

SISTEMA DE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y EL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

RECRUITMENT SYSTEM FOR ELECTRONIC AND IMPROVEMENT CONTRACT

Charlie Carrasco Salazar
chcarrasco@munilima.gob.pe

Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Constitucional por la
Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima-Perú.

Enviado: 25 de mayo de 2015

Aceptado: 3 de junio de 2015

SUMARIO

Introducción

Los contratos informáticos

Conclusiones

RESUMEN

El presente tema asume, en una primera instancia, una revisión genérica de los contratos por medios electrónicos insertos en una sociedad globalizada; asimismo, el estudio de las innovaciones legislativas recientes, acorde al avance de las tecnologías electrónicas digitales relacionadas con los contratos.

ABSTRACT

This topic assumes in the first instance, a generic review of contracts by electronic means insert in a globalized society, also, the study of recent legislative innovations, according to the progress of electronic digital technologies related to contracts.

PALABRAS CLAVE

El sistema, la contratación, la contratación electrónica, el contrato, el perfeccionamiento contractual

KEYWORDS

The system, procurement, e-procurement, contract, contract development

INTRODUCCIÓN

La legislación civil concerniente a los contratos, haciendo un estudio y análisis, permite adaptarse a través de la analogía a las tecnologías

electrónicas digitales, en este sentido, las contrataciones por medios electrónicos consisten en el cambio de la firma manuscrita por la firma digital.

Respecto a la manifestación de la voluntad inherente al acto jurídico y relacionada con la oferta y la aceptación; el consentimiento, como la unión de la oferta y aceptación previas a la conclusión o perfeccionamiento del contrato, concurre cuando el acto ha sido zanjado completamente por las partes e, inclusive, se ha cumplido la formalidad si así lo requiere, aspectos que se analizaron a la luz de la doctrina fundamentalmente extranjera.

El sistema de contrataciones por medios electrónicos cuenta con elementos físicos peculiares, tal como el trasmisor por el que el oferente emite o manifiesta la voluntad contractual, el receptor donde el destinatario igualmente manifiesta su voluntad de aceptar, el medio de transporte por donde fluye la voluntad o el mensaje de datos, elementos que deben estar en óptimas condiciones para permitir la realización contractual. Se postulan diversas tipologías de contratación por medios electrónicos (CPME) según el grado de la «inteligencia artificial», que va desde los sistemas de información hasta el consentimiento humano.

No es secreto que, a consecuencia del uso masivo del Internet y las nuevas formas de operaciones online, se ha dado origen a toda una vorágine de nuevas tendencias y formas de gestión empresarial, desde la compra de un libro (business to consumer) hasta las transacciones entre las empresas (business to business). Así pues, tenemos que la expresión «contratación electrónica» no es una categoría de contrato en sentido técnico jurídico, de contrato con causa específica o que verse sobre objetos relacionados con la informática, sino que se trata de un concepto más amplio. Con el término «contrato electrónico» o «contrato celebrado por vía electrónica» se hace referencia a aquellos contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica e irrelevancia de su objeto —bienes y derechos— se celebran sustituyendo el lenguaje oral y escrito que preside la contratación privada tradicional por el lenguaje electrónico.

La celebración de contratos mediante las llamadas «tecnologías de información» o «técnicas de comunicación», esto es, el uso de equipos informáticos, a través de redes electrónicas de comunicaciones —teléfono, fax, correo electrónico, ordenadores— supone un cambio significativo en las relaciones patrimoniales entre sujetos privados. Como ha sucedido con otras instituciones mercantiles, el marco jurídico del comercio electrónico es fruto de usos y prácticas comerciales que progresivamente han alimentado la estructura y el funcionamiento jurídico de los negocios realizados a través de la utilización de mensajes de datos. Algunas de esas prácticas han sido explícitamente incorporadas en el «marco normativo formal».

Otras, por su parte, no forman parte del mismo, pero siguen teniendo plena aceptación y uso rutinario en las relaciones comerciales.

En el caso de nuestro país, a tono con los tiempos modernos, mediante la Ley N.º 27291 se modificó el Código Civil al permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de manifestación de la voluntad y el uso de la firma electrónica; así pues, el artículo 141.º del C. C. señala que la manifestación de voluntad es expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

Asimismo, según el artículo 1374.º del C. C., en cuanto al conocimiento y contratación entre ausentes; la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla, y si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo. En cuanto a la formalidad adicional el artículo 141-A sobre los casos en que la ley establezca una formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

En el estado actual de las cosas, vivimos en la era de la sociedad de la información, que se caracteriza por otorgar un papel preponderante a las tecnologías de la información y de la comunicación, tales tecnologías tienen un gran impacto en nuestras vidas y en la sociedad en general; se dice que el nuevo soberano es, ahora, el ordenador.

El Internet se caracteriza por permitir un alto grado de interactividad, por ser de fácil acceso y ser un medio descentralizado e intrínsecamente anónimo una vez que se entra en la red, además, es un medio muy económico y de un carácter transnacional. A eso debemos agregar el hecho de que la información circula en un formato digital en la red de redes.

Por otro lado, los servicios telemáticos evolucionan de prisa y transforman los comercios y por supuesto las operaciones, transacciones o negocios ofreciendo medios cada vez más sofisticados para la gestión de estos, los cuales involucran la renovación de la forma de contratar. Teniendo en cuenta además que estamos inmersos en una economía globalizada gravitante por la internacionalización de los mercados y la tecnoglobalización de las telecomunicaciones, que de una manera u otra apuntan a la «telemática y la mundialización [...] como fuerzas fundamentales»

(Sassen, 1997), lo que hace inexorable y conveniente revisar la actual normatividad contractual a fin de subsanar, de ser el caso, las grietas que han abierto estos avances tecnológicos inherentes al sistema de contratación por medios electrónicos que, a la postre, son la motivación fundamental que inspira el presente trabajo de investigación jurídica.

LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

La celebración de contratos mediante las llamadas «tecnologías de información» o «técnicas de comunicación», esto es, el uso de equipos informáticos a través de redes electrónicas de comunicaciones (teléfono, fax, correo electrónico, ordenadores) supone un cambio significativo en las relaciones patrimoniales entre sujetos privados. Algunas de esas prácticas han sido explícitamente incorporadas en el «marco normativo formal». Otras, por su parte, no forman parte del mismo, pero siguen teniendo plena aceptación y uso rutinario en las relaciones comerciales. En el caso de nuestro país, a tono con los tiempos modernos, mediante la Ley N° 27291 se modificó el Código Civil al permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y el uso de la firma electrónica; así pues, en el artículo 141°, señala que la manifestación de voluntad es expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo (López, 2008).

También es regulado por el artículo 1374°, en cuanto al conocimiento y contratación entre ausentes, en el sentido de que la oferta, su revocación, aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas; si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo. En cuanto a la formalidad adiciona el artículo 141-A sobre los casos en que la ley establezca una formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo (Tomasello, 1984).

El contrato electrónico

En sentido estricto, es aquel contrato que se perfecciona mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Frente a esta noción, existe una amplia que incluye dentro de dicha categoría todos los contratos celebrados por medios electrónicos (aunque no se hayan utilizado ordenadores), como fax, télex y teléfonos.

Del mismo modo, puede entenderse por contratación electrónica «aquella que se realiza mediante la utilización de algún “elemento electrónico” cuando este tiene o puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo».

Otra autora dice que en el término «contratación electrónica» se comprenderían tanto aquellos contratos celebrados y realizados completamente por medios electrónicos, como los celebrados y realizados parcialmente por medios electrónicos y por medios tradicionales, siempre que las «declaraciones de voluntad contractual fueran emitidas electrónicamente». Por ello, se dice que el contrato electrónico se refiere a todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medios electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones (López 1998).

En el derecho comparado tenemos el Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico en España. En él se proponía que «se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos».

Tipos de contrato en la contratación electrónica

Contratos tipo

El contrato tipo es aquel en que se estipulan las condiciones generales que en contratos individuales posteriores habrán de ser aceptadas por las partes, en que se fija una fórmula, modelo o cliché, contenida en un módulo o formulario destinado a servir de base a los contratos que más adelante se concluyen.

Más simple es la definición que señala que el contrato tipo es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebrarán masivamente al celebrar el contrato tipo, los contratantes adoptan un modelo o formulario, por lo general impreso, destinado a ser reproducido sin alteraciones importantes o incluso tal cual, sin alteración de ninguna especie, en múltiples casos posteriores, que equivaldrán, cada uno, a un contrato pre redactado.

Estos contratos se fundamentan en las nuevas necesidades de la economía, la contratación en masa y presentan como grandes críticas la falta de negociación entre las partes y la imposición de las condiciones de la parte más poderosa, normalmente quien redactó el contrato. En consecuencia, lo que preocupa es que puede que

no exista un real acuerdo de voluntades. Sin embargo, la libertad contractual en este caso se da en aceptar o rechazar el contrato. Otras veces, se pueden introducir modificaciones, a veces manuscritas, en estos contratos o conservar espacios en blanco que deben ser llenados conforme el acuerdo de las partes.

Contratos de adhesión

El contrato de adhesión o por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriéndose a ellas.

La única particularidad de estos contratos está en esta aceptación en bloque, pero en los demás, la formación del consentimiento, el lugar y la forma, la eficacia del contrato, etc., se rigen por las reglas generales. Agrega que «la ley no ha exigido, para la eficacia de un contrato, que este sea el resultado de la libre discusión de los interesados, ni que ambas partes tengan igual intervención en su génesis; solo exige que ambas consientan» (Tapia, 2008)

Se suele vincular el contrato de adhesión con la contratación a cláusulas y condiciones generales; sin embargo, su naturaleza es diversa. El contrato de adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento. Esta oferta puede contener condiciones generales si cumple los requisitos de anticipación y generalidad de estas, pero puede limitarse, como usualmente ocurre en transacciones simples, a la fijación de la cosa y el precio. Será frecuente, en la contratación electrónica, suscribir contratos de adhesión, con condiciones generales o sin estas.

Elementos de validez de la contratación electrónica

Podemos distinguir dos grupos de elementos: los objetivos, que son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica (mensaje de datos o MD, norma técnica de estructuración del MD, firma electrónica, sistemas de información y redes de transmisión de datos) y los subjetivos, que son los sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos mediante contratación electrónica (iniciador del MD, destinatario del mismo, intermediarios y el proveedor de servicios de certificación electrónica) (Gagliardo, 2006)

Elementos objetivos

a.- Mensaje de datos, MD o data message

Un mensaje de datos es principalmente información. Dicha información constituirá una declaración de voluntad o de conciencia

en función de su contenido y de la intención de quien la genera y la firma. Además, la información se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares y solo en la medida en que dicho tratamiento tenga lugar en la declaración de voluntad del emisor adquiere la categoría de MD. Si dicho tratamiento no tiene lugar, la comunicación no adquiere la categoría de MD.

La bilateralidad del MD excluye de la condición de tal toda información carente, inicialmente, de soporte electrónico, el cual es adquirido posteriormente a su configuración inicial verbal o manual como consecuencia de una actuación unilateral de su emisor o destinatario, con fines distintos a la transmisión. Por tanto, no es MD la electrificación de una carta o el back-up de un documento, que constituyen tan solo mera copia de los mismos.

b.- La firma electrónica

Es uno de los elementos más importantes. Es un medio electrónico mediante el cual se le atribuye origen personal cierto a un mensaje de datos y la conformidad del firmante al contenido de lo firmado. Las funciones que ejerce son las siguientes:

Identificación y atribución del mensaje y la información contenida en él (origen y voluntad del autor).

Función de privacidad (cifrado del mensaje y nombre del firmante).

Función de seguridad e integridad (evidencia de la apertura o alteración del mensaje entre el momento de su emisión firmada y la llegada a su destinatario).

c.- Sistemas de información (SI)

Es todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar, de alguna otra forma, mensajes de datos. La ley española distingue en esta materia entre «equipo terminal» y «redes» en la Ley N° 11/1998, Ley General de Telecomunicaciones, del 24 de abril. En este caso, el SI no es tan relevante según el principio de neutralidad tecnológica, citando simplemente al agente electrónico como el sistema que contrata automáticamente tras constatar una necesidad de ello, sin necesidad de que el empresario deba expresamente exigirlo cada vez.

d.- Redes de transmisión de datos

Son los equipos electrónicos bajo el control de las partes contratantes que se comunican entre sí, haciendo llegar a las

partes las voluntades negociales desde el oferente al aceptante o viceversa, y conducen a la perfección electrónica del contrato. En la LGT se distingue entre red de telecomunicaciones (telefónica, Internet, etc.), red pública (directorio bibliotecario, por ejemplo) o red privada (intranet). Internet es el sistema de contratación electrónica por antonomasia, ya que es creciente el uso de transacciones operadas mediante correo electrónico o directamente de los sitios web en la red.

Aparecen, además, en el tráfico, terceras personas distintas de los contratantes, que contribuyen con la seguridad y secreto de los mensajes de datos que circulan a través de redes públicas, cuya configuración es semejante a la de las redes privadas. Las redes públicas van perdiendo identidad y se sustituyen por el Internet.

Elementos subjetivos

Poseen máximo exponente en la materia al concebir los elementos más importantes sin menoscabo de los demás.

a.- El iniciador —signatario— del mensaje de datos

Es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y actúa en nombre propio o de una persona física o jurídica que representa. Esto requiere que no sea un intermediario.

Es la persona física o jurídica que envía o genera un mensaje de datos.

La identidad del iniciador debe encontrarse en el texto del mensaje de datos, no en un documento electrónico o no electrónico distinto del mensaje de datos generado o enviado.

El iniciador debe actuar por cuenta propia, con independencia de que se trate de persona física o jurídica. También se considerará jurídicamente como iniciador al tercero en cuya cuenta actúa quien materialmente lleva a cabo la expedición de los mensajes, con independencia de que ostente o no su representación. En la legislación comparada aparece la española, que desarrolla el contenido de la Directiva N° 1999/93. En su artículo 8.3 se permite la identificación del iniciador de modo parcial e incompleto tanto en el mensaje de datos como en el certificado de firma electrónica avanzada, cuya finalidad es mantener la privacidad del contratante en un entorno abierto, sin perjuicio de que, posteriormente, en caso de incumplimiento o reclamación, se requiera que dicho contratante electrónico sea completamente identificado.

Podemos hablar de iniciador incluso cuando el acto o archivo electrónico no tenga destinatario externo ajeno a la esfera de control de dicho iniciador. Esto se debe a la existencia de actos electrónicos internos que actúan solo en un entorno cerrado y en la intranet. Se recoge la posibilidad de que las anotaciones contables electrónicas sean transformadas en datos electrónicos.

Debemos concluir destacando que el simple archivo de un mensaje de datos no convierte en iniciador al individuo, sino que lo es el que genera o envía el mensaje para su posterior archivo.

b.- El destinatario

Satisface las funciones clásicas de la contraparte en un contrato bilateral. Dos son los factores que configuran al destinatario del mensaje de datos:

Factor positivo: el destinatario debe ser la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, por lo que es este el que posee la absoluta facultad de designar a su destinatario y, como consecuencia, quien conozca y reciba un mensaje de datos sin ser designado en su contenido como destinatario del mismo no adquirirá derecho ni obligación alguna derivada del mismo.

Factor negativo: el destinatario no puede ser nadie designado a título de intermediario respecto al mensaje de datos.

Existen algunas excepciones, como cuando se expiden mensajes de datos destinados a la generalidad o que son ofertas ad incertam personam, lo que se conoce como «correo basura» o spam. Estas son invitaciones a ofertar, no simple publicidad que carece de destinatario designado. En cada caso habrá que fijar el alcance legal según su contenido y el sentido literal de sus cláusulas.

Principios básicos en la contratación electrónica (CE)

Debemos centrarnos en los principios que rigen la actividad en la CE, cuyo objetivo primordial es que el grado de seguridad jurídica del comercio electrónico sea similar o superior al comercio escrito. Para conseguirlo es necesario observar cada una de estas reglas:

Principio de equivalencia funcional

Establece que aquella tecnología que permita cumplir las mismas funciones en las redes que una determinada institución jurídica debe recibir los mismos efectos. Es decir, comienza a tener importancia la función que cumpla, y no el medio que se emplee en aras de ser válido como documento contractual. Ya en la Ley Modelo de

Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la codificación del Derecho Mercantil Internacional se recoge la noción de documento escrito, en su artículo 6.º, inciso 1, que establece que «cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que contiene este es accesible para su ulterior consulta». De este modo, podemos entender el mensaje de datos según su definición contenida en la misma ley: «la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI, por sus siglas en inglés), el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax».

En nuestro caso, encontramos certificación de este principio en nuestro propio Código Civil, con motivo de la modificatoria introducida por la Ley N° 27291, a los arts. 141.º, 141-A, y 1374.º, los cuales en resumen establecen que la manifestación de voluntad objeto de un acto jurídico es «expresa» incluso en los casos en que se efectúe a través de cualquier medio electrónico; precisa más adelante la ley en cuestión, al dar una nueva redacción al citado artículo 1374.º, que se permite la contratación entre ausentes, en el sentido de que la oferta, la revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas; si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados

Se trata de establecer que la contratación electrónica es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho regulador de las mismas. Es decir, el objetivo es adaptar las nuevas normas sobre los aspectos electrónicos de las relaciones negociales sin alterar el derecho aplicable a dichas relaciones con independencia del soporte en el que son contraídas.

Principio de neutralidad tecnológica

Está muy relacionado con el principio de equivalencia funcional. Establece que las normas jurídicas que regulen o modifiquen las instituciones jurídicas tradicionales, para dar cabida a sus homólogas electrónicas o telemáticas, deben ser neutrales desde un punto de vista tecnológico (Castells 1997).

Así, las regulaciones que no son neutrales desde este punto de vista (tecnológico) tienen la consecuencia inmediata de ser negativas

para el desarrollo de mercado, porque expulsan del mismo a las tecnologías que no han sido reconocidas por la regulación jurídica, que son, por tanto, ilegales.

Lo que se pretende principalmente mediante la consagración de este principio y la normativa del CE es abarcar con sus reglas no solo la tecnología existente en el momento en que se formula, sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de tener que modificarla en un horizonte cronológico razonable (cincuenta años, por ejemplo).

Principio de buena fe

La buena fe constituye un principio básico en aras de interpretar y ejecutar contratos de compraventa internacional y es uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y nacional de bienes y servicios, siendo a este efecto irrelevante que se haya llevado a cabo por medios escritos, verbales o electrónicos.

Principio de libertad contractual

Este principio queda enunciado en el artículo 1.1 de los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, así como en el artículo 4.1 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico. En consecuencia, ante la no exclusión de libertad de pacto en la contratación electrónica, surgen diversas excepciones cuyo fundamento se encuentra en el orden público de los Estados.

Principio de regulación mínima

Establece la conveniencia de evitar que el comercio se regule en exceso, porque se afirma que este exceso de regulación pondrá en peligro la aparición de los nuevos negocios en Internet e impedirá que se desarrolle la sociedad telemática. Un exceso de regulación da lugar a que la ley se convierta en una barrera para el comercio electrónico.

Las posturas ante este principio son variadas: desde los defensores, sobre todo empresas involucradas en el comercio electrónico que apoyan una autorregulación exclusiva de las empresas que realizan este tipo de comercio (ejemplo de esto lo encontramos en el Global Business Dialogue on Electronic Commerce, foro mundial de estas empresas), hasta los moderados que abogan por reconocer que hay que evitar las barreras, pero siempre aceptando que es mejor una regulación global que múltiples regulaciones locales desconectadas entre sí. Por último, los que se oponen a este principio sostienen que el derecho puede facilitar el comercio electrónico y crear las condiciones idóneas para que se desarrolle.

El consentimiento en el contrato electrónico

Oferta contractual

Es una declaración de voluntad dirigida a otra persona, en virtud de la cual se propone la celebración de un determinado contrato. Tales elementos incluyen la descripción del objeto, su precio y la causa del contrato, así como las condiciones accesorias. Puede realizarse mediante correo electrónico, página web o mensaje de texto (SMS). Prevalece el principio de libertad de forma de la oferta y también se puede dirigir hacia una pluralidad de personas.

Aceptación de la oferta

Consiste en la declaración de voluntad por la cual la persona a quien se dirige la oferta se vincula con el oferente mediante un contrato entre ambos. Debe coincidir con la oferta realizada y contener voluntad de obligarse. En caso de no coincidir con la oferta, estaríamos ante un caso de contraoferta, que el inicial oferente deberá aceptar o no.

Debe realizarse mediante firma electrónica para mayor seguridad. En este caso, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan hacia la teoría de la recepción, que lo da por aceptado desde que el individuo recibe el documento y llega a su poder confirmado.

Momento y lugar del contrato

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato

Al hallarse en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar donde se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Lo siguiente, aplicado en la jurisprudencia, es aplicable a la contratación electrónica:

Que los contratantes se encuentren separados entre sí.

Que exista un intervalo de tiempo entre el momento de la oferta y el momento en que se acepta.

Si la contratación se ha realizado por correo electrónico, se considera lugar aquel desde el que parte el correo electrónico que contiene la oferta.

En caso de contratación vía página web, se considera lugar el país donde radica el establecimiento de la empresa que opera la página web, de acuerdo con la ley citada.

El perfeccionamiento del contrato electrónico

Se discute si la formación del consentimiento se produce cuando se envía la aceptación o cuando la recibe el oferente. En el mundo real, se presuponen ciertos plazos para que la respuesta que se emite llegue a destino; en el mundo virtual, a pesar de la simultaneidad que puede darse en estas comunicaciones, existe también la falta de certeza de que la respuesta llegue a puerto y, si llega, que el destinatario la abra y lea. Sin embargo, todos los problemas técnicos que infunden estas dudas son similares a los que ocurrían antiguamente si fallaba el correo, el sistema de telegramas o los mensajeros.

En consecuencia, el problema de fondo sigue siendo el mismo: ¿el consentimiento se forma cuando se emite la respuesta (cosa que ignora el oferente por un lapso de tiempo) o cuando esta es recibida por el destinatario.

Nuestra legislación se adhiere a la postura de la aceptación o declaración de la respuesta. Surge entonces la siguiente cuestión: ¿dónde se forma el consentimiento en los contratos electrónicos? La respuesta lógica sería el lugar donde se emite la aceptación, donde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta, entonces, el domicilio o lugar desde donde se encuentra el aceptante (si consideramos que es el consumidor quien acepta). Si se acepta la teoría tradicional, será el domicilio del vendedor, quien acepta la oferta que el comprador hace de adquirir. La ventaja de esta segunda posición es la certeza que tienen el comerciante y el sistema jurídico del lugar que fijará la legislación aplicable, a diferencia de la posición más abierta, que da al consumidor la ventaja (Dery 1998).

Fundamento jurídico

Legislación nacional

En el caso de nuestro país, a tono con los tiempos modernos, mediante la Ley N° 27291 se modificó el Código Civil, al permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de manifestación de la voluntad y el uso de la firma electrónica; así pues, en el artículo 141.º se señala que la manifestación de voluntad

es expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

También regula el art. 1374.º del C. C., en cuanto al conocimiento y contratación entre ausentes, que la oferta, su revocación, aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas; si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

En cuanto a la formalidad, el art. 141-A señala que, en los casos en que la ley establezca una formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Derecho comparado: la normativa internacional sobre contratación por medios electrónicos

En este tópico, numeramos la normativa internacional principal que sustenta directa e indirectamente la contratación electrónica y que creemos ha sido y es basamento para toda la normativa sobre comercio electrónico y contratación electrónica en otros países. De algunas de las principales nos valemos para proponer los lineamientos y la posibilidad de una regulación de la contratación electrónica, tal como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propuesta por UNCITRAL (Resolución N.º 51/162, Asamblea General de las Naciones Unidas - 8.ª sesión plenaria, 16 de diciembre de 1996).

Igualmente, sabemos del contrato tipo aprobado por la Comisión Europea de Comercio Electrónico (recomendación del 19 de octubre de 1994), la Iniciativa Europea de Comercio Electrónico que fue acordada por la Comunicación de la Comisión del 16 de abril de 1997 y con dictamen favorable por el Consejo Económico y Social el 29 de octubre de 1997 e, igualmente, la Comunicación de la Comisión del 8 de octubre de 1997 sobre “El fomento de la seguridad y confianza en la comunicación electrónica. Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado como interpretación futura del acuerdo”, siendo estas normas las que inspiraron la formación de la Ley de Firma Electrónica, publicada por Real Decreto Ley N.º14/1999, del 17 de septiembre, y los anteproyectos de Ley de Comercio Electrónico Español de los años 2000 y 2001, los cuales hemos tenido como fuentes primarias de esta evaluación y análisis normativo.

La ley colombiana sobre mensajes de datos, comercio electrónico y firma digital

Esta ley consta de 4 partes y 47 artículos y fue promulgada el 18 de agosto de 1999. En general, su basamento sigue el LMCE, por lo que haremos un resumen de su articulado más representativo. Así, en el artículo 2.º de definiciones y en el literal a) relación a los mensajes de datos, hace ver que se puede contratar en forma electrónica por el EDI, Internet, correo electrónico, telegrama, télex o telefax, cuya relación no es limitativa (como pudiera ser entre otros) lo que permite ampliar otros sistemas, servicios o terminales que existen o que en el futuro se inventen. El literal b) define sobre lo que comprende el comercio electrónico, haciendo ver que la gama de operaciones que abarca el comercio electrónico puede ser contractual y no contractual. La contratación electrónica está comprendida dentro de las posibilidades del comercio electrónico. Ahora bien, la articulación pertinente a la contratación por medios electrónicos se detalla en los artículos 14.º al 25.º.

Anteproyectos de la Ley de Comercio Electrónico de España

Esta ley regula el comercio electrónico en general y comprende 7 títulos: Disposiciones generales (I), Prestación de servicios de la sociedad de información (II), Comunicaciones comerciales por la vía electrónica (III), Contrato de vía electrónica (IV), Solución extrajudicial u Judicial de los conflictos (V), Vigilancia, control y cooperación (VI), Infracciones y sanciones (VII).

El capítulo IV está relacionado con la contratación electrónica. Comentaremos los artículos que atañen a esta ley, los cuales detallamos.

En líneas generales, la regulación pone énfasis en la compraventa de los usuarios y consumidores, quienes peticionan a un destinatario prestador de servicios o el que vende el servicio o producto, siendo la excepción los otros que no son usuarios y consumidores; por lo que se aprecia una tutela al consumidor o usuario.

La ley del estado de UTAH sobre la firma digital

Tiene un tratamiento amplio sobre la firma digital y no la define como la ley colombiana, dejándola a la doctrina. Someramente, en el punto 103.º «Definiciones», incluye los diversos conceptos o frases inherentes a la firma electrónica, tales como criptosistemas asimétricos, certificados, división, falsificar una firma, poseer una clave privada, emitir un certificado, clave pública, clave privada etc., aspectos que permiten tomarlo como referencia para compararlo con la ley vigente en nuestro país, en lo concerniente a su correlación con la contratación por medios electrónicos. (Ley del Estado de UTA - firma digital, vigente desde 1966).

La Ley Reglamentaria de Firma Digital de la República Federal Alemana (1996)

Es otra de las modernas opciones en regulación de firma electrónica en la que se tienen en cuenta los procedimientos para el otorgamiento y la revocación de licencias, costos, procedimiento de solicitud, instrucciones del solicitante, creación y almacenamiento de claves de firmas e información de identificación, distribución de claves de formas e información de identificación, validez de los certificados, registros públicos de certificados, procedimiento para bloqueo de certificados, confiabilidad del personal, protección de los componentes técnicos, plan de seguridad, documentación, cese de actividades, control de certificadores, requerimientos para componentes técnicos, verificación de los componentes técnicos y firmas digitales renovadas después de cierto plazo. Su plasmación textual merece tenerla en cuenta para afirmar nuestra ley de firmas digitales vigentes. Es necesario referir que estas dos últimas leyes sobre firmas digitales no son materia de nuestro estudio, pero si guardan cierta incidencia en la contratación por estos medios tiene que ver con la seguridad, integridad, confiabilidad e identidad del diálogo contractual, que si bien implica en los países como el Perú un costo que hace inoportuna su viabilidad en algunos sectores de la sociedad, en otros países, con mejores posibilidades económicas constituye una solución viable en el tráfico de bienes y servicios.

La ley española sobre la firma electrónica

Fue promulgada por el Real Decreto Ley N° 14/1999, el 17 de septiembre, su estructura consta de 34 artículos, siete títulos, dos disposiciones adicionales y tres finales, en relación con el tema de investigación tiene que ver con la emisión de la oferta y su aceptación por los agentes capaces, los cuales en lugar de usar soporte de papel usan soporte digital, el que asimismo da lugar al uso de firmas electrónicas avanzadas o digitales. Para ello, se emiten certificados digitales por prestadores de certificación que prestan estos servicios oficialmente, quienes emiten un certificado de reconocimiento para «garantizar y proteger la seguridad y la integración de las comunicaciones telemáticas en las que se emplee la firma electrónica», como es el caso de los contratos por medios electrónicos.

La Directiva N.º2000/31/CE del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2000

Versa sobre determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico):

«Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica:

a.- Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

b.- Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes:

Los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento.

Los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública.

Los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión.

Los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones».

CONCLUSIONES

Según el estudio y análisis del presente artículo, se concluye que debe estudiarse y analizarse la legislación civil vigente, respecto al uso de las tecnologías electrónicas digitales a través del Internet, a fin de permitir el tráfico comercial de bienes y servicios.

El sistema sobre contratación por medios electrónicos es lícito, toda vez que existen elementos físicos peculiares respecto a la manifestación de la voluntad contractual.

Hoy en día la computadora y la tecnología digital han transformado la economía política de los países modernos, especialmente en las formas de contratación.

Los contratos por medios electrónicos insertos en una sociedad globalizada permiten la innovación de la legislación.

Acceder a información remota es uno de los principales usos del Internet; pero no hay que dejar de lado la característica que la convierte en un medio de comunicación. Comunicarse a través de la red es una tarea que se realiza diariamente miles de veces y, si

tenemos en cuenta las características de accesibilidad y globalidad, se convierte en el medio de comunicación más potente que el usuario haya tenido jamás en sus manos.

Otra relevante contribución del Internet se desprende de su formidable capacidad para estimular el desarrollo de instancias autónomas y descentralizadas de información. Cualquier usuario de Internet puede expresar sus puntos de vista sobre algún tópico en particular; incluso puede orientar su actividad en la red a la tarea de diseminar sus ideas entre otros usuarios y evitar la agobiante mediación de instituciones u organizaciones que pudieran mostrarse dispuestas a censurarlo en cualquier otro medio de comunicación.

BIBLIOGRAFÍA

CASTELLS, Manuel (1997). La era de la información. Madrid: Alianza Editorial.

DERY, Mark (1998). Velocidad de escape; la cibercultura en el final del siglo. Madrid: Ediciones Siruela.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). Los Contratos. Parte General. Tomo I. Segunda edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

TOMASELLO, Leslie (1984). La Contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y subcontratación. Valparaíso: EDEVAL.

TAPIA, Mauricio & VALDIVIA, José (2008). Contratos por adhesión, Ley N.º 19.496. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

GAGLIARDO, Mariano (2006). «Condiciones generales y cláusulas abusivas». En: Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Homenaje al Dr. Roberto López Cabana. Buenos Aires: Abeledo Perrot.