones derivadas del contrato. Ahora, que es la confianza: es un valor económico. Las empresas actúan por motivaciones económicas y la primordial es la expectativa de confianza, que nace fundamentalmente, a partir de la credibilidad objetiva, que es la que oriente el comportamiento y guía las decisiones de las empresas en sus relaciones de cara al mercado.

Así, Ghersi²¹ nos dice que quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción o comercialización de bienes y servicios es porque espera que ella se comporte en forma predecible en las negociaciones interempresarias, conforme a expectativas generadas y afirma que generar confianza implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro. Incluso, el mismo autor, citando a Coleman, dice que la confianza es un “capital social” que resulta vital para el bienestar económico y la competitividad de las empresas en el mercado y una sociedad con ausencia de confianza, produce rendimientos económicos deficientes, quebrantamientos empresariales y constantes daños a los consumidores²².

¹⁸ MARTINEZ GALLEGO Eva María, La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación, 2000, pp. 127-132.-

¹⁹ BOLÁS ALFONSO Juan, Firma Electrónica, Comercio Electrónico y Fe Pública Notarial en Notariado y Contratación Electrónica, 2000, p. 44.-

²⁰ La red es un mercado.

²¹ GHERSI Carlos Alberto, Contratos Interempresarios, cuantificación económica, 2001, pp 125-131

²² COLEMAN, Social Capital in the Creation of Human Capital, American Journal of Sociology, 1988, citado por GHERSI, op. cit., p. 131.

Borda²³ afirma, que esa confianza será vinculante para quien la crea y actuar en contrario de la misma puede representar su violación y ello podría atentar contra la regla de derecho del *venire contra factum proprium non potest*.

Así, de acuerdo con los elementos establecidos en el Código Civil, la esencia del contrato es el consentimiento de las partes, objeto y causa, que puede prestarse personalmente o por representación legal o voluntaria, sin embargo, la simultaneidad no es presupuesto para la validez del consentimiento contractual. No debe dejarse por fuera los deberes precontractuales de información para la formación del contrato, deberes que derivan del principio de buena fe contractual, la libertad de forma contractual, con sus excepciones y principios que rodean la contratación.

La globalización y el avance de la tecnología ha permitido a la humanidad expresar la voluntad por nuevos medios, los electrónicos y que generan una categoría de los contratos: los contratos electrónicos. Uno de los medios utilizados en el vertido de esa manifestación de voluntad es Internet.

4. Contrato electrónico y Contratación electrónica.

La variación del medio para verter el consentimiento por la vía electrónica, plantea varios problemas. El primero representa el valor que se pueda otorgar al soporte electrónico y el otro, el procedimiento. En síntesis, la preocupación radica en la sustancia como la forma, por cuanto, no hay documento escrito y firma.

La forma electrónica, debe admitir de manera general aquellos contratos en que la ley no exija solemnidad en cuanto a forma documental. Para ello, el artículo 1 de la Ley 8454 de Certificados, Firmas Digitales y documentos electrónicos de 13 de octubre del 2005, establece que esa ley aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos y privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten compatibles.

Dicha ley reconoce en su artículo tercero, que cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos y aclara que en cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual

²³ BORDA Alejandro, La teoría de los actos propios, 2000, p. 155.

manera tanto los electrónicos como los físicos y advierte que el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exige para cada acto o negocio jurídico en particular.

Dicha ley 8454, califica a los documentos electrónicos como públicos o privados y reconoce la fuerza probatoria en las mismas condiciones que los documentos físicos y véase que el artículo cinco de dicha ley indica, que la utilización de documentos electrónicos es válida para los actos y contratos con la excepción dicha infra:

Artículo 5.- En particular y excepciones

En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente:

- a) La formación, formalización y ejecución de los contratos.
- b) El señalamiento para notificaciones conforme a la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales.
- c) La tramitación, gestión y conservación de expedientes judiciales y administrativos; asimismo, la recepción, práctica y conservación de prueba, incluida la recibida por archivos y medios electrónicos.
De igual manera, los órganos jurisdiccionales que requieran la actualización de certificaciones y, en general, de otras piezas, podrán proceder sobre simples impresiones de los documentos en línea efectuadas por el despacho o aceptar las impresiones de dichos documentos en línea, aportadas por la parte interesada y certificadas notarialmente.
- d) La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.
- e) La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.
- f) La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes.

No se podrán consignar en documentos electrónicos:

- a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.
- b) Las disposiciones por causa de muerte.
- c) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.
- d) Los actos personalísimos en general.

Y por supuesto, si el acto o contrato conlleva reintegro fiscal, definitivamente el numeral 7 de la ley determina claramente la obligación de pago y comprobación.

En el comercio electrónico, tanto la oferta como la aceptación podrán ser expresados automáticamente por medio de un sistema informático programado con esa finalidad, en cuyo caso el consentimiento se

entenderá válidamente dado por la persona física o jurídica que lo destinó al efecto.

Pues bien y dentro de los medios ordinarios, la oferta, una vez manifestada, es una declaración unilateral de carácter recepticia emitida por el oferente con la finalidad de vincularse a una relación contractual determinada. Según ello, la oferta al ser una declaración de voluntad de carácter recepticia debe ir dirigida a una persona o a un grupo de personas determinadas o bien al público. La oferta, como tal, debe tener un límite temporal y espacial²⁴. Aceptada esa oferta, formará el contrato si no existe retiro o caducidad de esa oferta. Ya la doctrina se ha encargado de estudiar la contratación entre presentes, a distancia y entre ausentes, ofertas directas y al público, ofertas de carácter completo, etc.

Sin embargo, y desde el punto de vista jurídico, la oferta electrónica es perfectamente admisible en el sentido de que no se precisa ninguna formalidad específica para su emisión²⁵, así lo establece el artículo 11 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico al expresar: "En la formación de un contrato de no convenir las partes otra cosa, la oferta y la aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos" y por su parte, Barceló indica que en cuanto a la regla de perfección del contrato como límite del momento de revocación, así como sus variantes, es igualmente aplicable a los contratos que se perfeccionan por medios electrónicos EDI²⁶.

Es por lo anterior y producto del desarrollo de las nuevas tecnologías, las empresas pueden realizar una serie de actividades como la concreción de transacciones, contrataciones de personal, investigación y desarrollo, siendo que en el caso de las contrataciones de bienes y servicios, la voluntad de las partes se expresa de un modo distinto. Las comunicaciones serán a través de mensajes de datos en la red y si se forma el contrato, correspondiente al medio electrónico, estamos en presencia de los denominados contratos electrónicos²⁷, que en realidad, pueden ser los mismos que hoy día conocemos como nuevos tipos como acuerdos de alojamiento en portales con objeto de mercadear, administración de portales, otorgamiento de nombres de dominio, de servicios de Internet, de foros de conversación (Forum Chat Rooms), propiedad intelectual, etc.

²⁴ Véase el artículo 1012 del Código Civil y 443 del Código de Comercio

²⁵ RICO CARRILLO Mariliana La oferta y la aceptación en la contratación electrónica, Revista Electrónica de Derecho Informático, www.derecho.org

²⁶ BARCELO Rosa Julia, Comercio Electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI). 2000, pp. 379-380.-

²⁷ Consúltese el artículo 15 de la Ley Modelo de Uncitral.

Contrato electrónico o contratación electrónica puede entenderse como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo²⁸, por lo que Barriuso, agregando algunos elementos al concepto de contrato electrónico anterior, señala que entiende por tal; “Las declaraciones de voluntad, con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones realizadas por medios electrónicos que se caracterizan, entre otras cosas, por:

- La desmaterialización del documento electrónico.
- La esencialidad de los mensajes, ante la existencia de acuerdos previos o de configuraciones explícitas,
- La incorporeidad de las relaciones, al realizarse en ausencia física de las partes
- La aparición de transferencias y flujos de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos,
- Las distintas fases de formación del consentimiento, con la parte de voluntad latente que encierran y el flujo informático de decisión.²⁹

Así, queda establecido que cualquier documento, celebrado a través de medios electrónicos y que contenga los elementos necesarios, será un contrato electrónico; lo relevante, en consecuencia, es que la voluntad haya sido expresada por medios electrónicos. Sin embargo, ese intercambio de datos para la emisión de voluntades no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica así como la confianza, por lo que, De Miguel Asensio indica que, para el pleno desarrollo de la contratación por Internet, resulta necesaria la intervención legislativa, además, contempla el desarrollo temprano de un régimen normativo elaborado de las transacciones sobre información características del comercio electrónico, tal y como sucedió en Estados Unidos con el proceso de redacción del Article 2B Uniform Commercial Code o Uniform Computer Information Transactions Act de 29 de julio de 1999 y en el plano internacional, numerosas organizaciones, tanto intergubernamentales (CNUDMI/UNCITRAL, Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, OMC, etc.) como privadas como la CCI, se han venido ocupando

²⁸ PINOCHET OLAVE Ruperto, Contratos electrónicos y defensa del consumidor, 2001, p. 28.-

²⁹ BARRIUSO RUIZ La contratación electrónica, 1998, p. 77 citado por PINOCHET OLAVE, op.cit., p. 28.

de la ordenación de los contratos electrónicos³⁰, y a nivel estatal y territorial, numerosas legislaciones se ocupan hoy día de esos contratos electrónicos³¹.

Autores como Moreno Navarrete informan, para mejor entendimiento, que el contrato electrónico es el género y el contrato informático una especie de contrato electrónico que tiene por objeto particular la intermediación de bienes y servicios informáticos, sin embargo, es necesario ser cauteloso en esta materia, ya que las precisiones que hemos formulado son sólo conocidas y aceptadas por el reducido círculo que de alguna manera ha iniciado estudios sobre esta materia. Para aquel sector de los juristas menos especializado en Derecho de las nuevas tecnologías, el contrato informático es entendido en un concepto amplio similar al de contrato electrónico, haciendo en la práctica sinónimos los términos contratación informática y contratación electrónica. Dado que el elemento esencial del contrato electrónico se encuentra constituido por la expresión del consentimiento a través de medios electrónicos, parte de la doctrina ha llegado a afirmar que, más que contratos electrónicos, lo que realmente existe son contratos electrónicamente consentidos³² o, dicho de otro modo, contratos en que la voluntad se ha expresado electrónicamente. En este punto, es posible imaginar otro problema a resolver, ya que solo una parte de la formación del consentimiento ha sido realizada por medios electrónicos, oferta o aceptación, cabe preguntarse si podrá el contrato ser calificado de electrónicamente consentido. Por ejemplo, una persona conoce de una oferta a través de un folleto, carta u otro medio escrito y manifiesta su aceptación por correo electrónico, o el caso contrario, se recibe una oferta por correo electrónico, o el caso contrario: se recibe una oferta por correo electrónico y el aceptante manifiesta su voluntad personalmente o por escrito en soporte papel. Moreno Navarrete³³ concluye, que, si sólo la oferta es electrónica, el contrato no lo será, ya que para considerarse electrónico debe celebrarse (perfeccionarse) de ese modo. Según palabras del mismo autor, “no ocurre lo mismo al contrario, la celebración o forma electrónica es suficiente para que el contrato sea electrónico aunque no exista oferta electrónica. Así la llamada telefónica para comprar un artículo visto en catálogo “formato papel” concluyendo que para que el contrato sea electrónico, al menos la forma de aceptación ha de serlo también”.

³⁰ DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, Derecho Privado de Internet, 2001, p. 314.-

³¹ Por ejemplo, las reformas al Código Civil Alemán que entraron en vigencia el 01 de enero del 2002, las reformas al Código Civil Francés del 2000, el Civil Italiano, legislación sobre firmas digitales, etc.

³² MORENO NAVARRETE Miguel Angel, Contratos Electrónicos, 1999, p. 35.-

³³ Ibid, op. cit., p. 36.-

5. Un nuevo concepto de contrato electrónico.

5.1 La prueba del contrato electrónico

Por consecuencia de la dinámica negocial en contratación electrónica, se discute, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sobre la aceptación de los elementos generados por las nuevas tecnologías como medio de prueba en juicio y especialmente, si técnicamente es considerado como documento y aún más: en compraventa al crédito, si la factura de crédito electrónica (documento digital) tiene carácter ejecutivo y puede ser cobrada judicialmente.

En nuestro ordenamiento, el documento electrónico puede considerarse documento³⁴, además, la motivación del proyecto de ley N° 14.276 LEY DE

³⁴ Consultar el art. 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial y resolución que se dirá: **N° 28 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las quince horas quince minutos del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

IV.- Tocante a la clasificación de los elementos de convicción, importa señalar que el Código Procesal Civil contempla en una sección los documentos y en otra los llamados medios científicos. Los documentos tienen una amplia definición que incluye "los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo" (artículo 368 del Código Procesal Civil). Bajo esa inteligencia, el documento es "...entendido como cosa corporal que tiene la función de transmitir la representación escrita, emblemática o fonética de un dato jurídicamente relevante..." (Explicaciones del artículo 368 del Código Procesal Civil elaboradas por la Comisión Redactora del Proyecto, Código Procesal Civil, San José, Ed. Juricentro, 1990, p. 155). Se trata, en suma, de la tesis de la representación apreciable no sólo por la vista, sino también por otros sentidos (oídos, tacto -v.gr. escritura Braille-). El grupo de los medios científicos, contemplado en otra sección del Código Procesal Civil, bien puede categorizarse como una subclasificación de la prueba documental, e incluye las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas. De esta suerte, el télex, en la catalogación que sigue el Código Procesal, se reputa como un medio de prueba de los denominados "científicos", lo que, obviamente, no excluye su carácter de prueba documental.

V.- En lo referente a la prueba documental, propiamente dicha, tradicionalmente se distingue entre documento público y documento privado. En esta clasificación, por un razonamiento excluyente, el télex constituye un documento privado, al no ser factible clasificarlo dentro de "aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formalidades requeridas y dentro del límite de sus atribuciones" (artículo 369 del Código Procesal Civil). Mas, cabe advertir que el télex es un documento privado que goza de algunas singularidades, pues requiere de la participación de un tercero -trasmisor- y la utilización de instrumentos técnicos. Con respecto al valor probatorio del documento privado la doctrina diferencia entre los auténticos y los no auténticos, es así como el art. 379 del Código Procesal Civil estatuye que "los documentos privados reconocidos judicialmente o declarados como reconocidos conforme con la ley, hacen fe entre las parte y con relación a terceros, en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario". Para el supuesto de las reproducciones mecánicas, género en el cual puede encuadrarse el télex, la legislación dispone que "hacen prueba de los hechos o de las cosas representadas, si la parte contra quien se opone las acepta expresa o tácitamente" (numeral 391 Código Procesal Civil). En lo relativo al reconocimiento de un

FIRMA DIGITAL Y CERTIFICADOS DIGITALES, así lo reconoce³⁵ y es el que ha dado lugar a la Ley 8454 de Certificados, Firmas Digitales y

documento privado esta Sala ha señalado que al carecer, en tesis de principio, de fuerza probatoria debe darse su reconocimiento (V. Sentencia No. 145 de las 14:30 horas del 29 de agosto de 1991). Para comprobar la autenticidad del documento privado no reconocido, generalmente se hace uso de otros factores, tales como la firma o el valor específico que la legislación le asigna al tipo de documento. El télex, por su naturaleza, carece de firma y de signos manuscritos, o sea, que es de transmisión puramente mecánica, lo que podría dificultar la prueba de su autenticidad y hace que se consideren otros elementos, derivados de su naturaleza, para su valoración. Así, por una parte, la legislación, al considerar al télex como documento privado, exige su reconocimiento para otorgarle fuerza probatoria; mientras que al considerarlo medio científico o de reproducción mecánica, lo reconoce y acepta como un medio de prueba. Estas normas deben ser armonizadas, para arribar al corolario de que en caso de no ser aceptado por la parte, puede hacerse uso de los otros elementos mecánicos para comprobar su autenticidad o para otorgarle algún valor, en atención a los principios de la sana crítica. Cuando se emplea la comunicación telegráfica para interrumpir la prescripción, la autoría no es cuestionada pues generalmente es el mismo titular del derecho y emisor del mensaje quien lo introduce al proceso. Donde surge la duda es con respecto a la eficacia del acto jurídico que viene a perfeccionarse con la recepción del mensaje, por parte del requerido para el pago.

VI.- Como ya se dijo, por disposición del Código Procesal Civil, el télex es considerado un medio científico de prueba (artículos 318 y 412), no obstante, el texto legal no le asigna un valor específico como sí lo hace con otros elementos probatorios tasados. En concreto, la legislación procesal no le asigna un valor taxativo o específico al télex como medio de prueba, por lo que su valoración se debe hacer siguiendo las reglas del sano entender, en armonía con otros elementos probatorios obrantes en autos. Sobre este particular, esta Sala ha manifestado que la sana crítica "...rompe los viejos moldes del sistema de tarifa legal de pruebas, donde el juzgador actuaba como un simple autómatas o cuando más, como un contable, pues en el análisis de la prueba se imponía un criterio o "convencimiento", a contrapelo de su conciencia y de los dictados de la lógica y la experiencia, aplicados a las circunstancias del caso concreto...Con arreglo a este (relativamente) nuevo sistema, el juzgador, en sus esfuerzos por desentrañar la verdad, ya no se encuentra aherrojado por un procedimiento reglado o de prueba tasada (cuyo valor está determinado por la ley). Puede ahora ejercer su labor de apreciación con base en principios de la experiencia, de la razón y la lógica -acompañadas éstas por la imaginación, la sicología y la sociología-, así como de los conocimientos científicos y técnicos cuyo empleo resulte necesario, en aras de una exitosa dilucidación. Tales son los alcances del artículo 330 del Código Procesal Civil..." (Sentencia No. 145 de las 14:45 horas del 30 de octubre de 1992). Por su parte, el ordinal 10 del Código Civil manda que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas". Importa añadir a estas consideraciones un factor de suma relevancia: el dinamismo que ha caracterizado las prácticas mercantiles y su estrecha relación con los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, lo cual demanda que el derecho los regule para asegurar que resulten seguros y eficaces. El uso del télex ha sido, ya por más de medio siglo, una práctica sumamente común en las comunicaciones de carácter mercantil. No es sino hasta fechas recientes -cuando otros medios más versátiles, como lo son el fax, el modem y el correo electrónico, se están popularizando- que el telex ha cedido su lugar de privilegio en las comunicaciones mercantiles.

³⁵ La motivación del proyecto 14276 es como se dirá: "La comunicación entre los seres humanos, particularmente las comunicaciones a distancia se han facilitado conforme avanza la tecnología. El telégrafo, el teléfono, la radio, la televisión, el fax, cada

uno a su tiempo, han representado importantes pasos en materia de comunicación humana, y han conformado una base tecnológica de mucha capacidad, la cual ha iniciado una verdadera revolución en las comunicaciones y el desarrollo de las sociedades contemporáneas. Una de las áreas más beneficiadas con estas nuevas y ágiles herramientas de comunicación es la del comercio. Por su misma naturaleza, requiere cada vez más de mecanismos ágiles y eficientes pero también seguros de comunicación.

Esta cadena de logros tecnológicos en materia de comunicación ha alcanzado un punto muy alto con la extensión de la red internacional o Internet (red de redes), la cual ha ampliado exponencialmente las posibilidades y facilidades de comunicación entre los seres humanos. Es, definitivamente, un medio que no puede ser ignorado por ninguna persona, mucho menos por el sector comercial alrededor de todo el orbe. Y en efecto, no lo ha sido. Los expertos coinciden en afirmar que la Sociedad de la Información ha encontrado en Internet el canal de flujo ideal, por sus preciados atributos: rápido, barato, y cada vez más extendido y eficiente. Cada vez más empresas deciden incursionar en el mercado virtual, y basan sus comunicaciones externas en ella; igualmente, con más pausa y mesura pero con la misma decisión, los operadores financieros comienzan a utilizar el nuevo medio. Y no podría ser de otra forma ya que en el mercado virtual adquieren ventajas comparativas que sencillamente no existen en el mundo físico, siendo la reducción de costos uno de sus principales beneficios. Es notable que este tipo de instrumento accesible actualmente a una parte de la población, era accesible hasta hace pocos años, únicamente a las corporaciones más poderosas del planeta. La pequeña y mediana empresa ven en efecto en la Internet la posibilidad de un acceso sin precedentes a la información y los mercados mundiales a un costo reducido, y con tendencia a bajar, no a subir, a medida que la red de redes se extiende en todo el orbe. Estamos presenciando una verdadera revolución en el acceso al conocimiento, a la información y la comunicación con consecuencias apenas imaginables para el futuro de la humanidad.

Para las economías en desarrollo como la nuestra, el maximizar los beneficios que ofrece el comercio electrónico es un imperativo; pero también es lograr una posición de vanguardia en la transferencia de tecnología e información, con base al potencial que tiene nuestro país en cuanto a recursos humanos calificados en el área informática, tecnológica y profesional, en general.

El resultado de este proceso ha sido el advenimiento de la Economía Digital, en la cual el valor recae con mayor fuerza en bienes intangibles, y en el conocimiento. Pero también ha significado una nueva vía amplísima y dinamizadora de comercio.

El desarrollo del comercio electrónico ha sido vertiginoso, sin embargo, presentará obstáculos difíciles de superar si no se resuelven ciertos aspectos técnicos y de índole legal. Desde el punto de vista jurídico esta revolución tecnológica e informática ha significado un reto complejo y desafiante: dotar de seguridad jurídica el tráfico, tanto de información como de bienes y servicios. La contratación electrónica debe ser objeto de regulación, en forma muy cuidadosa, para que las nuevas tecnologías de la información no se vuelvan inoperantes. Uno de los temas esenciales a tratar, si no el más importante, es el del reconocimiento legal de la Firma Digital. No es posible concebir un creciente desarrollo del comercio electrónico, y la incursión de otro tipo de transacciones jurídicas en la red, si no se provee de la adecuada seguridad para el normal desempeño de estas actividades. La Firma Digital es un mecanismo concebido en función de esta meta prevaleciente, y es objetivo del presente proyecto regularla de forma tal, que existan los elementos jurídicos fundamentales para el desarrollo de la Economía Digital en un contexto razonable, mas no infalible, de seguridad jurídica, estimulando el poder de su "motor": el comercio electrónico.

Este proyecto de ley es coherente con el derecho internacional en tema de comercio electrónico, con el propósito de obtener la adecuada seguridad y certidumbre en las transacciones electrónicas basadas en la red de redes. La importancia que reviste la uniformidad respecto al tratamiento de los aspectos más importantes sobre comercio electrónico, es insoslayable. La regulación propuesta pretende mantener la armonía con

documentos electrónicos de 13 de octubre del 2005. Esto sucede por virtud de que si la forma electrónica puede documentarse, surge un tema que no se puede dejar de lado. Al efecto, véanse los artículos 9 de la Ley 8454 y el 6 bis, párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se advierte que ante la libertad de forma, es posible transitar por la vía electrónica ofertando bienes y servicios: una página que ofrece bienes y servicios, es en mi opinión, una oferta al público, como lo son los bienes incluidos en la ventana de un establecimiento dedicado al comercio, la contratación bursátil, etc. El botón de “aceptación” de esa página, implica, en mi opinión, un contrato de adhesión ya que la estandarización del contenido negocial es evidente.

En cuanto a la firma, la Ley 8454 tiene por objetivo regular el uso y el reconocimiento jurídico de la Firma Digital, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad, así como el autorizar al Estado para su utilización. (ver artículo 8 de la Ley).

El Real decreto de firma electrónica español, por ejemplo, indica que el apartado primero del artículo tercero, que la firma electrónica privilegiada, “tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”. Pinochet dice que la disposición aludida que la firma aludida que la firma electrónica tendrá igual “valor jurídico que la firma manuscrita”, mientras que no existe ninguna norma que fije el valor de la firma manuscrita, es más, ni siquiera existe alguna norma que defina lo que es jurídicamente una firma. Desde un punto de vista probatorio lo que existen son los

los elementos principales de la regulación internacional sobre el tema, brindando el marco jurídico adecuado y viable para la contratación electrónica, y en general, las relaciones jurídicas basadas en la comunicación mediante medios informáticos o telemáticos, sean o no de índole comercial. Esto se haría entonces, esencialmente, a través del reconocimiento de eficacia, desde el punto de vista probatorio, de la Firma Digital vinculada a un proveedor de servicios de certificación.

Debe despejarse cualquier duda respecto de la validez jurídica como prueba del documento electrónico, el cual, de conformidad con nuestra legislación procesal civil, es admisible como prueba en sede jurisdiccional.

En concreto, para lograr los objetivos supracitados es preciso: regular el reconocimiento legal expreso de la Firma Digital; determinar los efectos de la Firma Digital; el reconocimiento del principio de equivalencia funcional por medio del cual se confiere al documento digital firmado los mismos efectos que se le imputan al documento escrito; acoger el “principio de neutralidad tecnológica”, de forma tal que la normativa no limite el mecanismo de Firma Digital a una sola tecnología; establecer reglas mínimas en materia de conservación, envío y recepción de mensajes de datos para aquellos casos en que las partes no hayan estipulado reglas especiales.

medios de prueba y, entre éstos, los documentos, los que, (sí esta vez según señala la ley) pueden ser catalogados de públicos o privados, firmados o no firmados (según el concepto de prueba literal). Cree que el tratamiento más aconsejable hubiera sido haber reconocido la categoría de documento al documento electrónico, de firma a la firma electrónica y haber sometido a las reglas generales de la prueba su valor probatorio³⁶. Esta crítica, ha sido generalizada en otras legislaciones con las respectivas leyes de firma digital, además del problema de la autoridad de certificación.

Reed, por su parte, reconoce que en el derecho inglés, el objeto de la firma será, suscribir el documento y darle autenticidad al mismo³⁷.

a) firma digital, cifrado y autoridad de certificación

La ley 8454 relaciona, en su artículo 8, que la firma digital es cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico y una firma digital se considerará certificada cuando sea emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado.

El autor Pinochet, reconoce a la firma digital indicando que la firma digital es una firma electrónica generada a través de mecanismos calificados de seguros de sistema de claves públicas asimétricas consiste en un par de claves que una empresa especializada crea a través de un programa a solicitud de persona interesada. Una de las claves es privada y solo podrá ser utilizada por el titular de la firma. Dicha clave es privada y solo podrá ser utilizada por el titular de la firma. Dicha clave podrá estar en una computadora o en una tarjeta electrónica (smart card) y para acceder a ella el usuario deberá digitar una clave secreta u otro mecanismo mas avanzado de seguridad, en ese momento podrá aplicar su firma digital al documento electrónico que quiera firmar digitalmente. Al aplicar la firma digital sobre un documento, ésta se mezcla o confunde con los datos que son enviados a través de un proceso de encriptación de la información. La clave pública podrá ser accesible por cualquier persona incluso en bancos de datos que serán consultados vía Internet. Sólo utilizando la clave pública asociada a una persona determinada será posible descifrar un documento que haya sido firmado con la clave privada de su autor. Esto quiere decir que ambas claves se encuentran asociadas. Si el mensaje no ha sido firmado por la persona que se cree, cuya clave pública ha sido

³⁶ PINOCHET OLAVE, op. cit. P. 36. En igual sentido, el artículo 5 del Proyecto de Ley de Firma Digital número 14276 costarricense.-

³⁷ REED Christopher, Internet Law, Text and Materials, 2000, p. 153

aplicada, el resultado será que el documento no podrá ser descifrado, el resultado será un conjunto ilegible de caracteres. El sistema se denomina asimétrico porque se utiliza una clave diferente para encriptar u descifrar el documento, a diferencia de los sistemas simétricos, menos seguros, en lo que se usa la misma clave tanto para encriptar el documento como para descifrarlo. Así, si se desea enviar un mensaje a Rodrigo y que sólo él pueda leer, debo encriptar el mensaje con la clave pública de Rodrigo, y en ese caso dicho mensaje sólo podrá ser descifrado por Rodrigo con su clave privada. ¿Cómo podrá estar seguro Rodrigo de que el mensaje se lo envié yo? En ese caso encriptaré el mensaje con la clave pública de Rodrigo y con mi clave privada; para descifrarlo, Rodrigo deberá usar su clave privada y la clave pública asociada a mi persona. El uso de claves asimétricas sólo permiten asociar una clave con otra, pero no garantiza que la persona que afirma que un determinado par de claves le pertenece sea efectivo, lo que hace posible la suplantación de identidades. Para identificar la clave pública con una determinada persona es necesaria la intervención de terceros a través de las denominadas empresas de certificación. El servicio de certificación, realizado por una tercera parte de confianza, en el caso español sometidas al control estatal, comprueba la identidad real de la persona utilizando los medios tradicionales, su presencia física y la exhibición de su documento nacional de identidad, para luego proceder a la creación de una firma digital asociada exclusivamente a su persona, en dicho momento la empresa certificadora estará en condiciones de emitir un certificado electrónico que garantice a cualquier persona que la clave pública asociada a un sujeto determinado efectivamente le corresponde y, en consecuencia, cualquier documento electrónico descifrado con su clave pública necesariamente ha de haber sido suscrito y firmado por el mismo sujeto. La función principal de un certificado es asegurar la validez de una clave pública. Es, por tanto, muy importante la identificación precisa de que la clave pública que manejamos para verificar una firma o cifrar un texto pertenece realmente a quien creemos que pertenece. Tal como hemos dicho, los certificados electrónicos cumplen dicha función, pero además pueden contener numerosa información adicional sumamente importante, desde la perspectiva de la prueba de las obligaciones contractuales entre dicha información los certificados pueden contener:

- Un identificador de a quien pertenece el certificado,
- Otro identificador de quien asegura su validez, que será una Autoridad de Certificación,
- Dos fechas, una de inicio y otra de fin del período de validez del certificado, es decir, cuándo un certificado empieza a ser válido y

cuándo deja de serlo, fecha a partir de la cual la clave pública que se incluye en él no deberá utilizarse para cifrar o firmar,

- Un identificador del certificado o número de serie, que será único para cada certificado emitido por una misma autoridad de certificación. Esto es, identificará inequívocamente a un certificado frente a todos los certificados de esa autoridad de certificación,
- La clave pública perteneciente a quien figura en el campo del primer identificador (propietario y usuario del certificado electrónico),
- Firma de la Autoridad de certificación en todos los campos del certificado que asegura la autenticidad del mismo.³⁸

Pinochet dice que hoy día, las partes del contrato pueden identificarse perfectamente, ya que un tercero certificará la pertenencia de un par de claves a una persona determinada. La única forma de fraude consistirá en que el titular de la clave privada facilite a un tercero su clave secreta o pin, a través de la cual dicho tercero podrá activar su firma digital, pero en dicho caso puede considerarse que la responsabilidad será sólo de él, tal como si una persona facilita su tarjeta de cajero bancario automático o otra junto a su clave secreta.³⁹

Esa es la función básica de los certificados y el elemento clave de tal función: la comprobación de la identidad del firmante que plantea la cuestión de responsabilidad del prestador en caso de emisión de certificados inexactos.⁴⁰

Una cualidad del documento electrónico que pudo también ser cuestionada en sus primeros momentos de desarrollo está relacionada con la autenticación⁴¹ de su contenido, esto es la vinculación del contenido del

³⁸ PINOCHET op cit P 36-39. y cita la siguiente información: empresa de certificación ACE, en <http://www.ace.es>

³⁹ PINOCHET, op. cit. P. 39.

⁴⁰ Conf. MARTINEZ NADAL, La ley..., op. cit., pp. 80-81. La autora expone además, que la función central del certificado es, efectivamente, vincular un dato de verificación de firma (una clave pública, en el caso de criptografía asimétrica) a una persona determinada. Por ello, es esencial la confirmación y verificación de identidad del titular de tal elemento.

⁴¹ Identificación y autenticación de un documento constituyen conceptos relacionados, pero no idénticos, la identificación, generalmente conseguida a través de la firma, asegura la relación jurídica entre el documento y la persona que lo ha suscrito, mientras que la autenticación consiste en un proceso activo según el cual el autor expresa su consentimiento sobre un acto jurídico, dicho de otro modo, supone un vínculo intelectual entre la firma y el texto o contenido del documento. V. CARRASCOSA LOPEZ, M. BAUZA REILLY y A GONZALEZ AGUILAR, El derecho de la Prueba y la Informática, Problemas y Perspectiva, 1991, p. 50.-

documento a la voluntad del autor –considerado como acto jurídico-. Dicha cualidad se logra también por medio de la identificación del suscriptor del documento, de la inalterabilidad del mismo y de su característica de no repudiación, según se ha explicado, asociando de manera confiable el texto o contenido del documento, en cuanto declaración de voluntad, a la persona que lo ha suscrito.⁴²

5.2 Hacia un nuevo concepto de contrato electrónico.

Actualmente, las empresas están logrando un sistema estandarizado, tanto de lenguaje como de acceso en la red y la lucha por el mercado en ese sentido es evidente, ya que el avance tecnológico permite el tráfico de la información a través de las nuevas tecnologías. Eso permite contratar de modo eficiente y rápida. La seguridad tecnológica, se impondrá con nuevas formas de aseguramiento ya que cada vez más se amplía el espectro de contrataciones electrónicas, como bancaria, etc. La confianza, en última instancia, es la que se tutela.

La lectura de esa información que circula puede hacerse a través de la computadora, sin embargo, se considera que el documento electrónico puede surtir los mismos efectos que los documentos de papel, siempre que puedan cumplir esa función.

Los autores creen reconocer una forma electrónica de consentir, o al menos, si toda la fase de formación del consentimiento no se ha efectuado por medios electrónicos, una forma electrónica de aceptación de la oferta. El sentido de lo que se entiende por “forma electrónica” también ha sido tomada en sentido amplio, pues la doctrina entiende por ella tanto los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías, como el correo electrónico, páginas Web de Internet, etc., como los medios electrónicos de antigua data, entre lo que se mencionan el teléfono y el telégrafo.⁴³

El artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que en cuanto a la formación y validez del contrato, y de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. Esto tiene sentido de la lectura de los artículos 5,9 y 13 de la Ley Modelo en cuanto a la validez del mensaje de datos.

⁴² PINOCHET OLAVE, op. cit., pp.40-41.-

⁴³ ibid

Pero, quien tiene derecho a la información en el computador? Quien es el propietario de la información? Son temas que merece reflexión, pues puede afectar relaciones laborales⁴⁴, comerciales, etc.

Muchos de los intercambios pueden ocurrir por redes privadas o abiertas. En cuanto a las primeras, puede tratarse del EDI, dimensionada para el aseguramiento de una serie de derechos pero entre comerciante y las abiertas, como la Internet, donde se distingue la masificación de contratos con consumidores. En ellas, los intercambios mediante el correo electrónico y los contratos en línea mediante contactos interactivos a través del completamiento de formularios.

Pinochet dice que hoy día un contrato electrónico se distingue por el hecho de constar “escrito” en soporte informático, por el hecho de que las partes pueden identificarse fiablemente en virtud de la firma electrónica en el mismo documento electrónico, documento en el que además un tercero puede haber certificado la identidad de las partes y haber fijado –y almacenado independientemente una copia electrónica del contrato para cuando las partes lo requieran- el contenido del mismo de manera que resulte probada su vinculación a las partes como su declaración genuina de voluntad, hecho que impedirá además, el repudio del contenido del contrato por parte de alguno de los contratantes.⁴⁵

La prueba literal, remite pues, a la forma escrita, la cual permite constituir prueba, conservar los documentos en el tiempo y dar publicidad a los contratos y negocios jurídicos. Es dentro de esta categoría de prueba literal, especialmente protegida, en la que estimamos que puede subsumirse el contrato electrónico que intentamos perfilar y que denominaremos por el momento, contrato electrónico en sentido estricto, categoría que no comprenderá, por regla general, a los denominados contratos electrónicamente consentidos. La firma digital cumple las mismas funciones que la firma manuscrita, funciones que han sido sistematizadas por la doctrina y que se resumen en: función de identificación, función de autenticación del texto como declaración de voluntad de las partes y de garantía de integridad del contenido del documento. ⁴⁶ Es por ello, que Pinochet entiende que **contrato electrónico (sentido estricto)** es aquel contrato escrito contenido en soporte electrónico y firmado digitalmente por las partes⁴⁷.

⁴⁴ véanse el artículo 71 g) y 81 e) ambos del Código de Trabajo, 196 bis del Código Penal, etc.

⁴⁵ PINOCHET OLAVE. op. cit., pp. 41-42.-

⁴⁶ PINOCHET OLAVE, op. cit., pp. 42-43

⁴⁷ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 44 e indica nota 63 que relaciona que BARRIUSO indica: “ En la contratación electrónica en general, además de emplearse técnicas en tiempo real, las partes pueden elaborar un borrador de contrato, con cualquier procesador de texto, encriptarlo con el software apropiado y enviarlo al destinatario, quien lo descifraría,

La ley 8454 contiene en su articulado, la posibilidad de lograr la contratación como lo indica el autor Pinochet.

Se quiere entonces, que los mensajes de datos transmitidos a través de redes tengan los mismos efectos jurídicos equiparables a los de las declaraciones expresadas por medios tradicionales.

La forma electrónica no es, en todo caso, la única diferencia entre el contrato electrónico y el tradicional. Si así fuera se podría pensar con razón, que el tipo de soporte de la escritura de un contrato no justifica el desarrollo doctrinal de una nueva categoría contractual. Sin embargo, Pinochet cree que la forma electrónica del contrato electrónico en sentido estricto afecta sustancialmente a los elementos clásicos del contrato tradicional. Por ejemplo, el contrato electrónico puede ser discutido en tiempo real a grandes distancias, y es más, puede ser firmado casi en forma simultánea por varios contratantes que se encuentren en los lugares más apartados. Las consecuencias de este tipo escapan claramente de las hipótesis previstas en la teoría general del contrato y las obligaciones.⁴⁸

Por ejemplo, en Alemania y producto de la nueva Ley Alemana de Firma Electrónica, de 13 de julio del 2001, se establece la Ley de Adaptación de las Formalidades del Derecho Privado y de otras disposiciones al Moderno Tráfico de Actos Jurídicos, y esa ley de Adaptación, modifica el Código Civil, y en el párrafo 126 se añade un nuevo apartado 3 que determina: "La forma escrita puede sustituirse por la forma electrónica a menos que en la Ley se establezca otra cosa" y además, se crea un nuevo párrafo, el 126 a) en el sentido de que: "si la forma escrita legalmente prescrita se sustituye por la forma electrónica, el emisor de la declaración deberá añadir su nombre, y el documento electrónico deberá ir provisto de una firma electrónica cualificada de acuerdo con la Ley de Firma, y se trata de un contrato, las partes deberán firmar electrónicamente en cada caso un documento del mismo tenor de la forma establecida en el apartado 1." Sin embargo, en la legislación notarial no se prevee la forma electrónica y se excluyen las transmisiones inmobiliarias que necesitan el documento público notarial. Pero aún más importante, es que el párrafo 292 a) regula la prueba de **apariencia** en caso de firma electrónica cualificada y establece que: " La apariencia de autenticidad de una declaración de voluntad presentada en formato electrónico deducida en base a la verificación según la Ley de Firma, solo podrá cuestionarse mediante

haría las correcciones oportunas y lo devolvería, una vez establecido el texto definitivo mutuamente verificado, se firmaría electrónicamente, incluso a través de un centro de compensación o plataforma TTP, momento en que se perfeccionaría el contrato" BARRIUSO ... op. cit. P. 103

⁴⁸ PINOCHET OLAVE, op. cit., pp. 44-45.-

hechos que justifiquen seriamente la duda de que la declaración ha sido formulada con la voluntad del titular del código de firma.” Esto es esencial, ya que regula los efectos de la firma electrónica y más en concreto la autenticidad de las declaraciones de voluntad en formato electrónico, estableciendo que solo cuando se ha utilizado firma electrónica cualificada se da apariencia de autenticidad en conexión con lo dicho por el párrafo 126 a) del Código Civil.⁴⁹

Pinochet advierte que el contrato electrónico en sentido estricto es poco conocido, pero que siempre existirá el contrato electrónico en sentido estricto y contrato electrónicamente consentido y en lo que respecta a los contratos electrónicamente consentidos, pueden ser los celebrados por correo electrónico y mediante la pulsación de botones en la página WEB – contrato clic- dejando a un lado los medios electrónicos consistentes en teléfono, fax, televisión, por considerar que no pueden considerarse nuevas tecnologías de la información. La EDI (intercambio electrónico de datos es una base cerrada de empresarios) que es propia del derecho mercantil y la abierta, su estudio corresponde al derecho civil.⁵⁰

5.3. Forma y perfeccionamiento del contrato electrónico.

La Teoría general del contrato ha sido construída –en sus orígenes- siguiendo los principios inspiradores de la teoría liberal que tiene como fundamento último la libertad, y su manifestación jurídica en el denominado principio de autonomía de la voluntad y consecuentemente en la libertad de forma del acto jurídico.

a) forma del contrato electrónico.

La autonomía de la voluntad gobierna la materia contractual civil, como el subprincipio de libertad de forma del contrato. Así junto con el principio de fuerza obligatoria del contrato, se establece el de libertad de forma en la contratación⁵¹ y el de forma electrónica es admisible como tal, salvo aquellos que por su formalidad requieran de la forma que la ley señala. Verbigracia, la donación cuyo precio sea mayor de 250 colones. En principio, la declaraciones emitidas por medios de comunicación producto de evolución tecnológica, no se verán afectadas para la formación de contratos⁵². Se exceptúa aquellos casos donde se requiere de solemnidad para llevar que cartularmente se documente el contrato⁵³

⁴⁹ GARCIA MAS Francisco Javier, Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información, 2002, pp. 153-154.-

⁵⁰ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 45.

⁵¹ Código Civil, arts. 1007, 1008, 1022 y 1023, siguientes y concordantes.

⁵² El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

b) **contrato electrónico, contrato entre ausentes, entre presentes o a distancia.**

La formación del contrato mediante la concurrencia de oferta y aceptación exige declaraciones que incorporen todos los elementos esenciales del contrato. Debe regularse hoy día de acuerdo con el caso concreto y construyendo la norma para la especie. Verbigracia: en cuanto a la oferta y aceptación normas civiles, normas comerciales, etc., o bien, como ejemplo véase el reglamento relativo a la regulación informática bancaria⁵⁴ y porque no, la Ley 7732 del Mercado de Valores.

Se puede afirmar que una conversación telefónica da lugar al perfeccionamiento del contrato, con el mismo efecto que si se hubiere concertado entre personas presentes⁵⁵.

En igual sentido, la videoconferencia.⁵⁶ Los Chat, a pesar de que no se escucha ni ve a su interlocutor, lo que importa, básicamente, es que la conversación sea ininterrumpida, por lo que, Carrascosa, siguiendo la línea adoptada por Díez Picazo, considera irrelevante el hecho de que los contratantes se encuentren presentes o ausentes físicamente, ya que, lo que interesa es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación.⁵⁷ Pinochet, concluye que lo fundamental a la hora de determinar si un medio de contratación es clasificado como entre ausentes no es el hecho de que se

dice:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u **otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo**, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula .compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (suplida la negrita). En igual sentido, véase el artículo 23 de la ley 7727 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

⁵³ Art. 1009 del Código Civil.

⁵⁴ El día 23 de enero del 2003, se publica en el Diario Oficial La Gaceta, un Reglamento, denominado NORMATIVA DE TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN PARA LAS ENTIDADES FISCALIZADAS POR LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ENTIDADES FINANCIERAS.

⁵⁵ Véase art. 442 del Código de Comercio de Costa Rica

⁵⁶ PINOCHET, op. cit. P. 47.

⁵⁷ CARRASCAZO LOPEZ V., POZO ARRANZ Ma. A., RODRÍGUEZ DE CASTRO E.P., La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual, 2000, p. 25.-

encuentren juntos físicamente, sino el expresado, en el sentido de que puedan mantener una comunicación instantánea⁵⁸.

Pinochet dice que la verdad es que estima que no es fundamental que todo el proceso que lleva a la contratación se haya producido en tiempo real o instantáneo, sino sólo la aceptación considerada globalmente, en el sentido de que para considerar el contrato entre presentes la aceptación deberá ser conocida de inmediato por el oferente y éste debe acusar recibo de la misma en los momentos posteriores a su recepción. El criterio fundamental que subyace en la mente del legislador no es el de distancia, sino el de tiempo en el momento de la perfección del contrato, y ambos conceptos, distancia y tiempo, pierden trascendencia y se difuminan en la contratación por medios electrónicos, sobre todo en aquello que se realiza en la red.⁵⁹

En cuanto a los demás medios utilizados por las nuevas tecnologías de la información para la contratación electrónica –esto es correo electrónica, página Web, fax, etc.- la generalidad de los autores están por considerarla una contratación entre ausentes Davara: señala: “Sin embargo, no podemos decir lo mismo de las demás aceptaciones por medios electrónicos y telemáticos, ya que la aceptación por fax, o por correo electrónico, debido a los problemas de la interoperatividad de las redes y de la compatibilidad de los sistemas, debe entenderse como una aceptación realizada por correspondencia y aplicarle lo que hemos hablado a la contratación entre ausentes.”⁶⁰

b) [Momento de perfeccionamiento del contrato electrónico.](#)

No hay fácil solución en el derecho civil por la forma diferente de transmitir el consentimiento en la contratación, pues en la contratación electrónica la manifestación de voluntad que hace cada uno de los contratantes debe ser ejecutada por un determinado programa de computadora, lo cual introduce posibilidades de error que no pueden explicarse fácilmente mediante el error como vicio del consentimiento formulada por la teoría clásica de la contratación. Por ello, el perfeccionamiento del contrato electrónico se producirá al igual que en cualquier clase de contrato, por la formación y exteorización del consentimiento, esto es, la concurrencia de voluntades de al menos dos sujetos, que cumplan además los requisitos de objeto y causa. Desde el momento en que se acepta, se perfecciona el contrato. La simple

⁵⁸ PINOCHET OLAVE, op. cit., pp. 48-49.-

⁵⁹ PINOCHET OLAVE, op. cit., pp. 48-49.-

⁶⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., Manual de Derecho Informático, 1997, pp. 170-171 citado por PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 49.-

información de carácter general que invita a realizar oferta no es considerada como oferta.

La oferta, definida por Diez Picazo, es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recae aceptación⁶¹.

Los requisitos básicos de la oferta son⁶²:

1. Debe existir el propósito serio del oferente de vincularse contractualmente con carácter definitivo,
2. La oferta debe ser completa, es decir, debe contener todos los elementos esenciales del futuro contrato, de modo que con la simple aceptación del aceptante el contrato sea perfecto.
3. La oferta debe exteriorizarse. La exteriorización de la voluntad puede ser efectuada de forma expresa, tácita e incluso presunta, pero concluyente.
4. Es necesario que sea dirigida a persona determinada y que el destinatario tome conocimiento efectivo de la misma.

Dependerá de todas formas, del efectivo conocimiento que el destinatario pueda tener de la oferta que se ha formulado.

Es importante relacionar, que el numeral 37 párrafo segundo de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala que:

Artículo 37: ...

Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, **transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato...**

Esto es lo que se conoce como integración publicitaria del contrato, cuyo fin básico, es, evitar la publicidad engañosa, sea por comisión o por omisión. No obstante, se advierte que la oferta es una declaración de voluntad por medio de la cual se propone la celebración de un contrato y debe contener al menos, los elementos esenciales del contrato a realizar. La publicidad del producto o servicio puede equivaler, según el caso, al

⁶¹ DIEZ-PICAZO Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol I. 5 edición, 1996, p. 283.-

⁶² MARTINEZ GALLEGOS, E.M., La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación, 2000, p. 38 y sgtes.

contenido de la oferta, si en su caso contiene los elementos esenciales, pero otras veces no, pues la publicidad se limita a determinar cualidades de productos o servicios y en este caso, la publicidad no se equipara a la oferta.

Pinochet por su parte, indica que para que estemos en el ámbito de la contratación electrónica, la oferta, por regla general, habrá de haberse efectuado en forma electrónica, aunque no necesariamente, pues en el caso de que la oferta sea electrónica, pero la aceptación no, el contrato no será electrónico y, en el caso contrario, esto es, que la oferta no sea electrónica, pero la aceptación si, el contrato si lo será. **El elemento determinante entonces, será la forma utilizada en el instante de perfeccionamiento del contrato, momento que se confundirá con el de la aceptación, regla válida al menos para la categoría de los contratos electrónicamente consentidos.**⁶³

Formulada la oferta, cumpliendo las condiciones y requisitos expuestos, el contrato se perfeccionará por la aceptación.

La aceptación por su parte, puede ser definida como “aquella declaración⁶⁴ o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta. Así, se puede afirmar que los requisitos esenciales de la aceptación son:

1. que se exteriorice. Exteorización que, también en virtud del principio de libertad de forma, puede ser efectuada de cualquier manera, pero que en lo que a nosotros respecta, deberá necesariamente producirse electrónicamente, por constituir el elemento esencial de la contratación electrónica,
2. Que sea pura y simple, en el sentido de que es condicionada se entenderá como una nueva oferta, o contraoferta, realizada esta vez al primer oferente, que ahora será considerado nuevo destinatario de la segunda oferta.

Así, la aceptación perfecciona el contrato, pero este punto requiere precisión. Esto ocurre cuando trata entre presentes. En caso de la contratación entre ausentes, la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. En el caso del contrato electrónico agente económico/consumidor, se considera que es

⁶³ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 52

⁶⁴ DIEZ PICAZO, op cit p. 305

un contrato a distancia,⁶⁵ y para ello, la aceptación se vierte por los medios y forma establecidos para la formación sucesiva.

En una primera etapa, la teoría civil adoptó la teoría de la cognición para la formación del consentimiento en sentido opuesto que optó por la teoría de la declaración⁶⁶. El problema radica, precisamente, si el oferente no quiere abrir la correspondencia, por lo que, ese inconveniente se ha resuelto básicamente recurriendo a la teoría de la recepción, ya que no se considera que el oferente deba haber tenido conocimiento efectivo de la aceptación, sino que la exigencia consistirá, en que, habiendo llegado a su órbita de conocimiento, el oferente haya tenido la posibilidad efectiva de tomar conocimiento de la misma. Por ello, si no ha tomado conocimiento por su falta de diligencia, la responsabilidad y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios ocasionado y si el oferente no ha tomado conocimiento deliberada y dolosamente, será la teoría del abuso del derecho la que nuevamente dará las herramientas necesariamente para resolver el conflicto a favor del aceptante y en contra del oferente que ha actuado de mala fe.

Diez Picazo indica que, la doctrina mayoritaria, dentro de la cual se incluye, “se ha inclinado por interceptar el precepto desde el punto de vista de la teoría de la recepción, pensando que el criterio del legislador permite equiparar el conocimiento real a la posibilidad de conocimiento cuando ésta no se produjo por causas imputables a culpa o falta de diligencia del destinatario de la declaración⁶⁷

Puede afirmarse, siguiendo a De Miguel Asensio, que la rapidez en el intercambio electrónico de datos característica de la tecnología de la sociedad de la información tiende a reducir la importancia de la disparidad, pero que de acuerdo al medio, la formación será considerada como a distancia. Es el caso, del correo electrónico, que se trata de un medio que hace posible la formación sucesiva –no instantánea- de contratos a distancia. Al contrario, cuando la formación del contrato se produce mediante el empleo de servicios interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información, predomina la idea que posibilitan una formación instantánea del contrato⁶⁸.

En caso de redes cerradas como la EDI, recogen cláusulas que optan por la teoría de la recepción para la formación contractual, al considerar celebrado el contrato en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que

⁶⁵ CLEMENTE MEORO Mario, La Contratación Electrónica en Derecho Privado del Consumo, 2005, p. 377 y sgtes.

⁶⁶ Art. 444 del Código de Comercio.

⁶⁷ DIEZ PICAZO, op. cit., p. 321.

⁶⁸ DE MIGUEL ASENSIO, op. cit., p. 338.-

contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente⁶⁹.

6) Hipótesis de contratación a través de las nuevas tecnologías

a) Comunicación telefónica y videoconferencia via Internet.

La doctrina considera estas dos clases de comunicación como un tipo de contratación entre presentes. El consentimiento se perfeccionará en el mismo instante en que el destinatario de la oferta de su aceptación al oferente. Lo cierto es que la comunicación telefónica y visual por Internet otorga una ventaja evidente en comparación a la telefonía y visual por Internet, ya que permite su grabación en el disco duro, diskette, etc.⁷⁰

b) Contratación en página Web vía Internet.

Si una persona contrata pulsando botones de aceptación en una determinada página Web –contratos clic, debe tratarse como contratación entre ausentes. La pulsación del correspondiente botón de aceptación constituirá la declaración de voluntad del aceptante y el mensaje electrónico dirigido instantáneamente a la computadora del oferente constituirá la carta de aceptación. El perfeccionamiento del contrato será inmediato, pues la aceptación habrá llegado en segundos a conocimiento del oferente –teoría de la recepción- y en todo caso, los efectos jurídicos serán prácticamente los mismos que los generados por la aceptación en la contratación entre presentes, ya que el perfeccionamiento surgirá desde el momento mismo en que la aceptación llegue a la computadora del oferente. (En caso de que el oferente relacione que no llegó el correo, por lo que debe demostrar ese hecho)

c) Contratación por correo electrónico

La contratación efectuada o perfeccionada usando como medio de comunicación el correo electrónico es definitivamente considerada una contratación entre ausentes. Sin embargo, el correo electrónico presenta diferencias con el correo ordinario y a pesar de que se requiere que la carta de aceptación llegue a conocimiento del oferente el perfeccionamiento del contrato, en la gran mayoría de los casos se producirá casi instantáneamente –caso del contrato clic-, pues no importando la distancia geográfica entre los contratantes, el mensaje de aceptación será recibido en cuestión de segundos en la computadora del oferente, con la sola condición de que éste tenga conexión permanente a Internet. Lo cierto es que la rapidez de la velocidad a que se desplaza un mensaje de

⁶⁹ IBID.-

⁷⁰ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 55

correo electrónico minimiza las diferencias en la contratación entre presentes y ausentes, haciendo prácticamente innecesaria tal distinción,⁷¹ sobre todo por el cambio producido por tiempo y espacio.

d) **Contrato electrónico en sentido estricto.**

Es aquel contenido en soporte electrónico y perfeccionado mediante la firma digital que introducen en él las partes que lo suscriben, esto por cuanto el contrato no requerirá necesariamente que las partes se encuentren alejadas físicamente, pues las ventajas que esta clase de contratación ofrece sobre aquella contenido en soporte papel y firmada en forma manuscrita y, más aún, sobre aquella consensual o no formal entre presentes, permite pensar que contratantes presentes titulares de firma digital desearán firmar electrónicamente un contrato en el que han convenido.

Pinochet dice que es interesante la observación de esta nueva realidad jurídica, pues la diferencia que existe en un contrato electrónico firmado por dos contratantes presentes o entre aquellos que se encuentran a miles de kilómetros de distancia es prácticamente inexistente, ya que las partes en cuestión de segundos podrán obtener copia certificada del contrato que han celebrado y firmado digitalmente y lo cierto es que parece difícil encuadrar este tipo de contrato en la categoría de contratación entre ausentes o presentes, y eso aunque el proceso de comunicación haya sido interrumpido tanto en el caso de que una parte haya firmado el contrato 24 horas después que lo hizo la primera (dice que el Código Civil español 1262 parte del principio de que si la contratación es a distancia necesariamente lo será no formal o consensual –como si se responde por carta, telegrama o teléfono a una oferta, ya que el legislador del S XIX le resultaba imposible imaginar que dos contratantes que se encontraran en lugares alejados pudieran firmar y por lo tanto, celebrar casi instantáneamente, un contrato solemne. En este caso, el contrato se perfeccionará en el momento en que el último de los contratantes estampe su firma digital en el contrato. No se puede hablar en este caso de oferta y aceptación, sino que la figura será mucho más compleja, y consistirá en la conformidad de que cada una de las partes expresa con su firma digital sobre la totalidad de las condiciones y cláusulas contenidas en el documento electrónico. Puestos ante la necesidad imperiosa de clasificar el contrato electrónico en sentido estricto en las categorías tradicionales, se concluiría que deben aplicarse las reglas de la contratación entre presentes, aun cuando las partes estuvieran ausentes físicamente y hubieran firmado el contrato en diferente tiempo, esto es, un proceso interrumpido, ello porque consideramos que sería absurdo exigir una carta

⁷¹ PINOCHET OLAVE, op. cit., 56-57.-

de aceptación en el caso de un contrato completamente concluido, escrito y firmado por las partes y, más aún, con posibilidades de certificación por parte de un tercero imparcial. Se cree que el tiempo de perfeccionamiento del contrato es el momento en que ha sido firmado por el último de los contratantes, pues ése será el momento real en que el proceso de formación del consentimiento habrá concluido. Indica además, que el consentimiento ideado por los Código Civil y Mercantil es un sistema de mínimos pensado para la formación no escrita o consensual del contrato, sistema de mínimos que no tiene sentido en un contrato escrito firmado por las partes.

e) lugar de perfeccionamiento del contrato

El domicilio físico de una persona puede no coincidir con el que momentáneamente se denomina “domicilio informático”. Existen los conceptos de domicilio, residencia, etc., que no son similares.

Partiendo de la hipótesis de que los dos contratantes electrónicos pueden encontrarse en diferentes lugares, será necesario determinar el lugar en que se considera perfeccionado el contrato, ello tiene importantes efectos jurídicos, entre los que se encuentran la fijación del lugar idóneo para la ejecución de las obligaciones –si las partes nada han dicho al respecto- la determinación del juez competente para la solución de los conflictos de intereses que de él pueden derivarse, la determinación de la ley aplicable en el caso de dos o más ordenamientos jurídicos diversos, etc.

El problema se agrava cuando los mensajes de oferta se emiten desde una holding, por ejemplo. Sin embargo, Pinochet⁷², advierte que existen paliativos que derivan del **derecho del consumo** y del tratamiento de las **condiciones generales**, pues si la oferta se acepta, es un contrato de adhesión y advierte que debe recurrirse a las reglas del **Derecho Internacional Privado**⁷³, esto por virtud de la internacionalización de la contratación electrónica. La aplicación del Derecho Internacional Privado es decisiva, ya que emplea este ordenamiento para la formación contractual y la solución de controversias⁷⁴.

⁷² PINOCHET, op. cit., p. 63.

⁷³ Véanse artículos 28 y sptes del Código Civil patrio, en cuanto a favorecer la validez en cuanto a la forma del acto o negocio, es decir, el *favor negotii*. Esto aplicará tanto para los sujetos participantes, el tipo de contrato y la ley aplicable. Véase además, CLEMENTE MEORO, op. Cit, p. 410-414.-

⁷⁴ El artículo 15.4 de la Ley Modelo de Uncitral dice: 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo: a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con

Dice Pinochet Olave que como ejemplo, puede pensarse en que una empresa internacional que comercia a través de Internet con miles de clientes en el mundo, dicha empresa posee una casa matriz internacional y con diversas casas matrices y que donde surjan las ofertas son servidores que no necesariamente están situados en el domicilio correspondiente o bien en aquellos casos en que empresas japonesas desarrollen comercio mundial y efectúen alianzas para alojar páginas Web con otras empresas y la empresa oferente carecerá de presencia física y legal en el país, lo cual hace revisar el criterio del perfeccionamiento del contrato y Carrascosa⁷⁵ informa que el lugar de perfeccionamiento del contrato se encontrará en el lugar donde esté ubicado el ordenado que hizo la oferta, pero señala que esto puede acarrear problemas y afirma que la contratación se realizase siempre en el lugar donde está la sede social, sin embargo, Pinochet dice que esa solución no es la idónea, pues perjudica a la que normalmente será la parte más débil de la relación contractual, quien deberá en caso de conflicto litigar en la ciudad sede de la empresa oferente, y en caso de que las partes se rijan por estatutos jurídicos diferentes, además del sometimiento de reglas que le son extrañas situación que el derecho del consumo permite corregir dicha distorsión, tanto para los contratos mercantiles como los civiles, pues advierte que la aceptación de la oferta es un contrato de adhesión.⁷⁶

Pinochet sostiene, que, esa incorporación de cláusulas predispuestas son introducidas por el predisponente. Pinochet informa que algunos autores como Puig Brutau explican que la solución se encuentra en las normas contenidas en el Código Civil sobre Derecho Internacional Privado, específicamente en el artículo 10.5 del Código Civil Español. No obstante, dice Pinochet, esa posición no es compartida por todos, pues considera existe en el convenio de Roma las soluciones al caso concreto, pero que después de una serie de planteamientos, advierte que la solución, en su opinión, es, conforme lo informa el numeral 1262 párrafo segundo del Código Civil, que informa:

“El contrato, en tal caso, (en el caso de que la aceptación se realice por carta, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

Pero que esa regla, la estima atenuada, inadecuada y subsumida por el derecho del consumo, en el afán de esta rama de proteger al consumidor.

la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

⁷⁵ CARRASCOSA, LOPEZ, op. cit., p. 31

⁷⁶ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 65.-

(i) [comunicación telefónica vía videoconferencia vía Internet.](#)

Está considerada como un tipo de contratación entre presentes, ofrece la paradoja de que puede ser realizada por personas que se encuentran a miles de kilómetros y se considera entre presentes por virtud de la comunicación ininterrumpida. En el caso de aplicación de la hipótesis del lugar de perfeccionamiento del contrato. Afirma Pinochet que la regla del Código Civil, para él, está dada, en el sentido de que el lugar será donde la oferta se ha emitido, pero no es suficiente, porque estima que la contratación telefónica o por videoconferencia, para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato se debe aplicar el criterio de la contratación entre presentes y para la determinación del momento de su perfeccionamiento las reglas de la contratación entre ausentes, ello porque hacerlo de otro modo conduce a soluciones ilógicas, por no adecuadas con la nueva realidad tecnológica a la que intentamos aplicar las reglas generales de la contratación como reglas pensadas para una realidad muy diferente a la que hoy corresponde tratar jurídicamente.⁷⁷

(ii) [Contratación en página Web vía Internet.](#)

En la contratación por Internet y estimando que se trata de una contratación entre ausentes, debería recibir aplicación la regla dispositiva que fija el lugar del contrato en aquel desde el cual se formuló la oferta. Sin embargo, el asunto no es tan fácil como se presenta, ya que debe tenerse en consideración todo lo que hemos dicho acerca de los problemas que ofrece la fijación del lugar en que se realizó la oferta electrónica. Por ejemplo, si una empresa japonesa radicada en España toma la decisión en España de formular una oferta enviando a la computadora que maneja el comercio electrónico en Japón una comunicación con tal objeto, la oferta se habrá efectuado en territorio español y deberá ser considerada para todos los efectos legales como realizada en España⁷⁸. No adoptar ese criterio sería abonar el camino de la impunidad jurídica de las empresas frente al cúmulo de responsabilidades que pudieran generar en el ejercicio de sus actividades.

(iii) [Contratación por correo electrónico.](#)

Esta clase de contratación está considerada como una clase de contratación entre ausentes, por lo que recibirá aplicación la regla que rija el lugar de contratación en aquel desde el cual se ha formulado la oferta, salvo pacto en contrario.

⁷⁷ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 67.-

⁷⁸ ver artículo 15.4 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

(iv) **Contratación electrónica en sentido estricto.**

El contrato electrónico en sentido estricto corresponde a una categoría nueva de contratación electrónica, ya que no solo puede ser entendido como un medio de expresar electrónicamente el consentimiento, sino que verdaderamente constituye una realidad contractual con características propias que escapa a los conceptos clásicos de la contratación entre presentes o ausentes.

Afirma Pinochet, que se trata de un contrato, que siendo indiferente al hecho de que las partes se encuentren reunidas o muy lejos físicamente, lleva a considerar que no se aplican las reglas de la contratación entre ausentes, ello en consideración a la circunstancia de que no se trata de un proceso de formación del consentimiento mediante oferta y aceptación, sino que se trata de un sistema complejo y seguro de escrituración, firma y acuerdo sobre todos los elementos esenciales del contrato. Para la determinación del lugar de perfeccionamiento del contrato habrá que considerar el hecho de que éste estará determinado en la mayoría de los casos por el acuerdo expreso o tácito –por ejemplo mención a la ciudad en que se considera celebrado- de los contratantes, pues si no fuere así, habrá de buscarse en el mismo contrato elementos que permitiera la determinar el lugar de ejecución de las prestaciones, y en su defecto, y si así se ha hecho, recurrir al **arbitraje** pactado para la solución del conflicto entre partes. Si ninguno de los criterios anteriores permitiere la superación del problema, cree que el contrato debiera perfeccionarse en el lugar en que ha sido firmado digitalmente por el último de los contratantes, ya que sólo en ese momento podrá considerarse que el consentimiento ha nacido y, por tanto, el contrato ha quedado perfecto.⁷⁹

En cuanto a este último punto, se estima que el domicilio del consumidor será el que determine el lugar de formación del contrato. En ese sentido, el artículo 29 de la nueva Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, establece que el lugar de celebración del contrato cuando interviene un consumidor, se presumirá celebrado en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, sin embargo, aclara el mismo numeral, que en caso de contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Se parte entonces de la regla del derecho civil⁸⁰, pero véase que la ley española parte de un concepto más adecuado para los efectos

⁷⁹ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 69.-

⁸⁰ Artículo 778 del Código Civil. Sin embargo, véase además el artículo 60 del Código Civil y la resolución 406-2000 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto de domicilio y el de residencia.

contractuales y es el de residencia, en este caso la habitual, porque puede suceder la especie de que la persona tenga varias residencias. No obstante, lo que se busca es garantizar los derechos del consumidor.

Síntesis sobre el perfeccionamiento del contrato electrónico:

A modo de ejemplo y siguiendo la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico española⁸¹, se sabe que estamos necesariamente con contratos celebrados a distancia. Para ello, esa ley previó una serie de normas posteriores a la aceptación. Así, el contrato se perfeccionará cuando la confirmación de la aceptación se haga saber por los medios correspondientes. Esto permitirá, sin lugar a dudas, la prueba de la conclusión del contrato y que las partes puedan exigirse jurídicamente el cumplimiento. Se trata entonces de que esa comunicación sea una especie de eficacia cartular, ya que por el contrario, no podría el aceptante obligar al oferente porque no tiene la prueba de que recibió la aceptación y está dispuesto a cumplir. Básicamente, seguridad jurídica y buena fe en la contratación están en juego.

7. Aspectos especiales de la expresión de voluntad por medios informáticos. Existe una voluntad informática?

Desde los primeros desarrollos del contrato electrónico, se ha constatado la existencia de cierta clase de problemas referidos a la voluntad y su expresión por medios informáticos.

Pinochet, citando a Martínez de Aguirre dice que entre los primeros que la doctrina ha advertido se encuentra el problema de la despersonalización y la esencialización de los consentimientos contractuales y la constatación de un rol activo de la computadora en el proceso de toma de decisiones, que excede largamente en la actualidad la función realizada por las telecomunicaciones en su primera etapa de desarrollo, consistente en constituir un mero medio de transporte del consentimiento electrónico.⁸² Esa despersonalización refiere básicamente a la identificación segura de los contratantes por considerar que no existe manera segura de identificar a los contratantes. Pinochet dice que con el equipo ordinario de una computadora puede establecerse comunicación con voz e incluso con imagen de los sujetos contratantes, solucionando el problema de identificación de las partes, inconveniente que puede ser subsanado adicionalmente a través del uso de otros medios de identificación como

⁸¹ Véase el artículo 28 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

⁸² MARTINEZ DE AGUIRRE, nota 124 de PINOCHET.

claves, firmas digitales, certificación por un tercero de la identidad, utilización del reconocimiento de rasgos biométricos, etc.⁸³

El problema de la esencialización se refiere al hecho de que en la contratación electrónica, por razones de economía y rapidez, se circunscribe, el contrato a sus elementos esenciales, dejando el resto de la regulación, a las condiciones generales de la contratación. La esencialización no tiene como causa exclusiva la aparición de la contratación electrónica, sino más bien su origen se encuentra en la contratación en masa, categoría contractual que se relaciona con la contratación electrónica. La contratación en masa favorecida por la contratación electrónica, ha provocado importantes innovaciones en la manera de contratar, siendo quizás una de las más importantes el uso generalizado de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de la contratación, entre otras, cambios en la conducta negocial que ha implicado una acentuación de la posición desfavorable de la parte contractual más débil, por lo que el derecho del consumo ha sido el área del derecho llamada a ocuparse de estas nuevas necesidades de tutela social.

Dice Pinochet que el rol de la computadora en el proceso de asistencia a la toma de decisiones ha sido desarrollado a través de los denominados sistemas expertos⁸⁴. Cita como ejemplo el caso de aprovisionamiento de comunidades por consumo de alimentos, adquiriendo solo los necesarios y de acuerdo con precios, fechas de entrega, escogencias, etc. Todo lo anterior puede traducirse en que una persona pudiera tomar consciencia de la falta de determinado producto cuando éste llegara a su domicilio desde el supermercado, acontecimiento sorprendente desde el punto de vista del progreso tecnológico, pero que sin lugar a dudas causará serios problemas cuando se intenten aplicar las teorías tradicionales del contrato y del negocio jurídico a situaciones contractuales completamente ignoradas por lo menos en sus aspectos concretos por parte del factor humano de la operación.⁸⁵

⁸³ PINOCHET OLAVE, op. cit. P. 70.-

⁸⁴ PINOCHET cita a BARRIUSO y puede definir y entender un sistema experto como "... la manifestación práctica de la Inteligencia Artificial referida a un caso puntual, elaborando un sistema informático que simula el razonamiento de un experto humano para ayudar a otros expertos humanos a resolver problemas o tomar decisiones de un dominio concreto y limitado pero difícil del mundo real. Los Sistemas Expertos, con un proceso de inferencia denominado motor de inferencia y usando los conocimientos del dominio constitutivos de la base de conocimiento especializada y las reglas de producción, razonan y obtienen los objetivos propuestos. Después de un proceso de elección de alternativas generan las conclusiones, documentando los pasos o reglas empleadas y proporcionando explicaciones sobre el procedimiento que han seguido en su producción" en Interacción del Derecho y la Informática, p. 117.

⁸⁵ PINOCHET op. cit. 73.

Pinochet se cuestiona si el caso como el propuesto se considera que se cumplen todos y cada uno de los requisitos de validez de la teoría general del contrato y además, si es posible considerar que existe una voluntad informática?⁸⁶

Carrascosa y otros, indican que en la contratación a través de medios electrónicos “la voluntad de las partes se lleva a cabo en dos momentos: en la elaboración del programa y en la fase de comunicación o de transmisión de la voluntad. En la primera de dichas fases, la voluntad tiene un carácter potencial que subyace en el programa mientras no se ejecute y en la segunda fase, supone la ejecución del citado programa como voluntad expresada⁸⁷ .

Y en lo relativo a la posibilidad de admitir un consentimiento electrónico autónomo, Moreno Navarrete se inclina por la negativa, pues considera, a la voluntad como un atributo exclusivamente humano. Afirma Pinochet, que solo el hombre, per se, es capaz de adquirir derechos y obligaciones, pero el problema es que el que usa un programa y vierte voluntades no necesariamente estará presente y lo que es peor, se pregunta: que sucederá si el sujeto fallece o se encuentra privado de conciencia y su computador sigue contratando? Resultarán sus herederos obligados por tales operaciones? Que sucederá si la operatividad del sistema se ve afectado por mal funcionamiento técnico? Como probará el proveedor la autenticidad y origen de la orden de compra?⁸⁸

Indica que hoy día, por virtud de los nuevos mecanismos de entregar instrucciones al programa y de la forma de contratar, lo cierto del caso es que los daños que eventualmente pueden ocasionarse por el funcionamiento de un sistema de contratación no fiscalizado paso a paso por su responsable quedarán cubiertos por la responsabilidad contractual o extracontractual en su caso, o es posible quizás que la realidad constituida por los sistemas expertos de contratación pueda erigirse como un argumento mas para aquellos que propugnan la unificación de la responsabilidad, y, en consecuencia, la desaparición de la distinción de la frontera entre la responsabilidad contractual y extracontractual. En caso de contrataciones en masa con consumidores, las empresas preferirán convenir con el cliente sobre la devolución de lo contratado, pero distinto será la actitud de los contratantes cuando de acuerdo con la cuantía del negocio, los desacuerdos lleguen a los tribunales y será el instante en que el Derecho deberá estar preparado para la resolución adecuada de los desafíos que supone el desarrollo del llamado **negocio jurídico electrónico**.

⁸⁶ PINOCHET op. cit, 73

⁸⁷ CARRASCOSA op. cit., p. 15

⁸⁸ PINOCHET, op. cit., p 75

En Alemania, la modificación del Código Civil por Ley de Adaptación de las Formalidades del Derecho Privado de 13 de julio del 2001 y que entró en vigencia en 01 de enero del 2002, ha diseñado un esquema de responsabilidad único, el cual será operativo cada vez que se violen deberes de cuidado.

8. Ejecución electrónica del contrato.

Pinochet dice⁸⁹ que prefiere hablar de ejecución electrónica del contrato antes de ejecución del contrato electrónico, ya que hoy es posible ejecutar electrónicamente al menos algunas de las prestaciones generadas tanto a consecuencia de un contrato electrónico como de uno no electrónico o tradicional. Para demostrar la aseveración anterior, baste con imaginar la gran cantidad de bienes y servicios que en la actualidad se pagan a través de tarjetas de crédito o débito, pagos electrónicos que se encuentran ampliamente aceptados y generalizados como fenómeno social y económico y advierte, como primera conclusión: la ejecución electrónica de las obligaciones es un tema relativamente autónomo de la contratación electrónica así como la solución de diferencias que busca la realización de la **justicia aritmética**, según la justicia particular desarrollada por Aristóteles.

9. Una clasificación de la forma de ejecución o cumplimiento del contrato electrónico.

Pinochet⁹⁰ dice que usará la clasificación propia del comercio electrónico que distingue entre comercio electrónico directo y comercio electrónico indirecto. DE MIGUEL⁹¹, dice que entiende por comercio electrónico indirecto: “ las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, es decir, en soporte material, de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no puede tener lugar en línea, por lo que la ejecución de esa obligación coincide con la que tendría lugar de haberse concluido la transacción por medio del comercio tradicional. Por su parte, el comercio electrónico directo engloba aquellos contratos electrónicos relativos a la entrega a través de la Red de bienes sin soporte físico o información digital. Respecto a las obligaciones dinerarias, su cumplimiento puede tener lugar, tanto en el comercio electrónico directo como indirecto, a través de la Red”

⁸⁹ PINOCHET OLAVE op. cit., p. 77

⁹⁰ PINOCHET OLAVE, op. cit. ,p. 78

⁹¹ DE MIGUEL ASENSIO, op. cit., p. 299.

Entonces Pinochet⁹² distingue entre:

- ✓ Comercio electrónico de ejecución electrónica: en el caso que la totalidad de las prestaciones nacida de un contrato perfeccionado electrónicamente puedan cumplirse electrónicamente.
- ✓ Contrato electrónico de ejecución no electrónica cuando la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato electrónico no sean realizadas electrónicamente –como una permuta de dos bienes materiales.
- ✓ Contrato electrónico de ejecución mixta: en el caso de que algunas de las prestaciones del contrato electrónico sean susceptibles de cumplimiento electrónico y otras no lo sean.

Pinochet⁹³ dice que las obligaciones dinerarias, que son con diferencia las de mayor impacto en la ejecución electrónica de las obligaciones, las ubicará dentro de las prestaciones susceptibles de ejecución electrónica per se, y no las dejará aparte como hace la distinción entre comercio electrónico directo e indirecto, ya que considera que el verdadero criterio de distinción para la determinación de si un contrato es susceptible de ser cumplido electrónicamente lo constituye el hecho de que potencialmente pueda serlo, sin importar si en la realidad específica de un contrato la obligación, pese a poder ser cumplida electrónicamente.

10. Comercio Electrónico y los Consumidores.

La relación que existe entre el comercio electrónico y los consumidores no es de necesidad, puesto que el comercio electrónico puede realizarse exclusivamente entre comerciantes, en cuyo caso puede situarse dentro del derecho mercantil y dentro del derecho del consumo, puesto que la mayor cantidad de transacciones ocurren entre comerciantes y consumidores, de ahí la aplicación de la normativa de derecho de consumidor. En nuestro ordenamiento así ocurre.

Afirma Pinochet⁹⁴, que lo trascendente será, el concepto de **consumo electrónico** y advierte que considera que el derecho de consumo debe integrarse en un futuro no muy lejano en el derecho civil, dado que, si tomamos en cuenta por un lado las características esenciales del Derecho Civil, que lo erigen como el derecho general y común por excelencia, y consideramos por otro el altísimo número de contratos de consumo dentro del total de la contratación que se produce en cada

⁹² PINOCHET OLAVE, op. cit., P. 78.-

⁹³ PINOCHET op. cit. 79

⁹⁴ PINOCHET OLAVE, op. cit., p. 106

ordenamiento jurídico, se verá que en la práctica el Derecho de consumo se constituirá en el Derecho General, al menos en materia de contratos. Dicha solución ha sido ya adoptada por el legislador canadiense en atención a parecidos argumentos y no entenderlo así implicaría transformar el derecho civil en un área especial del Derecho, siendo ello absolutamente contrario a la esencia y razón de la existencia de dicha área jurídica como Derecho integrador y supletorio de todas las demás disciplinas jurídicas especializadas.

Afirma Pinochet que el comercio electrónico realizado por consumidores vía Internet se caracteriza por:

- a) su interactividad: al contrario que en el EDI, existe una interactividad continua entre los contratantes,
- b) Su espontaneidad: la comunicación vía telemática entre oferentes y consumidores se realiza de forma espontánea,
- c) La pasividad del oferente: al contrario de lo que ocurre usualmente en el comercio tradicional, la actitud del oferente de bienes y servicios es pasiva. Lo que se explica por el hecho de que para establecer comunicación con el consumidor precisa su autorización. Sin embargo, si se considera globalmente la oferta de productos y servicios vía Internet, la actitud del oferente puede ser activa, ya que le es posible recabar información de los usuarios que han visitado su Web y realizar estudios sobre sus preferencias, para posteriormente modificar el contenido de su oferta u objeto de lograr mayor efectividad comercial,
- d) Su generalidad: Internet es general, abierto a todas las empresas, y más aún a cualquier persona que desee utilizarlo para ofrecer cualquier bien o servicio. En consecuencia, el tipo de comercio electrónico en Internet es un consumo de carácter público y por tanto de elevado potencial,
- e) Su globalidad: Internet es una red que puede ser utilizada por cualquier persona para cualquier fin. Es un medio de comunicación global y es también un mercado global al que pueden acceder todos los usuarios de la red.⁹⁵

No obstante, se admite el concepto de consumidor electrónico. Uno de los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico es no derogar ninguna disposición relativa a la protección de los consumidores. En ese sentido, la protección del consumidor que inicia con el artículo 46.5 de la Constitución Política está garantizada.

⁹⁵ PINOCHET OLAVE., op. cit. P. 107

Dentro de esos derechos, el de información es harto importante. Si la oferta debe ser al menos suficiente, si debe contener todos los elementos necesarios para la adecuada formación del consentimiento. Esto se llama, **consentimiento informado**.

Muchas ofertas electrónicas dirigidas al público consumidor contienen el derecho de retracto o desistimiento del negocio llevado a cabo. En nuestro país, el art. 40 de la 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor contiene la relación del derecho de desistimiento pero en ventas fuera del establecimiento mercantil. La regulación es consecuencia de que la no existencia de venta forzosa, es decir, de la garantía del principio de libre elección.

La protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores debe otorgarse con distribución equitativa de riesgos y responsabilidades que refleje en especial la responsabilidad del agente económico, al optar por medios electrónicos de comercio y con inclusión, en particular, de las condiciones necesarias para que el consumidor pueda verter consentimiento adecuado.

La contratación debe otorgar plazos de garantía, contener la irrenunciabilidad de derechos y prohibir condiciones generales abusivas y sobre todo, se reitera, la información. Por su parte, Reed, autor inglés, reconoce que la protección del consumidor debe proceder de esquemas regulatorios propios hacia la verdadera protección del consumidor⁹⁶

No obstante, existe una corriente mundial en el sentido evitar concluir ciertos contratos por la vía electrónica. Por ejemplo, en Alemania, los otorgados por crédito al consumo, las viviendas en multipropiedad, los inmobiliarios, etc.

11. Conclusiones.

El contrato electrónico reúne características propias que lo diferencian del contrato tradicional. El contrato electrónico presenta dos realidades: los contratos electrónicos consentidos y los contratos electrónicos en sentido estricto.

La problemática de documento, firma, consentimiento, oferta y aceptación, ya cuentan con normativa especializada de comercio electrónico, para garantizar en el mercado la confianza del consumidor en las contrataciones y de cara a las nuevas tecnologías.

⁹⁶ REED, op. cit., p. 263.-

Puede hablarse de publicidad, marketing, promoción, información, conocimiento, etc., pero en última instancia, la información será en última instancia, la clave de todo. Además, no puede olvidarse el derecho de desistimiento, garantías, integración publicitaria del contrato, redistribución de la carga de la prueba, régimen de responsabilidad y el lugar de formación del contrato de conformidad con el domicilio del consumidor, la posibilidad de reprochar cláusulas abusivas que electrónicamente se contienen en la contratación, derechos que deben contener los contratos electrónicos con consumidores.

El contrato electrónico, lugar y momento de formación, presentan gran cantidad de inquietudes, todas consecuencia de lograr la confianza de la contratación. Se impone, como sucede en la ley española de la Sociedad de los servicios de la Información y Comercio electrónico, que el oferente debe estar obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por los medios y vías necesarias para garantizar la conclusión del contrato.

Por último, se puede pensar que estamos en una etapa de transición entre la **Lex Mercatoria** a la **Lex Electrónica**, la cual se desarrollará mediante los correspondientes usos y costumbres y regulaciones respectivas.