



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

TESISTA: MARIANA LÓPEZ VARAS

CUENTA: 404073381

TESIS: “REGULACIÓN JURÍDICA DE LA
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL”

ASESORA: MISTRA. ANGELINA HERNÁNDEZ CRUZ

SEMINARIO: DERECHO CIVIL Y FAMILIAR

TITULAR DEL SEMINARIO: MTRA. LUISA HERNÁNDEZ
CABRERA.

Bosques de Aragón, Edo. de Méx., a 10 de septiembre de 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS:

Me he preguntado en muchas ocasiones ¿por qué yo?, ¿qué viste en mí, para hacerme tan venturosa?, gracias, muchas gracias por que desde mi concepción, me dotaste de una vida extraordinaria, única e inmensamente feliz, te agradezco tanta fortuna.

ABUELITA ANITA:

Eres adorable, tú y mi abuelito fueron el uno para el otro y ustedes para mí, qué de especial tuve, para que dios me diera unos abuelitos fuera de serie, gracias “abue”, por brindarme una niñez y juventud gozosa, dedicándote parte de esta obra por tu entrega, cariño e incondicional apoyo.

A MIS PADRES LAURA Y FERNANDO:

Un eterno aplauso, porque me siento bien conmigo misma y orgullosa de lo que hasta ahora soy, ya que soy el resultado de su dedicación y constancia como padres, gracias, mil gracias por darme todo a manos llenas, por enseñarme lo que es una familia, llenando de amor nuestro hogar, dándonos calidez, valores, seguridad y carácter, porque sin más palabras, todo lo que tengo y soy, es gracias a ustedes.

A TI HERMANO:

Te quiero mucho, y siempre piensa que, “uno alcanza sus sueños en la medida en que uno quiera que sean solo sueños”.

† *ABUELITO MIGUEL VARAS (1918-2004):*

No existe día, en el que no pases por un segundo por mi mente, TE EXTRAÑO DEMASIADO, y aunque ya hace cinco años de tu fatal ausencia, eres una profunda huella de lo que soy y a lo que aspiro ser: excelente y finísima persona y profesional.

† *TÍO JOSÉ MIGUEL VARAS (1955-2003):*

En tu memoria, tristemente comprendí: “no somos inmortales”

FAMILIA VARAS:

A cada uno de ustedes una especial dedicatoria, como símbolo de mi admiración, por ser tan singulares, estando en lucha constante para hacerme digna y merecedora de lo que significa la “familia Varas”, por tal motivo me inspiran y motivan a seguir la excelencia.

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:*

Toda mi gratitud, por abrirme tus puertas, concediéndome la gran oportunidad de brindarme estudios profesionales de primer nivel, reconocidos internacionalmente, gracias por el privilegio de convertirme en un PUMA de AZUL y ORO.

A LA FELICIDAD:

Porque desde siempre has estado conmigo.

A LA TRISTEZA:

Porque gracias a ti se lo que es la sensibilidad.

A LA SOLEDAD:

Eres mi consentida, al estar contigo haces que me reencuentre, a saber hacia dónde voy y que quiero.

*A LOS ARQUITECTOS, INGENIEROS
RECTORES Y PRESIDENTES DE LA
REPÚBLICA RESPECTIVAMENTE:*

Por pensar mas allá y en los demás, gracias a su acertada idea en crear, construir, o bien, que de alguna u otra manera contribuyeron a la majestuosidad de la "MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS", gracias por haber cimentado una educación de excelencia mundial.

A MI QUERIDA FES:

Mi segunda casa, te dedico gran parte de este trabajo, ya que tuve la oportunidad de ocupar un pupitre, consecuentemente, la dicha ser universitario Aragonés, experimentando una etapa de plenitud y satisfacción, gracias por hacer de mi una profesional, te retribuiré con cada día de mi trabajo, dando lo mejor a los demás, con dignidad, honestidad, constancia y calidad que requiere el quehacer jurídico.

A MIS PROFESORES:

Angelina Hernández Cruz, Gerardo Hurtado Montiel, José Ricardo Limón Pérez, Marcial Terrón Pineda, Alicia Concepción Rivas Galicia, Isidro Casas Reséndiz, Luisa Cabrera Hernández, Roberto Héctor Gordillo Montesinos, José Guadalupe Piña Orozco, a cada uno de ustedes todo mi agradecimiento, y mi más ferviente admiración, haciéndoles un reconocimiento especial, por su sapiencia, esfuerzo, constancia, sacrificio dedicación y en muchas ocasiones sus consejos además por impulsar y ser parte importante del prestigio que distingue a la FES, gracias por sus exquisitas e inolvidables cátedras, dejando en mi honda huella del gran significado de lo que es ser ABOGADO.

A MIS AMIGOS:

Por serlo, por hacer la vida más llevadera en aquellos momentos difíciles, tristes y estresantes, sin olvidar que gran parte del significado de ser estudiante es la amistad y solidaridad.

A LOS MIEMBROS DEL JURADO:

A cada uno de ustedes, un especial agradecimiento, por su tiempo, dedicación y sapiencia brindada, gracias por contribuir a regalarme este momento tan anhelado y trascendental en mi vida.

A MIS JEFES Y EX JEFES:

Por aportarme parte de su conocimiento, experiencia, exigencia y brindarme su apoyo en este arduo andar de la abogacía.

A MIS PROFESORES Y COMPAÑEROS DEL QUINTO DIPLOMADO EN DERECHO FISCAL:

Por transmitirme su conocimiento y experiencia, motivándome a seguir en constante preparación. Es una gran satisfacción compartir esto con ustedes, además de ser un gran honor haberlos conocido.

A MI ASESORA, MSTR. ANGELINA HERNÁNDEZ CRUZ:

Por creer en mí, asesorando este trabajo, hoy materializado, contribuyendo así con un sueño, que desde hace bastante tiempo imaginaba. Reiterándole mi más ferviente admiración por ser una excelentísima persona y profesional, motivándonos a seguir adelante y con paso firme, sin doblegarnos ante las adversidades, usted enaltece a nuestra Facultad, especialmente a la bella y talentosa profesión de Abogado.

A MI APRECIADO EX JEFE P. ALFREDO GUTIERREZ CARBAJAL:

Gracias, ha sido un excelente jefe y una extraordinaria persona, toda mi gratitud por haberme transmitido sus conocimientos, experiencias, y haberme enseñado a incursionar en la labor de la abogacía.

A TI BEBÉ JOSÉ MIGUEL VARAS ALDANA:

Bienvenido a este mundo. Eres una personita muy especial para mí, además te has vuelto una ilusión y motivación en mi vida.

A TODOS AQUELLOS:

Que de alguna manera he tenido el honor y fortuna de que se cruzarán en mi camino, dejando en mí un gran aprendizaje, gracias.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

1.1 ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	1
1.2 PROCESO LEGISLATIVO DE LA REFORMA QUE INTRODUCE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	11
1.3 REFORMA DEL AÑO 2000 AL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.....	21
1.4 NORMATIVIDAD COMPLEMENTARIA.....	25

CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1 CONCEPTO DE CONTRATO.....	31
2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.....	33
2.2.1 CONSENTIMIENTO.....	34
2.2.2 OBJETO.....	37
2.3 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.....	40
2.3.1 CAPACIDAD.....	41
2.3.2 AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.....	44
2.3.3 LICITUD EN EL OBJETO.....	47
2.3.4 FORMALIDAD.....	51
2.4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	54

2.5 INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.....	57
2.6 EL CONTRATO POR TELÉFONO Y FAX.....	60

CAPÍTULO TERCERO

PECULIARIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

3.1 CONCEPTO DE CONTRATO ELECTRÓNICO.....	63
3.2 EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO.....	70
3.3 LA FORMA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	78
3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.....	85

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMAS, PERSPECTIVAS Y SOLUCIONES RESPECTO A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

4.1 LA CERTEZA JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	92
4.2 LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.....	99
4.3 EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	107
4.4 SOLUCIONES QUE SE PROPONEN.....	115
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	129

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha proliferado el uso de los medios electrónicos para celebrar diferentes actos jurídicos, entre ellos los contratos civiles. Esto es así porque la comunicación a través de internet está alcanzando proporciones excesivas que se manifiestan en todos los ámbitos, incluyendo el jurídico, y de manera muy concreta el que se refiere a los contratos.

Aunado a lo anterior encontramos que en el año 2000 se realizaron reformas a diversos ordenamientos legales para regular la contratación electrónica en materia civil y mercantil. En esta última se han introducido varias normas y con un contenido más significativo, seguramente porque tiene mayor proyección el comercio electrónico. Sin embargo, en materia civil son pocas las normas que fueron reformadas en cuanto al tema, sin que exista una nueva actualización, la cual es necesaria debido a la importancia del tema.

En consecuencia, en la presente investigación se realiza un estudio sobre la regulación jurídica de la contratación electrónica en el Código Civil Federal, con el fin de proponer algunas normas que contribuyan a la evolución normativa y al mejoramiento del marco jurídico aplicable a los contratos electrónicos de carácter civil.

Cabe señalar que si bien fue acertada la reforma legal que incluyó algunas normas en la parte general de los contratos dentro del Código Civil Federal, también es cierto que si tomamos en cuenta la evolución que está teniendo la contratación electrónica, conviene hacer ciertas precisiones, que estimo necesarias para proponer en la presente investigación nuevas disposiciones orientadas a complementar y mejorar la legislación aludida.

Para tal efecto, la investigación comprende cuatro capítulos; el primero de ellos hace referencia al nuevo régimen jurídico de la contratación electrónica, a partir de sus antecedentes y tomando en consideración el proceso legislativo de la trascendente reforma que introduce la contratación electrónica en el marco legal mexicano.

En el capítulo segundo se tratan los aspectos básicos de la teoría general del contrato, para que de acuerdo con el método deductivo se inicia de conceptos generales para después entender los conceptos particulares de los contratos electrónicos, lo cual se hace en el capítulo tercero, en donde se analizan las peculiaridades que caracterizan a estos contratos de conformidad con la legislación civil federal.

Por último, en el capítulo cuarto se precisan algunos problemas y perspectivas sobre la contratación electrónica, para estar en aptitud de proponer algunas soluciones tendientes a actualizar y complementar la normatividad aplicable a los contratos electrónicos civiles.

Es indudable que la contratación electrónica tiene muchos beneficios en virtud de que facilita el acuerdo de voluntades entre ausentes, incluyendo a personas de diferentes países y con horarios distintos que no representan un obstáculo para esta especie de contratación, sin embargo, también han surgido problemas concretos derivados de la falta de confianza que origina celebrar un contrato con alguien que no tiene una identidad cierta, o bien, se pueden proporcionar datos falsos. Pero lo que está afectando esta forma de contratar es el número creciente de delitos de fraude que se han cometido, así como el uso indebido de los datos que se llegan a obtener una vez que se celebra el contrato electrónico.

Por lo tanto, las normas que se proponen tienen que ver con la certeza jurídica y con la libertad contractual, toda vez que es necesario dar mayor seguridad a quienes realizan un contrato civil utilizando los medios electrónicos. Esta certeza no solamente debe estar referida a la forma y los efectos jurídicos del contrato, sino también al contenido del mismo, ya que por ser en la mayoría de los casos un contrato de adhesión, no por eso debe afectar a uno de los contratantes.

Con la propuesta que se hace se pretende que la legislación civil federal se complemente, o por lo menos que se actualice, de acuerdo a los avances que se están dando en cuanto a la contratación utilizando diversos medios electrónicos, como los derivados de Internet. Así, tendremos una legislación que responda a las exigencias de nuestra época.

Cabe advertir desde ahora que en virtud de ser una materia en constante evolución requiere una revisión permanente para mantener al día la legislación respectiva, y con ello fomentar la celebración de contratos electrónicos en un ambiente de certeza jurídica.

CAPÍTULO PRIMERO

NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

1.1 ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

En la antigüedad se celebraban contratos sin mucha formalidad, incluso no se exigía una especie de “firma” para que tuvieran validez, lo que sí, era importante la forma en que se expresaba la voluntad ya que es la base para la existencia de un contrato o acuerdo de voluntades.

En relación con esto, el profesor Gabriel Andrés Cámpoli, comenta lo siguiente: “En Roma, base de nuestro sistema jurídico, **no era costumbre firmar los documentos**. La *manufirmitio* (ceremonia de validación del contenido de los documentos) consistía en que, habiendo sido leído el documento por su autor o el notario, se lo colocaba desplegado sobre la mesa del fedatario interviniente y, luego de pasar la mano abierta sobre el pergamino en actitud de jurar, pero sin hacerlo, se escribía el nombre, o una o tres cruces, por el autor o el notario en su nombre, y luego por los testigos si los hubiere.”¹

A través de la historia han cambiado las costumbres sobre la forma en que se validan o certifican los contratos, pero sin que ello haya sido el requisito principal, toda vez que lo más importante es que de manera clara se expresa la voluntad de los contratantes y se sepa con certeza a lo que se están obligando.

¹ CÁMPOLI, Gabriel Andrés. La Firma Electrónica en el Régimen Comercial Mexicano. Editorial Porrúa. México. 2004. pág. 3

Así, encontramos que en la actualidad abundan en la vida jurídica una diversidad de contratos celebrados entre presentes o ausentes, empleando diferentes medios, entre los cuales están destacando los de carácter electrónico, ya que facilitan los actos jurídicos y promueven la celebración de un gran número de contratos.

El Dr. Alberto Pacheco Escobedo, precisa que: “Los avances tecnológicos no son ajenos al orden jurídico; por el contrario, influyen directamente en él, y en ocasiones lo determinan, al cambiar la forma de vida de los hombres y de las sociedades que son el objeto inmediato del Derecho. Abundan en la historia los casos en los cuales un progreso técnico ha modificado, por ejemplo, la agricultura o el comercio, y en consecuencia ha transformado la contratación, influyendo a la larga hasta en la misma forma política de la sociedad. Sería absurdo negar que inventos o progresos como la imprenta, el perfeccionamiento de los instrumentos de navegación, el ferrocarril o la mecanización de la agricultura no han sido factores importantes en la evolución de la ley positiva y de la ciencia jurídica. En tanto que son productos de la actividad humana, y en tanto que modifican la conducta de los hombres, los avances tecnológicos son también fenómenos jurídicos.”²

En el caso de la contratación electrónica, los avances tecnológicos están teniendo una gran influencia, de tal manera que diariamente se celebran miles de operaciones y contratos entre personas ausentes, los cuales tienen un contenido obligacional determinante, por lo tanto, los efectos jurídicos se actualizan con todas sus consecuencias.

Los antecedentes generales de la contratación electrónica se encuentran en el ámbito internacional, ya que es en donde se inician las diferentes operaciones

² PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Contratación por Medios Electrónicos. En Homenaje a Manuel Borja Martínez. Editorial Porrúa. México. 1992. pág. 207.

con tecnología que emplea diversos medios electrónicos, entre ellos destaca el uso de la red denominada *Internet*.

En virtud de que Internet es la base principal de la contratación electrónica, conviene abundar un poco sobre su concepto y origen. Al respecto, el profesor Alfredo Alejandro Reyes Krafft señala que, Internet es un canal mundial de telecomunicaciones informáticas, que está integrado por muchos canales que a su vez, están interconectados entre sí, lo cual lo convierte en el medio de comunicación más veloz en toda la historia de la humanidad. Precisa que: “Las características fundamentales de la operación de Internet consisten en que se trata de una red **distributiva** (no cuenta con un depósito central de información o de control, sino que está compuesto por una serie de computadoras *host* o anfitrionas que están interconectadas, cada una de las cuales puede ser accesada desde cualquier punto de la red en que el usuario de Internet se encuentre), **interoperable** (utiliza protocolos abiertos, de manera que distintos tipos de redes e infraestructura puedan ser enlazados, permitiendo la prestación de múltiples servicios a una diversidad de usuarios a través de la misma red. En este sentido, la interoperatividad con la que cuenta Internet se debe al protocolo *TPC/IP*, el cual define una estructura común para datos de Internet, así como para el *enrutamiento* de dichos datos a través de la red) y que funciona a través de **transferencias de paquetes de información** (mejor conocida como conmutación de paquetes, consistente en dividir la información que se transmite por la red en pequeñas partes o *paquetes*).”³

Es fácil percibir que Internet es una Red de comunicación entre todos los pueblos y naciones, es decir, su alcance es internacional y las ventajas que produce en todos los aspectos son incalculables, ya que pone en contacto a personas de todo el mundo y permite que puedan realizar diversos actos, entre

³ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación. Editorial Porrúa. México. 2003. pág. 27.

ellos los de carácter jurídico, y de manera más concreta los que se refieren a la hoy conocida como contratación electrónica.

El profesor Carlos Barriuso Ruiz destaca que: "Internet tiene sus orígenes hacia el año 1963 en Estados Unidos, cuando a Larry Roberts se le encarga una infraestructura de comunicaciones de datos, que evite que la destrucción de una parte de la red afecte al funcionamiento total del sistema. Así, en el año 1969 surge en Estados Unidos, con fines militares, la red «Arpa-net», llevada a efecto por ARPA, (Advanced Research Projects Agency) dependiente del Departamento de Defensa, interconectando varios centros de cálculo. Al unirse CSNET, universidades y centros científicos, varió su carácter netamente militar (transformándola en 1983 en Milnet) hacia el científico. En 1986 NSF-NET, interconecta seis centros de supercomputación, constituyéndose hoy en la red troncal o back-bone, como nivel más alto de jerarquía, seguido por las redes intermedias o por enlaces entre redes (Frame Relay o punto a punto), llegando en el nivel más bajo a las redes locales, donde están los proveedores de servicio." ⁴

De lo anterior, se puede afirmar que internet es una red de comunicación que permite el intercambio electrónico de datos y, de acuerdo con su forma de operación, hace posible que se realicen múltiples operaciones, entre ellas las relativas a la contratación electrónica.

Lo que en la década de los noventa tuvo mucho auge fue el comercio electrónico y de ahí se ha extendido a la contratación en materia civil. Esto motivó que en el contexto internacional surgieran diversas leyes y disposiciones para regular adecuadamente, o por lo menos no obstaculizar, las operaciones que implicaban el comercio y la contratación electrónica en general.

⁴ BARRIUSO RUIZ, Carlos. La Formación del Contrato Electrónico. Editorial Civitas. España. 2002. pág. 37.

Nos referiremos enseguida a los diferentes ordenamientos que han aparecido sobre la materia, para conocer de manera somera los antecedentes principales relativos a la regulación de la contratación electrónica. Para tal efecto, más que seguir un orden cronológico, destacaremos la normatividad más importante, entre la cual está la que ha influido en nuestra legislación vigente.

En primer lugar está la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, también conocida como UNCITRAL), sobre Comercio Electrónico, la cual fue aprobada por esta Comisión, el 12 de junio de 1996. Esta Ley Modelo tiene por objeto facilitar el empleo de los modernos medios de comunicación y de archivo de la información. Se basa en el establecimiento de un equivalente funcional para la documentación sobre soporte electrónico de ciertos conceptos básicos que se acuñaron para la documentación consignada sobre papel, tales como las nociones de "escrito", "firma" y "original". Al definir ciertas normas que permiten determinar el valor jurídico de todo mensaje electrónico, esta Ley Modelo cumple un cometido importante al servicio del desarrollo de las comunicaciones sin soporte de papel. La Ley Modelo contiene también reglas para el comercio electrónico en determinados sectores de la vida comercial, como pudiera ser el transporte de mercancías.

Entre las razones que se han expuesto sobre la justificación y contenido de esta Ley se expresa lo siguiente: "El recurso a los modernos medios de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la Internet y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica. No obstante, la comunicación de datos de cierta trascendencia jurídica en forma de mensajes sin soporte de papel

podiera verse obstaculizada por ciertos impedimentos legales al empleo de mensajes electrónicos, o por la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes. La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de 'comercio electrónico'(sic). Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico.”⁵

Cabe mencionar que adicionalmente y con el propósito de guiar y ayudar a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los países, la *UNCITRAL* ha elaborado además una Guía para la Incorporación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico al derecho interno.

En segundo lugar, se ha expedido también la Ley Modelo de *UNCITRAL* para las Firmas Electrónicas, misma que fue aprobada por la CNUDMI el 5 de julio de 2001. Esta Ley Modelo tiene por finalidad la de dotar de mayor certeza jurídica al empleo de la firma electrónica. Basándose en el principio flexible que se enuncia en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la Ley Modelo sobre firmas electrónicas establece la presunción de que toda firma electrónica que cumpla con ciertos criterios de fiabilidad técnica será equiparable a la firma manuscrita. La Ley Modelo adopta un criterio de neutralidad tecnológica para no favorecer el recurso a ningún producto técnico en particular. Asimismo, define ciertas reglas básicas de conducta que pueden servir de orientación para evaluar las obligaciones y responsabilidades eventuales de todo firmante, así como de todo tercero que salga de algún modo fiador del

⁵ La exposición y texto completo de la Ley Modelo se puede consultar en la página: www.uncitral.org

procedimiento de firma utilizado y de toda parte en una relación comercial que haya obrado fiándose de la firma.

El documento más reciente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, la cual fue aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, mediante su resolución 60/21 y el Secretario General la abrió a la firma el 16 de enero de 2006.

La finalidad de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es ofrecer soluciones prácticas hacia las cuestiones que plantea la utilización de medios electrónicos de comunicación para la celebración de contratos internacionales. La Convención contiene algunas reglas a fin de asegurar la eficacia de las comunicaciones electrónicas. Esta Convención es aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

En la Convención se entiende por “comunicación electrónica” toda exposición, declaración, aviso o solicitud, incluida una oferta y su aceptación, que se efectúe por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares con motivo de la formación y cumplimiento de un contrato. El término “contrato” se utiliza en sentido amplio e incluye, por ejemplo, los acuerdos de arbitraje y otros acuerdos jurídicamente vinculantes independientemente de que habitualmente se denominen o no “contratos”.

La Convención es aplicable a los contratos internacionales, es decir, a los contratos celebrados entre partes que están situadas en dos Estados diferentes, pero no es necesario que ambos Estados sean Estados Contratantes de la Convención. No obstante, la Convención es únicamente aplicable cuando la ley de un Estado Contratante es la ley aplicable a las negociaciones

entre las partes, lo cual se determina por las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, si las partes no han elegido válidamente la ley aplicable.

Por otra parte, siguiendo la exposición que hace el Dr. Edgar Elías Azar, mencionaremos algunos ordenamientos concretos que han surgido en materia de contratación electrónica, además de los expedidos por el UNCITRAL. Primeramente, está la Directiva 2001/31/CE, sobre aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. “El legislador comunitario ha sido consciente del ámbito restringido de su competencia a la órbita europea y así lo reconoce en el considerando 58 de la Directiva, que dice: La presente Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país: habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico. Pese a ello, consideró que un acercamiento de las legislaciones europeas favorecería, no sólo a las empresas que operaran en el mercado único europeo, sino también las de ámbito mundial y en este sentido declara: conviene garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario con el marco internacional. La Directiva se entenderá sin perjuicio de los resultados a que se llegue en los debates en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales (entre otras, la Organización Mundial del Comercio, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la CNUDMI) (Considerando 58).”⁶

Es evidente que la comunidad europea ha percibido la necesidad de contar con una normatividad que le permita facilitar la comunicación por medios electrónicos, para lograr de esa manera se puedan celebrar todo tipo de operaciones, entre ellas las de carácter contractual, ya que representan un

⁶ ELÍAS AZAR, Edgar. La Contratación por Medios Electrónicos. Editorial Porrúa. México. 2005. pág. 24.

contenido económico y jurídico muy importante dentro del mundo globalizado en el cual nos encontramos.

En cuanto a la Legislación Federal Estadounidense, el autor citado precisa que: “La normativa electrónica se ha desarrollado dentro del ‘Programa Federal del Comercio electrónico’ y con arreglo al ‘Marco para el comercio electrónico global’ (*A framework for Global Electronic Commerce*). En todo momento se consideró que los esfuerzos deberían dirigirse a que *Internet* se convirtiera en un Mercado de contratación privada. Y para ello era preciso el protagonismo del sector privado, como pilar de la contratación electrónica libre y no frenada por restricciones gubernamentales indebidas y extremas. En opinión de los operadores económicos, el Sector Público debiera limitarse a defender los grandes principios y reglas del sistema económico: garantizar la competencia, tutelar la propiedad intelectual, prevenir el fraude, promover la transparencia, apoyar y reforzar la contratación privada con un marco legal internacional y con un sistema extrajudicial de arreglo de controversias. Y en este contexto, los gobiernos debieran revisar sus leyes y hacerlas más liberalizadoras, con el fin de facilitar el comercio electrónico.”⁷

Bajo estos lineamientos se expidió la *Ley de Transacciones Electrónicas*, aprobada por Decreto en todos los Estados, en julio de 1999. En ella se expresa la preocupación de las barreras legales a los efectos de los documentos y archivos que sólo tienen una existencia electrónica. El fin principal de la Ley es el de suprimir los obstáculos al comercio electrónico, mediante el reconocimiento de la validez y efectos de los documentos y firmas electrónicas.

Por su parte, Francia impulsa su normatividad electrónica con la ley 2000-230, de 13 de marzo, que modifica parcialmente el temario de la prueba de las obligaciones del Código Civil. Le sigue la gran reforma, representada por la Ley

⁷ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 40.

2004/575, de 21 de julio, para la confianza en la firma digital, por la que se transponen las Directivas electrónicas se modifican y adecúan diversas disposiciones afectadas por el comercio electrónico; entre ellas, el Código de Consumo, el Código Penal, el de aduanas, la Ley General de Correos y Telecomunicaciones.

Es interesante destacar que en el Derecho Francés se integra básicamente la regulación sobre contratación electrónica en el Código Civil, lo cual ha servido de modelo para el legislador mexicano, quien también incorporó algunas modificaciones sobre la materia en la legislación civil federal, como se verá en su oportunidad.

En España se reguló la firma electrónica en el RDL 14/1999, de 17 de septiembre; derogándose por la Ley de Firma electrónica, 59/2003, de 19 diciembre de 2003, pero un año antes se había transpuesto la Directiva del Comercio Electrónico por la Ley 34/2002, de 11 de julio, la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, con las modificaciones introducidas en materia de perfección de los contratos por la Disposición derogatoria única de la Ley General de las Telecomunicaciones, de 2003 (BOE núm. 204, de 4 de noviembre).

En la Ley 34/2002 se regulan temas relativos al proceso de formación del contrato. De un lado, las "comunicaciones comerciales" (consentimiento a su envío, deberes de información respecto de su contenido y sanciones por su incumplimiento, artículos 19 a 22 y 37). De otro, los "contratos electrónicos".

Se encuentra también la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica*. "La Ley de Firma Electrónica mejora la normativa anterior, al tiempo que supera algunas de las contradicciones en que incurría a la hora de establecer

la disciplina sustantiva y procesal en materia de admisibilidad y efectos de la prueba electrónica. Esta normativa general se acompaña del régimen especial de la firma profesional de los Notarios y Registradores, instaurado por la Ley 24/2001.”⁸

La legislación española revela el avance que se está presentando en varios países, incluyendo el nuestro, en cuanto a la regulación de la contratación electrónica, sin embargo, debe notarse que la normatividad es reciente, por lo que se esperan nuevas reformas y ordenamientos que estén complementando las disposiciones ya existentes.

1.2 PROCESO LEGISLATIVO DE LA REFORMA QUE INTRODUCE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

La reforma que introduce en México, la normatividad referente a la contratación electrónica comprende un proceso legislativo que se inicia en 1999 y concluye en el año 2000, después de que se analizaron las diversas iniciativas que se presentaron sobre la materia, y una vez que las dos Cámaras del H. Congreso de la Unión aprobaron los dictámenes correspondientes, con el proyecto respectivo que contenía reformas y adiciones al Código Civil Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y Ley Federal de Protección al Consumidor.

Como antecedentes legislativos y situación jurídica previa a esta reforma se encuentra lo siguiente, que destaca el profesor Alfredo Alejandro Reyes Krafft:

- “• Código de Comercio 1884-Telégrafo
- Código Civil 1928-Teléfono
- Leyes Bancarias 1990-Medios Telemáticos.

⁸ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 57.

- Ley *PROFECO* 1992-Ventas a distancia. *Telemarketing*.
- Leyes Fiscales 1998-Declaraciones y pagos en formato electrónico.
- Otros esfuerzos Gubernamentales.

La legislación existente hasta 1999, requería para la validez del acto o contrato, del soporte de la forma escrita y la firma autógrafa, para vincular a las partes en forma obligatoria.”⁹

En efecto, antes de la reforma que nos ocupa, nuestro sistema jurídico exigía que los contratos debían ser por escrito, por lo menos los que representaban intereses jurídicos y económicos que así lo ameritaban, y era necesaria la firma autógrafa para darle plena validez al documento, ya que mediante ella se confirmaba el acuerdo de voluntades entre los contratantes.

Sin embargo, en la actualidad la tecnología está influyendo de tal manera que ahora se celebran innumerables contratos por medios electrónicos, sin que los contratantes se encuentren presentes, no obstante existe el consentimiento, aún cuando no haya documento ni mucho menos una firma autógrafa, como antes se requería.

En un principio fue el comercio electrónico lo que empezó a proliferarse en nuestro medio, después fue en general la contratación electrónica, lo cual motivó que el legislador realizara las reformas necesarias para actualizar el marco jurídico aplicable a este tipo de negociaciones.

En cuanto a esto, el Dr. Edgar Elías Azar, señala lo siguiente: “La tendencia económica-empresarial hacia la globalización ha influido sustancialmente al desarrollo del comercio electrónico. Su difusión con Internet han dado un alcance al conocimiento y expansión de las nuevas tecnologías de la

⁹ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. pág. 55.

información y de la comunicación. México forma parte de dicho acontecimiento. La contratación en nuestro país por medios electrónicos es una realidad que se desarrolla a pasos asombrosos, desde su embrionario origen mercantil extendido al tráfico civil y hoy adentrado en todos los espacios de nuestra vida diaria (trabajo, educación y ocio). La Red abierta Internet ha hecho posible que las personas y las instituciones que habitamos el planeta constituyamos una comunidad global unida en el tiempo y en la distancia. En este marco sociológico se sitúan las reformas producidas en nuestro Derecho, con el fin adaptar la legislación a esta nueva realidad y dar seguridad al tráfico privado en el uso de medios electrónicos.

La reforma electrónica es acertada; pues su introducción implica un claro avance respecto del Derecho de Obligaciones y contratos contenido en los códigos, al tiempo que un acercamiento con los lineamientos sentidos a nivel mundial más recientes. Ello no obsta para que, nuestra disciplina presente dudas al intérprete y precisen del correspondiente consenso judicial y dogmático futuro.”¹⁰

Según el autor citado, la reforma en cuestión es acertada, con todo ello origina algunas dudas y requiere de ciertas precisiones, además, como toda obra humana, es perfectible y especialmente sobre la materia que nos ocupa, es evidente que se requiere una constante revisión y actualización, habida cuenta que los avances tecnológicos y electrónicos se siguen presentando de manera constante, por lo tanto, debe ser continua la reforma que se refiera a la contratación electrónica.

Para percibir el contenido de la reforma que nos ocupa es pertinente remitirnos al proceso legislativo de la misma. Así, encontramos primeramente que se presentó ante la Cámara de Diputados una Iniciativa el 30 de abril de 1999, y en la exposición de motivos se expresaba que el rápido desarrollo de los sistemas

¹⁰ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. págs. 65 y 66.

informáticos y de comunicación han llevado a buscar maneras más rápidas para llevar a cabo la actividad comercial, tales como los medios electrónicos modernos que han contribuido a acortar las distancias entre los participantes de la actividad comercial.

La Iniciativa aludida buscaba el reconocimiento de la contratación por vía electrónica, para que los actos así celebrados sean igualmente válidos que aquellos celebrados por medio del papel. Para la elaboración de la Iniciativa se tomó como base jurídica la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), habiéndose analizado el contexto, la legislación y la práctica comercial mexicana, a fin de lograr que aquella se adaptara de manera precisa a la realidad nacional.

En la Iniciativa de 30 de abril de 1999 se precisó que el régimen jurídico mexicano sobre comercio electrónico debería ser compatible con el derecho internacional en materia de comercio electrónico, logrando así el principal objetivo de esa Iniciativa, que era el de brindar mayor seguridad y certeza en las transacciones electrónicas tanto nacionales como internacionales.

Para elaborar la Iniciativa de referencia se tomó en cuenta la realidad consistente en el hecho de que los medios de comunicación modernos, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos, han difundido su uso con gran rapidez en las operaciones comerciales tanto nacionales como internacionales, lo que hace presumir que este tipo de comunicación es y será preponderante en el presente y en el futuro próximo. Por esa razón resultaba congruente la intención del legislador con la realidad legislativa nacional, a fin de incorporar la Ley Modelo de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a nuestro Código de Comercio.

El 15 de diciembre de 1999 se presentó ante la Cámara de Diputados una segunda Iniciativa, exponiéndose que el uso de Internet ha acelerado la transformación del comercio mundial y desde luego el nacional, en virtud de que permite el contacto instantáneo y barato entre vendedores, inversionistas, anunciantes y financieros de todas las regiones del mundo. Además, la eficacia y competitividad de los agentes económicos en un mercado competitivo depende del acceso a la información a un bajo costo. Ante esto, la ausencia de disposiciones en el ordenamiento jurídico mexicano que reconocieran la validez de este tipo de transacciones de una manera segura desde un punto de vista jurídico se podía convertir en un obstáculo al comercio.

En la exposición de motivos de la Iniciativa mencionada, se dijo: “La presente iniciativa tiene como finalidad refrendar de una manera moderna la validez de la contratación a distancia, o entre no presentes, mediante la cual se celebran operaciones comerciales muy importantes. No debe existir razón alguna para negar validez jurídica a los contratos celebrados por medio de mensajes electrónicos, ya que cumplen con la finalidad, o razón de ser de los requisitos establecidos por la ley a los contratos tradicionales, superando inclusive en muchos aspectos a aquellos celebrados en papel. En virtud de lo cual los contratos celebrados por medios electrónicos deben tener validez probatoria. Por lo analizado y expuesto no puede ser ignorado, el desarrollo del Comercio electrónico y su crecimiento, el cual tendrá lugar exista o no exista ordenamiento legal alguno que reconozca y regule de algún modo su desarrollo, en razón de lo cual se pretende crear un adecuado marco legal que no obstruya las transacciones, y que ofrezca un nivel de seguridad jurídica aceptable.”¹¹

La Iniciativa de diciembre de 1999 pretendió incorporar en el Código Civil el concepto jurídico "Mensaje de datos", que implicaba el consentimiento otorgado

¹¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.

por medios electrónicos. Igualmente introducía reformas para establecer que se reconociera la validez de la oferta y la aceptación o rechazo de la misma, realizadas a través de un Mensaje de datos. También establecía el reconocimiento de que el Mensaje de datos electrónico tuviera la misma validez de la forma escrita, que se exige para el contrato y demás documentos legales que deben ser firmados por las partes. Asimismo, reconocía que tanto la forma escrita como la firma original, tiene cumplidos los requisitos legales para la validez de las transacciones, tratándose de un Mensaje de datos.

En la misma Iniciativa se contemplaban reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles, por virtud de las cuales se reconocían efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria de los Mensajes de datos. Se atendía igualmente al reconocimiento de los requisitos de autenticidad, integridad y confiabilidad de la información, generada, comunicada o archivada a través de Mensajes de datos.

Por último, se presentó una tercera Iniciativa ante la Cámara de Diputados el 22 de marzo de 2000, argumentándose en la exposición de motivos lo siguiente: “En México se estima que hay más de 4 mil empresas que han incorporado en sus operaciones transacciones a través de medios electrónicos. La mayoría de estas empresas utilizan el intercambio electrónico de datos (EDI), y muy pocas realizan transacciones a través de Internet.

El gobierno también juega un papel importante en la tarea de promoción y desarrollo en el uso de la informática para mejorar el servicio a los usuarios. La utilización de sistemas informáticos que hagan más eficientes las relaciones entre gobierno, empresas y ciudadanía en general tiene un impacto positivo en la economía del país... En términos generales la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera universal, y en caso de un litigio el juez o tribunal tendrán que allegarse de medios de prueba indirectos para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida. Esta situación ha originado que empresas frenen sus inversiones orientadas a realizar

transacciones por medios electrónicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias...

Por lo anterior, la presente iniciativa ha considerado que el sistema jurídico mexicano debe incluir las menciones necesarias para aprovechar los avances logrados no sólo en el ámbito comercial, sino también en otros campos, para que pueda lograrse una interacción en todos esos campos y los considere en su conjunto y no de manera aislada.”¹²

Ante las razones expuestas se consideró conveniente adecuar el marco jurídico mexicano. En materia de Código Civil Federal, resultaba necesario reconocer la posibilidad de que las partes pudieran externar su voluntad o solicitar algún bien o servicio mediante el uso de medios electrónicos, e incluso dar validez jurídica al uso de medios de identificación electrónica.

Con relación al Código Federal de Procedimientos Civiles, se proponía una adición con el fin de conceder efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria a la información que conste en medios electrónicos y con ello, reconocer efectos jurídicos a las obligaciones que de conformidad con el Código Civil Federal, contraigan las partes mediante el uso de medios electrónicos.

En lo que se refiere al Código de Comercio, se propuso una amplia reforma al texto vigente, con la cual se conseguiría una legislación mercantil innovadora y al día en aspectos informáticos, ya que daría la posibilidad de que los comerciantes puedan ofertar bienes o servicios a través de medios electrónicos, también podrían conservar la información que por ley deben llevar mediante medios electrónicos, además se abriría un título de obligaciones mercantiles que

¹² CÁMARA DE DIPUTADOS. Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.

retome los conceptos manejados por el Derecho Común, pero aplicados a actos de comercio.

Asimismo, se propuso una adecuación a la Ley Federal de Protección al Consumidor, para incorporar las disposiciones mínimas que aseguren los derechos básicos del consumidor en las operaciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

El proceso legislativo que se llevó a cabo para aprobar las reformas aludidas consistió en lo siguiente: A la Comisión de Comercio, correspondiente a la LVII Legislatura, le fue turnada para su estudio y dictamen, las siguientes iniciativas: Iniciativa de Reformas y Adiciones a Diversas Disposiciones del Código de Comercio, presentada por el Ciudadano Diputado Humberto Treviño Landois, del Partido Acción Nacional y la Iniciativa que Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, presentada por el mismo legislador; asimismo, a las Comisiones de Justicia y de Comercio les fue turnada la Iniciativa de Decreto que Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, presentada por el Diputado Rafael Ocegüera Ramos del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, mismas que en ejercicio de la fracción II, del artículo 71, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sometieron a la consideración del Congreso de la Unión.

La Comisión de Comercio de la LVII Legislatura, por lo que respecta a las primeras dos iniciativas y las Comisiones de Justicia y de Comercio, por lo que respecta a la última de las iniciativas mencionadas, con fundamento en el artículo

73, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y en los artículos 55, 56, 87, 88 y 94, cuarto párrafo, del Reglamento Interior para el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, se abocaron al estudio y análisis de las iniciativas descritas.

Las Comisiones mencionadas elaboraron su dictamen, proponiendo algunas modificaciones y expresaron en sus considerandos lo siguiente: “Que para hacer una reforma eficiente se requieren hacer los cambios conducentes en el Código Federal de Procedimientos Civiles en materia de valor probatorio de los mensajes de datos, en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal por lo que toca al perfeccionamiento de los convenios o contratos por medio de mensajes de datos, y al Código de Comercio en materia de las obligaciones sobre almacenamiento de la correspondencia de los comerciantes. Se considera conveniente, adecuar el marco jurídico mexicano, para dar seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos; facilitar las transacciones por estos medios, y lograr la interacción global e integral de los campos en que se utilizan los medios electrónicos, pues las tendencias internacionales en esta materia hacen necesario que cada país diseñe e implemente estrategias para aprovechar de la forma más conveniente los beneficios de las nuevas tecnologías. Con esta adecuación al sistema jurídico mexicano se logrará:

1. Fomentar el desarrollo de la infraestructura para poder acceder a los nuevos mercados informáticos;
2. Fomentar el uso de medio electrónicos en las operaciones comerciales, y
3. Contar con un esquema jurídico integral.”¹³

¹³ CÁMARA DE DIPUTADOS. Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.

El día miércoles 26 de abril de 2000 se realizó en el Pleno de la Cámara de Diputados la discusión respectiva para decidir si se aprobaba o no el dictamen que presentaron las Comisiones antes mencionadas, y después de las opiniones que emitieron algunos legisladores se procedió a efectuar la votación correspondiente; el resultado que se obtuvo fue una aprobación casi por unanimidad, lo que demuestra el interés de los legisladores en el sentido de actualizar nuestro orden jurídico para que responda a los avances derivados de la tecnología en general, y de los medios electrónicos en particular.

En su oportunidad, la Cámara de Senadores también aprobó la Iniciativa, misma que fue promulgada por el titular del Poder Ejecutivo Federal y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, mediante el Decreto que Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones del Código Civil, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Cabe mencionar que la nueva normatividad se basó de manera considerable en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), lo que significa que nuestro legislador pretende que el orden jurídico mexicano esté de acuerdo con los principios y disposiciones que rigen en el ámbito internacional.

De manera concreta, el profesor Alfredo Alejandro Reyes Krafft, expresa que los objetivos generales de la reforma comentada son:

- “• Reconocimiento de la validez jurídica del Contrato Electrónico.
- Posibilidad de la exigibilidad judicial de los contratos realizados a través de medios electrónicos.
- Medios probatorios del Contrato Electrónico y valoración de la prueba en juicio.

- Protección razonable a los consumidores.”¹⁴

Es fácil percibir que el nuevo orden jurídico aplicable a los contratos electrónicos pretende dotar de seguridad jurídica todas las operaciones y negocios que se hagan con ellos, pero la realidad y las necesidades actuales están rebasando las expectativas, por lo que se requiere una actualización constante sobre la materia y una mejor precisión de ciertas normas para procurar una mayor certeza jurídica en el comercio y la contratación electrónica.

1.3 REFORMA DEL AÑO 2000 AL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

La reforma del año 2000 comprendió cambios en diferentes ordenamientos y estuvo dirigida básicamente hacia el comercio y la contratación electrónica. Lo que nos interesa enfatizar es concretamente los cambios que se efectuaron al Código Civil, por cierto, fue el año en que además de tener un Código Civil para el Distrito Federal, surgió con su respectivo ámbito de aplicación el Código Civil Federal. Es este último el ordenamiento que nos interesa comentar toda vez que en él se encuentran las bases a nivel nacional para celebrar contratos por medios electrónicos.

Antes de referirnos a las normas que fueron reformadas en el año 2000 y que tratan sobre la contratación electrónica, cabe remitirnos a los comentarios que de manera genérica hace el magistrado y Dr. Edgar Elías Azar, en los siguientes términos: “El legislador patrio se ha subido al sistema predominante en el contexto jurídico, de complementar al Derecho general de contratos con las particularidades surgidas por el desenvolvimiento de las actividades económicas en Internet. Asimismo mediante la regulación de las cuestiones sustanciales obligacionales (entre ellas, el reconocimiento de su validez; el refuerzo de la tutela informativa del consumidor, la consideración y valor jurídico de la

¹⁴ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. pág. 55.

prueba electrónica) se ofrece a quienes desean ofertar-adquirir sus productos y servicios en Internet unos márgenes de libertad y seguridad jurídica, equivalentes a los de la contratación tradicional; por cuanto que el Derecho vigente hasta ahora sigue jugando en el ámbito de la contratación electrónica, de acuerdo con las ideas manifestadas en el transitorio segundo de la reforma del 2000. De igual modo, nuestro Derecho se ha modernizado con esta reforma, al enriquecer el Sector de Obligaciones y contratos con la disciplina requerida por la incorporación de las nuevas tecnologías en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas privadas negociales, tanto en el plano del comercio electrónico como en el privado entre particulares. La adopción de esta postura lleva implícita la asunción del enfoque plural y renovado del Derecho de contratos en la realidad normativa...”¹⁵

Efectivamente, la reforma al Código Civil Federal, implica un avance significativo en el Derecho de contratos, ya que se actualiza tomando en cuenta la realidad de nuestro tiempo, en donde predomina la contratación por medios electrónicos, concretamente la que se lleva a cabo a través de Internet.

Cabe aclarar que el primer precepto que se modificó, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 29 de mayo de 1999, se trata del artículo 1834-bis, el cual dispone lo siguiente:

“Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las

¹⁵ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 79.

partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.”

Es interesante notar que la norma aludida se refiere a la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología en la celebración de actos jurídicos en general, dentro de los cuales destacan los contratos, además, se remite a la intervención de fedatarios públicos, cuando la participación de ellos sea un requisito indispensable para darle plena validez al acto jurídico.

No hago más comentarios específicos sobre esta y las demás normas que se invocarán, en virtud de que serán analizadas en su oportunidad, cuando se expliquen los elementos de los contratos electrónicos y las particularidades que de ellos se derivan, toda vez que por el momento sólo nos interesa hacer una alusión general a las normas del Código Civil Federal que servirán de referencia al tema que nos ocupa, relativo a los contratos electrónicos.

En este contexto, nos referimos ahora a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2000, en donde se reformaron tres preceptos que actualizan de manera concreta el Derecho de los contratos. Específicamente se modificaron los siguientes artículos:

“Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, **por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología**, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

“Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de **cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra**

tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

“Artículo 1811. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.”

El Dr. Edgar Elías Azar hace algunos comentarios generales sobre las normas anteriores, insistimos en que por lo pronto no nos interesa entrar en detalles, ya que serán tratados en otro capítulo, así que nos quedamos con los siguientes comentarios que hace el autor mencionado:

“Tras la declaración del ámbito de aplicación del *Código* a los *asuntos del orden federal* que tengan lugar en *toda la República*, (Art. 1o del CC) y presuponiendo la validez de la contratación electrónica, sin necesidad *de estipulación previa entre los contratantes* (Art. 1811), el consentimiento electrónico se equipara al consentimiento expreso. Se entiende por tal aquél en que *la voluntad se manifiesta....por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología...(Art. 1803.I)*; en concreto, *la propuesta y aceptación*, según se expresa en el Art. 1811. De este modo, el legislador, no sólo se refiere a las ‘nuevas tecnologías de la sociedad de la información’ que han provocado la reforma, sino que asegura su permanente actualidad con la cláusula general relativa a ‘cualquier otra tecnología’, con independencia de que su concreción futura pueda significar algunos problemas de inseguridad jurídica, respecto de su significación y alcance; cuestiones que habrán de resolverse casuísticamente y teniendo en cuenta la necesidad de que *la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta*; exigencias de seguridad tecnológica (identificación del autor y contenido atribuible al mismo) y accesibilidad que se eleva a esencial para su cumplimiento en el Art. 1834 bis para

la documentación electrónica, según se establece en el párrafo segundo del precepto indicado. Finalmente, para el Art. 1805 el contrato electrónico es entre presentes o ausentes, según que la oferta-aceptación se produzca o no de forma inmediata; con lo que parece apuntar la reserva de contratos entre presentes a los conocidos en la práctica electrónica, como contratos cerrados en línea (*on line*); mientras que serían contratos a distancia, los cerrados fuera de línea (*off-line*). Es esta última una de las materias más sensibles a las posiciones nacionales, cuya diversidad sustantiva generará gran parte de los conflictos en las relaciones jurídico privadas.”¹⁶

Sin lugar a dudas, las normas invocadas enriquecen el Derecho de los contratos, especialmente porque constituyen ahora el fundamento de la contratación electrónica, pero no sólo esto, sino que marcan un adelanto al prever que los acuerdos de voluntades pueden ser concretados a través de **cualquier otra tecnología**, es decir, se deja abierta la posibilidad de que surjan nuevos adelantos tecnológicos que faciliten la contratación y también ellos ya se encuentran previstos en las normas de referencia. Naturalmente, es posible que esos adelantos originen nuevos problemas que en su momento habrán de resolverse, o bien, motivarán la creación de disposiciones que contribuyan a establecer soluciones actuales y adecuadas a los conflictos que se vayan presentando. Así que estamos enfrentando un marco jurídico que si bien es novedoso, también es perfectible, sobre todo porque se ocupa de un tema trascendente, la contratación electrónica, que requiere de una revisión y actualización constante para que responda a las exigencias de cada momento.

1.4 NORMATIVIDAD COMPLEMENTARIA.

La reforma del año 2000 no solamente comprendió modificaciones al Código Civil Federal, sino que también incluyó cambios en otros ordenamientos para

¹⁶ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. págs. 72 y 73.

complementar una normatividad básica sobre los contratos y el comercio electrónico.

Dentro de los cuerpos legales que se reformaron el año mencionado está el Código Federal de Procedimientos Civiles, concretamente en su artículo 210-A, en donde se dispone lo siguiente:

“Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en **medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología**.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por **medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología**, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.”

Con esta norma se reconoce la denominada prueba electrónica, misma que puede ser considerada como un documento presentado en forma original. Esto significa que, por ejemplo, un contrato electrónico tendrá pleno valor probatorio, especialmente cuando su contenido se mantenga íntegro o inalterado desde el momento en que se generó por primera vez.

Comentando el precepto invocado, el Dr. Edgar Elías Azar, señala que: “En consonancia con la entrada de la documentación electrónica en el ámbito de los Actos jurídicos, se adiciona un nuevo artículo 210-A al CFPC (Artículo Segundo del Decreto); en el que se establece la prueba electrónica (*se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología* —párrafo primero—). En sus dos últimos párrafos se determinan las exigencias de seguridad tecnológica precisas para el juego de la

equiparación funcional del 'mensaje de datos' al documento 'original', así como los criterios para su apreciación judicial. En este plano de ideas, la equiparación jurídica funcional de las declaraciones electrónicas al documento 'original' sólo se produce *si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.* De igual modo, se imponen las pautas para la apreciación judicial de la prueba en el párrafo segundo, al declarar que *Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.*"¹⁷

Es indudable que el reconocimiento de la prueba electrónica complementa lo concerniente al contrato electrónico y representa un avance significativo que permite evolucionar en cuanto al tema que nos ocupa, ya que se pretende dar plena validez y facilitar la celebración de acuerdos por medios electrónicos, con el fin de que los particulares puedan realizar sus contratos y operaciones comerciales y de cualquier otra naturaleza desde la comodidad de su hogar, sin perder validez jurídica, es decir, se trata de dotar de certeza y seguridad a todos los actos jurídicos que se celebren entre particulares.

Dentro de la normatividad complementaria se encuentran otros ordenamientos; en primer lugar destaca el Código de Comercio, ya que de hecho fue el comercio electrónico el que motivó las reformas, habida cuenta que son los actos de comercio los que más han proliferado y exigían una regulación para no obstaculizar este tipo de conductas, ya que reportan varios beneficios económicos para los particulares, e incluso para el Estado, toda vez, que hay un movimiento

¹⁷ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 78.

constante del capital con sus respectivas consecuencias relacionadas con el cobro de impuestos o derechos a favor del Estado.

Dentro de los artículos del Código de Comercio que fueron reformados en el año 2000 y que se refieren a operaciones con medios electrónicos, están los siguientes:

“Artículo 30-bis-1. Cuando la autorización a que se refiere el artículo anterior se otorgue a notarios o corredores públicos, dicha autorización permitirá, además, el **envío de información por medios electrónicos al Registro** y la remisión que éste efectúe al fedatario público correspondiente del acuse que contenga el número de control a que se refiere el artículo 21 bis 1 de este Código.

Los notarios y corredores públicos que soliciten dicha autorización deberán otorgar una fianza a favor de la Tesorería de la Federación y registrarla ante la Secretaría, para garantizar los daños que pudieran ocasionar a los particulares en la operación del programa informático, por un monto mínimo equivalente a 10 000 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

En caso de que los notarios o corredores públicos estén obligados por la ley de la materia a garantizar el ejercicio de sus funciones, sólo otorgarán la fianza a que se refiere el párrafo anterior por un monto equivalente a la diferencia entre ésta y la otorgada.

Dicha autorización y su cancelación deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.”

“ARTICULO 80. Los convenios y **contratos mercantiles** que se celebren por correspondencia, telégrafo, o **mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología**, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.”

“ARTICULO 89. **En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología**. Para efecto del presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos.”

En virtud de que nuestro tema no se centra en el comercio electrónico, ni en las reformas al Código de Comercio, ya que sólo hacemos referencia a éste como normatividad complementaria de las normas del Código Civil Federal, únicamente destacamos precisamente el hecho de que se reconocen los contratos y

convenios mercantiles que se celebren por medios electrónicos. Esto significa que la contratación electrónica en general no es exclusiva de la materia civil o mercantil.

Por otro lado, cabe mencionar que en el año 2000 también se reformó de manera complementaria la Ley Federal de Protección al Consumidor, específicamente en su artículo 24, el cual se refiere a las atribuciones de la Procuraduría Federal del Consumidor, entre ellas se adicionó la prevista en la fracción IX bis, que dispone lo siguiente:

“Promover en coordinación con la Secretaría la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por esta Ley respecto de las **transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología...**”

Es evidente que las principales transacciones que se celebran entre proveedores y consumidores son los contratos, los cuales pueden ser por medios electrónicos, para ello se prevé la existencia de Códigos de ética que impidan abusos en perjuicio de los consumidores.

Las reformas aludidas integran un todo que, como dice el Dr. Edgar Elías Azar: “En general, se trata de reformas requeridas por las exigencias de adaptación de las disposiciones contractuales al entorno electrónico, tanto en el caso del CC (validez de los contratos electrónicos, voluntad electrónica como especie de consentimiento expreso, particularidades en la formación del documento público electrónico), como en el del CCo. Y algo similar acontece con la Ley Federal de Protección de los consumidores; respecto de cuyos contratos el legislador impone a los *proveedores* una serie de deberes precontractuales, de índole informativa (claridad en su publicidad, así como en la documentación relativa al contrato), de lealtad negocial (deber de abstenerse de enviar *avisos comerciales* a los consumidores que así lo hayan decidido; deber guardar secreto respecto de las informaciones

confidenciales del consumidor). El incumplimiento de los deberes será sancionado con multa pecuniaria.”¹⁸

Queda claro que las reformas en cuestión eran necesarias en virtud de que se han fomentado en nuestro tiempo los medios electrónicos, y no es posible frenarlos u obstaculizarlos, ya que esto afectaría las actividades económicas y comerciales, así como los actos jurídicos de carácter civil que se están realizando a través de Internet, empleando precisamente medios electrónicos que requerían una normatividad, la cual debe ser revisada constantemente para actualizarla a las nuevas exigencias de cada momento y circunstancias que se presenten, tomando en cuenta que los avances tecnológicos son cada vez más acelerados y sofisticados, por lo que el Derecho en general y el de los contratos en particular no deben quedar al margen de esos adelantos, antes bien se requiere regularlos para que se fomente su uso correcto y las consecuencias jurídicas estén bien determinadas.

En los capítulos siguientes se entrará al estudio concreto de los contratos en general, para después ver las peculiaridades del contrato electrónico con el fin de precisar su regulación, con sus aciertos y los aspectos que deben ser reforzados.

¹⁸ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 72.

CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1 CONCEPTO DE CONTRATO.

Para referirnos a los contratos en general tenemos que acudir a la doctrina que se ha estructurado sobre este tema, así como a las disposiciones contenidas en el Código Civil, ya que en él se contienen las normas básicas que regulan la teoría general de los contratos.

En el Código Civil Federal, los contratos están regulados en el título relativo a las fuentes de las obligaciones, toda vez que, efectivamente, el contrato es en principio una fuente, sin duda la más importante, de las obligaciones, habida cuenta que de él se desprenden diversos derechos y deberes, lo que implica la existencia de acreedores y deudores.

En el artículo 1792 del ordenamiento legal antes invocado, se establece que:

“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

Este concepto amplio de convenio puede ser considerado como el género que admite dos especies, una de ellas es el convenio en estricto sentido y la otra es el contrato. Estableciendo la diferencia específica entre éstas dos especies tenemos que al contrato le corresponde la función positiva de crear o transmitir obligaciones, mientras que al convenio le es propia la función negativa consistente en modificar o extinguir obligaciones.

En consecuencia, los contratos son acuerdos de voluntades entre dos o más personas mediante los cuales se crean o transfieren obligaciones y derechos; o como dice el artículo 1793 el Código Civil Federal:

“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Debe enfatizarse que en este contexto los contratos son la fuente principal de las obligaciones. Ahora bien, uno de los conceptos fundamentales no solo del Derecho civil, sino del Derecho en general es el de obligación, ya que se admite en diversas disciplinas jurídicas, como el Derecho fiscal en donde se habla de obligación tributaria y en Derecho penal, ya que con frecuencia surge la obligación de reparar los daños causados por el delito. Así que es necesario definir a la obligación, la cual es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención. Por consiguiente, en la obligación existe un acreedor, quien tiene el derecho de exigir a otra persona conocida como deudor, quien deberá cumplir con una prestación o abstención.

Es fácil advertir que la obligación tiene un contenido patrimonial, lo que se percibe con más detalle en los contratos, por esta razón el profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia, destaca las siguientes características de los contratos:

“A. Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la teoría del patrimonio...”

B. Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y

C. Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial. Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo principal y el motivo del contrato. Las personas en sus relaciones cotidianas, tienen la necesidad de asegurar en alguna

forma el cumplimiento de cierta actividad, y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades es el contrato.”¹⁹

Es evidente que el contrato tiene un contenido patrimonial, por ello es que su función principal consiste en permitir a las personas realizar sus diferentes actividades que tengan un carácter económico, dentro de un marco jurídico que permite a los contratantes adquirir derechos y obligaciones, mismos que deben ser respetados para evitar las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En la actualidad se ha fomentado el número de contratos que se celebran en la práctica, pero en todos ellos prevalece su contenido patrimonial, incluso en los contratos por medios electrónicos, según se verá con mayor detalle en el capítulo siguiente.

2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.

Los contratos deben reunir ciertos elementos esenciales para que tengan existencia y algunos requisitos para su plena validez. En relación con los elementos esenciales encontramos que básicamente son dos; el consentimiento y el objeto, según se desprende del artículo 1794 del Código Civil Federal, que dice:

- “Para la existencia del contrato se requiere:
- I. Consentimiento;
 - II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”

De la norma anterior se deduce que al faltar alguno de los elementos mencionados el contrato no tendrá existencia, es decir, carecerá de toda representación en la vida jurídica, y por lo mismo, no producirá efectos en el campo del Derecho. Por lo tanto, estos dos elementos son esenciales y deben ser estudiados por separado.

¹⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Décima edición. Editorial Porrúa. México. 2004. pág. 20.

2.2.1 CONSENTIMIENTO.

Para que exista un contrato lo primero que se requiere es el consentimiento por parte de las personas que intervienen en él, ya que precisamente dicho consentimiento es el acuerdo de voluntades de donde surgen los derechos y obligaciones que contraen cada una de las personas que expresan de manera clara su voluntad, para quedar vinculados jurídicamente a través del contrato que están celebrando.

El profesor Ricardo Treviño García comenta el primer elemento esencial de los contratos, y dice lo siguiente: “Se define el consentimiento como un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico: en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales en la formación del consentimiento, nos encontramos siempre con una oferta o policitud, nombre que se le da a la proposición de celebrar un contrato, y con un asentamiento o conformidad a dicha oferta, que se denomina aceptación. A la persona que formula la oferta se le llama oferente, proponente o policitante, y a la que otorga la aceptación, aceptante.”²⁰

En los contratos es fundamental el consentimiento, ya que implica la manifestación de voluntad de las partes, teniendo un interés para efectuar operaciones de carácter económico o con un contenido patrimonial. Dicha manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Al respecto, el artículo 1803 del Código Civil Federal, dispone:

“El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

²⁰ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades. Editorial Mac-GrawHill. México. 2003. pág. 82.

Conviene destacar desde ahora que cuando la voluntad se manifiesta por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, equivale a una forma expresa de externar la voluntad. Consecuentemente, la contratación electrónica no solamente está permitida, sino que se considera su manifestación como una forma clara y determinante para expresar la voluntad de los contratantes, quienes naturalmente quedarán ligados jurídicamente y deberán cumplir con los compromisos que hayan adquirido.

No corresponde ahora enfatizar lo concerniente al consentimiento en los contratos electrónicos, ya que será motivo de estudio en el capítulo siguiente, lo que sí debemos ampliar es lo relativo a que en el consentimiento existen dos aspectos que necesariamente deben darse, que son; la oferta o policitación y la aceptación.

Por consiguiente, para que haya consentimientos debe haber una oferta a la cual habrá de recaerle una aceptación lisa y llana. Este doble aspecto generalmente se da cuando están presentes los contratantes, pero es posible también que suceda estando ausentes dichas personas, ya que lo más importante es que la voluntad se manifieste de las formas permitidas por la ley.

Sin embargo, en la práctica tiene mucha importancia el problema de los contratos celebrados entre personas que se encuentran en lugares distintos, lo que se conoce como una contratación entre ausentes, en donde la oferta y la aceptación a distancia, generalmente, se da por medio de correspondencia, teléfono, fax y ahora por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, es decir, se ha multiplicado y diversificado lo concerniente a la contratación entre ausentes.

Doctrinalmente, existen cuatro sistemas para determinar el perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes, los

cuales son: De la declaración; de la expedición; de la recepción; y de la información.²¹

En el sistema de la declaración, el consentimiento se perfecciona hasta el momento en que el destinatario de la propuesta, o presunto aceptante, manifiesta o declara en cualquier forma su aceptación. Por lo tanto, ante una oferta debe existir la declaración de aceptación por parte de uno de los contratantes.

En el sistema de la expedición se considera que el consentimiento se perfecciona cuando el destinatario de la propuesta, no sólo se entera de ésta y declara su aceptación, sino que dicha aceptación la expide, es decir, sale de su control.

Con el sistema de la recepción el consentimiento se perfecciona hasta el momento en que la aceptación llega al oferente y la recibe, esto es, desde que la aceptación está a su disposición, aunque puede suceder que no se entere de la misma.

Finalmente, el sistema de la información implica que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona en el momento mismo en que el oferente se entera o informa de la aceptación que en un momento dado hizo el destinatario o persona a quien dirigió su oferta.

En el Código Civil Federal se resuelve lo anterior con la norma prevista en el artículo 1807, que dispone lo siguiente:

“El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.”

²¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Décima cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002. págs. 286 a 288.

Cabe precisar que los artículos precedentes se refieren a la circunstancia de haber señalado o no un plazo específico para recibir la aceptación, ya que esto origina ciertas obligaciones relacionadas con el plazo que se concedió al aceptante. Asimismo, se debe tomar en cuenta el medio por el que se hizo la oferta, lo que una vez más da entrada a la contratación por medios electrónicos, que será estudiada en el siguiente capítulo.

Cabe agregar solamente, lo dispuesto en el artículo 1810, del ordenamiento legal antes invocado, en donde se establece que:

“El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores.”

En efecto, si una aceptación no es lisa y llana, es decir, no se ajusta a los términos y condiciones que se establecieron en la oferta, si no por el contrario se está variando el contenido de la misma, entonces implica más bien una nueva oferta que quedará a la consideración del proponente inicial, para que exprese si está de acuerdo y acepta la nueva oferta.

Como puede apreciarse, lo que más importa en cuanto al consentimiento es que precisamente se llegue a un acuerdo de voluntades, el cual no se logrará cuando existan ofertas diversas, sobre las que no recae propiamente una aceptación lisa y llana. Así que lo determinante en este elemento esencial de los contratos no es que se encuentren presentes o ausentes los contratantes, sino que se exprese en las formas establecidas por la ley, tanto la oferta como la aceptación lisa y llana, para que se pueda llegar al acuerdo de voluntades, y con ello, perfeccionar el consentimiento.

2.2.2 OBJETO.

El segundo elemento esencial de los contratos es el objeto, el cual puede ser definido como las cosas o los hechos que una de las partes deba entregar o

cumplir en beneficio de la otra, y en general se le conoce a dicha cosa o hecho con el nombre de prestación.

En concordancia con lo anterior encontramos que el artículo 1824 del Código Civil Federal, establece que:

“Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”

Desde el punto de vista doctrinal se distingue entre objeto jurídico y objeto material. A su vez el objeto jurídico se divide en directo e indirecto. En cuanto a esto, el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, comenta lo siguiente: “El *objeto jurídico directo* es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Al respecto debemos recordar que el contrato es una fuente de obligaciones y como tal, crea obligaciones. El *objeto jurídico indirecto* del contrato es el objeto directo de la obligación esto es, el dar, hacer o no hacer.

Ahora bien el objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.

Nuestro código regula simultáneamente los objetos jurídicos, tanto directo como indirecto, sin hacer distinción con el objeto material del contrato.”²²

Efectivamente, el Código Civil no precisa cuál sea el objeto jurídico y cuál el objeto material de los contratos, sin embargo, es en la doctrina en donde encontramos las distinciones correspondientes, mismas que sirven para obtener una mayor comprensión del tema, al separar cada uno de los objetos. Así, tenemos que el objeto directo del contrato comprende el crear y transmitir derechos y obligaciones, lo cual corresponde a su naturaleza misma, ya que es una fuente de las obligaciones, en cambio, el objeto indirecto consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer.

²² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. Décima edición. Editorial Porrúa. México. 2004. págs. 24 y 25.

Cuando la conducta implica dar o hacer algo, se dice que el objeto consiste en una prestación, en cambio, si la conducta comprende no hacer algo o dejar de hacerlo, entonces habrá una abstención. En ambos casos es evidente el contenido patrimonial del objeto del contrato.

Respecto al objeto material del contrato, esto es, el que se refiere a las cosas que habrán de entregarse, el Código Civil contiene algunas normas básicas, entre ellas, el artículo 1825, establece lo siguiente:

“La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”

Conviene aclarar que si bien la cosa debe existir en la naturaleza, también es posible que las cosas futuras sean objeto de un contrato, siempre que sean susceptibles de existir, por ejemplo, se puede pactar sobre la compraventa de una casa que aún no se ha construido.

Ahora bien la cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y calidad, lo cual sucede especialmente con aquellas cosas que se cuentan, se pesan o se miden, es decir, se pueden individualizar e identificar para que se limite o se especifique el bien material que será entregado con motivo del contrato.

Por lo que hace a que las cosas estén dentro del comercio, debemos remitirnos al artículo 748 del propio Código Civil Federal, el cual dispone que:

“Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”.

Por su parte el artículo 749 del mismo ordenamiento legal agrega que:

“Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.”

Así que hay determinados bienes que no pueden ser materia de un contrato, por ejemplo, los bienes propiedad de la nación o los que son considerados como patrimonio de la humanidad, entre otros.

En relación con el tema, es conveniente hacer la distinción que precisa el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien señala: “Creo que es pertinente hacer una distinción entre la in comerciabilidad y la inalienabilidad. Incomerciable es lo que no es susceptible de apropiación particular porque por su naturaleza o por la ley está fuera del comercio. En cambio lo inalienable está dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas la ley prohíbe su enajenación, gravamen o embargo. Un ejemplo son los inmuebles afectados al patrimonio de familia, los cuales pueden pertenecer al padre pero no se pueden vender, gravar o embargar.”²³

En efecto, hay bienes que sí pueden estar dentro del comercio, pero en virtud de su carácter de inalienables no son materia de un contrato, ya que no se pueden vender o trasladar la propiedad a otra persona.

Cuando los contratos reúnen los dos elementos esenciales, el consentimiento y el objeto, entonces son existentes, pero para que produzcan plenos efectos jurídicos deben reunir los requisitos de validez.

2.3 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Los requisitos de validez del contrato están previstos en diferentes artículos del Código Civil Federal, entre ellos está el artículo 1795, el cual al ser interpretado a contrario sensu permite obtener una mención de los requisitos de validez de los contratos, los cuales son los siguientes:

- I. La capacidad legal de las partes.
- II. La ausencia de vicios en el consentimiento.
- III. El objeto, o motivo o fin del contrato debe ser lícito.

²³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. pág. 27.

IV. Que el consentimiento se externe en la forma que la ley establece.

La falta de alguno de estos requisitos puede originar la nulidad del contrato, es decir, el mismo no producirá todos sus efectos jurídicos a menos que sea convalidado, esto es, que se corrija o subsane el requisito en cuestión, cuando esto sea posible. Así que no basta que un contrato tenga sus elementos esenciales, ya que se deben cumplir también los requisitos de validez, los cuales serán estudiados a continuación.

2.3.1 CAPACIDAD.

El concepto de capacidad es básico en las diferentes ramas del Derecho, ya que mediante él se hace referencia a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, y en su caso, hacerlos valer por sí mismo o a través de un representante.

Generalmente, la capacidad se divide en dos tipos, de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y de obligaciones. En cambio, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen las personas para hacer valer sus derechos y obligaciones, ya sea por sí mismas, o bien, por conducto de sus representantes.

Para poder celebrar un contrato con plena validez, se deben reunir algunos requisitos, el primero de ellos es que exista capacidad legal en los contratantes. Para ello, se parte del concepto genérico antes dado, sin embargo, como precisa el profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia, en materia contractual se distingue entre dos tipos de capacidades, la general y la especial. "Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.”²⁴

En la mayoría de los contratos sólo se requiere la capacidad general para contratar, por ejemplo, en el contrato de compraventa, mutuo o donación, sin embargo, en algunos contratos es necesario tener, además de la capacidad general, una capacidad especial, por ejemplo, en la celebración del contrato de servicios profesionales, es indispensable que el profesor o profesional tenga una calidad específica, lo cual es precisamente lo que motiva al cliente para contratarlo a él y no a otra persona, es decir, se toman en cuenta sus cualidades para que preste los servicios que se le encomiendan.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1800 del Código Civil Federal, se considera que quien es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado, es decir, es válido nombrar a un representante para que celebre un contrato a nombre de otro.

No obstante, el artículo 1802 del ordenamiento legal invocado dispone lo siguiente:

“Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.

Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.”

²⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. cit. pág. 38.

De lo anterior se desprende que es posible que un contrato sea celebrado por quien no esté autorizado para tal efecto. Por otro lado, también es posible que el contrato sea celebrado por un incapaz, en tal supuesto, el contrato será anulable, esto es, estará viciado de una nulidad relativa, pero puede ser confirmado por sus representantes legales si tienen facultades para ese efecto o por el mismo incapaz cuando haya cesado su incapacidad.

Cabe precisar que según el artículo 1798 del Código Civil;

“Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”

Esto significa que la ley puede imponer incapacidades, como lo establece en el artículo 450 del mismo ordenamiento legal, al señalar lo siguiente:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupeficientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

Esto no quiere decir que una persona al tener incapacidad no pueda ser titular de derechos o de obligaciones, sino sólo que no puede hacer ejercicio de ellos por sí misma, por lo tanto, requerirá de otra persona para que en su representación lo haga; de ahí surge la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería imposible que los incapaces pudieran disfrutar de algunos derechos o de estar comprometidos con algunas obligaciones. Así que los representantes son muy importantes, incluso en materia contractual, ya que son el medio para que se celebren o ratifiquen los contratos en donde intervienen personas incapaces.

2.3.2 AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Ya vimos que uno de los elementos esenciales del contrato es el consentimiento, de éste se deriva a su vez un requisito de validez, consistente en que dicho consentimiento se exprese sin vicios. Es decir, en los contratos se requiere que las personas manifiesten su consentimiento exento de vicios, de no ser así se invalida el contrato, lo que origina su nulidad.

En relación con este tema, el Dr. Ernesto Gutiérrez y González comenta que es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, esto es, que ninguna de las voluntades que intervienen en la formación del consentimiento, estén viciadas, pues basta que una sola de ellas lo esté para que el consentimiento resulte igualmente viciado. En cuanto a esto, el autor mencionado precisa que: “Se puede entender por vicio, la *realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución*. En efecto, cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de manera imperfecta, está viciado.”²⁵

Tradicionalmente se han considerado como vicios del consentimiento al error, al dolo, la mala fe, a la lesión y a la violencia.

Lo anterior también tiene su fundamento legal en el artículo 1812 del Código Civil, el cual dispone:

“El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

En cuanto a la lesión, existe una norma genérica que se refiere a ella, comprendida en el artículo 17 del ordenamiento legal invocado. Además, en el

²⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. pág. 355.

contrato de mutuo se regula la lesión en forma especial, al establecerse en el artículo 2395 lo siguiente:

“ARTICULO 2395. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.”

Conviene precisar que la lesión se integra con dos elementos, uno psicológico y otro objetivo. El primero de ellos es un vicio de la voluntad que evita contratar en igualdad de circunstancias, habida cuenta que una de las partes se encuentra en apuro económico, inexperiencia o ignorancia, lo cual es aprovechado por el otro contratante. El elemento objetivo es la desproporción económica que existe entre lo que se da y lo que se recibe.

En caso de darse la lesión, el contratante afectado puede pedir la nulidad del contrato, o bien, la reducción equitativa de los intereses que debe pagar. Con esto se procura evitar perjuicios económicos para una de las partes.

Respecto al error encontramos que existen diferentes tipos, no obstante, se puede dar un concepto genérico, como lo hace el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, quien precisa lo siguiente. “El error es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad. Pero siempre, aunque se esté en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo.”²⁶

²⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. págs. 357 y 358.

En consecuencia, el error implica una falsa apreciación de la verdad, ya sea que se refiera a la identidad de la persona de uno de los contratantes, a sus cualidades, o bien, a las características relacionadas con el bien material, objeto del contrato.

Asimismo, el Código Civil contempla la existencia del error de derecho o de hecho, el cual invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa, según lo dispone el artículo 1813 del ordenamiento legal invocado.

También se prevé la existencia de un error de cálculo, mismo que sólo da lugar a que se rectifique. Así lo establece el artículo 1814 del cuerpo legal aludido.

En cuanto al dolo, cabe decir que comprende cualquier conducta que induce a uno de los contratantes al error, o hace que se mantenga en él. Al respecto el artículo 1815 del propio Código Civil proporciona la siguiente definición:

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

Debe notarse que en la norma anterior se distingue entre dolo y mala fe. El primero implica hacer algo para provocar el error o mantener en él al contratante, en cambio, en la mala fe no se induce al error, ya que una de las partes ya está en él, solamente se disimula o se encubre el hecho de conocer dicho error, o bien, no se saca de su error a quien se encuentra en él.

De acuerdo con el artículo 1816 del Código Civil, tanto el dolo como la mala fe de una de las partes, así como el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

Es posible que ambas partes procedan con dolo, en estos casos, el artículo 1817 del ordenamiento legal invocado dispone que, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

El último de los vicios del consentimiento es la violencia; según el artículo 1819 del Código aludido:

“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

La violencia puede ser empleada por alguno de los contratantes, o incluso por un tercero, siempre que afecte a uno de ellos en cuanto a la celebración del contrato. Naturalmente, la violencia produce la nulidad relativa del contrato.

Como puede apreciarse son varios los vicios que pueden afectar el consentimiento en los contratos. Es necesario evitarlos para que el acuerdo de voluntades produzca todos sus efectos jurídicos, de lo contrario podrá pedirse la nulidad del contrato.

2.3.3 LICITUD EN EL OBJETO.

El tercer requisito de validez de los contratos es la licitud en el objeto. Sin embargo, de acuerdo con la legislación civil y la doctrina dominante, cuando se alude a este tema se habla del objeto y del motivo o fin de los contratos, dando a entender que en todos estos aspectos puede darse la ilicitud. El fundamento para esta afirmación se encuentra en el artículo 1795, fracción III, del Código Civil Federal, el cual dispone que el contrato puede ser invalidado, “porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito”.

Para comprender lo anterior debemos recordar primeramente que el objeto del contrato es el hecho, que comprende una prestación o abstención, y la cosa o bien material. Este último, según la opinión dominante, no puede ser ilícito en sí mismo, lo ilícito está más bien en el hecho que los contratantes deben hacer o no hacer.

La pregunta que surge es ¿cuándo se considera ilícito un hecho? La respuesta se encuentra en el artículo 1830 del Código Civil, el cual señala que:

“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

Refiriéndose a este tema, Rafael Rojina Villegas comenta lo siguiente: “En términos generales se dice que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley; pero este concepto tan amplio para definir cuándo el hecho es lícito, no tiene aplicación conveniente y útil en los problemas de nulidad que necesariamente se prestan cuando el hecho es ilícito, porque en rigor la ley requiere cierto grado de ilicitud para afectar con la nulidad a la obligación de hacer o de no hacer. En otras palabras: no todo acto ilícito en sentido general origina la nulidad absoluta o relativa del mismo. Existen actos que son considerados como ilícitos por cuanto que van en contra de una ley, pero el grado de ilicitud no es suficiente para que el legislador los sancione con la nulidad; por esto si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de la ley, para nuestra materia, el objeto del contrato sería ilícito, sólo cuando fuera en contra de una ley de interés público, prohibitiva o imperativa, o en contra de las buenas costumbres.”²⁷

En consecuencia, sólo habrá ilicitud en un hecho, que produzca la nulidad del contrato, cuando se violan las leyes prohibitivas o imperativas, las cuales pueden ser normas del Derecho público o del Derecho privado, siempre que tengan un interés público, o bien, cuando el hecho se realiza en contra de las

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones, volumen I. Novena edición. Editorial Porrúa. México. 2003. pág. 296.

buenas costumbres. Por ejemplo, en el campo del Derecho constitucional debe considerarse nulo, por ser ilícito, cualquier contrato que impliquen renuncia a las garantías individuales o cuando se impida al contratante dedicarse a una profesión, industria o comercio permitido por la ley. En el ámbito del Derecho privado, será nulo el contrato que afecte el estado y capacidad de las personas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 8 del Código Civil dispone:

“Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

En relación con esto, el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, comenta:

“A este respecto podemos clasificar las leyes en: permisivas, que son las que suplen la voluntad de las partes; prohibitivas que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general; y, preceptivas que son las que interesan más a la sociedad que a los particulares como por ejemplo las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales, etcétera.”²⁸

Por lo tanto, son las leyes prohibitivas y preceptivas las que originan la nulidad de un hecho cuando el mismo viola los preceptos de aquellas, ya que se afecta el interés público.

Cabe agregar que, de acuerdo con el artículo 1827 del Código Civil, el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser posible y lícito. Por su parte, el artículo 1828 del mismo ordenamiento legal precisa que:

“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”

Así que, cuando un hecho es imposible o ilícito, origina la nulidad del contrato, por ello, los contratantes deben tener cuidado en todo momento para

²⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. pág. 34.

que su acuerdo de voluntades se ajuste a las leyes de interés público, a las buenas costumbres y que el hecho al cual se obligan sea posible.

Por otro lado, se dice que los motivos y fines del contrato también deben ser lícitos, es decir, no deben estar en contradicción con una disposición normativa de carácter prohibitivo.

En términos generales se considera que los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto, relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido del contrato. En cambio, los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

De conformidad con el Código Civil, los motivos y fines pueden clasificarse en dos grupos: El primero comprende a los motivos y fines determinantes de la voluntad; el segundo, a todos aquellos motivos y fines que no sean en forma directa, determinantes de la voluntad del sujeto al contratar. Al respecto, el artículo 1831 del ordenamiento invocado, dispone:

“El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”

Del precepto anterior se deduce que sólo el motivo o fin determinante de la voluntad es el que puede originar la nulidad, cuando exista ilicitud en él, esto es, cuando sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Sin embargo, debido al elemento subjetivo que implican estos conceptos, es difícil lograr que se declare nulo el contrato.

Para finalizar lo correspondiente a este requisito, conviene citar al profesor Ramón Sánchez Medal, quien realiza la siguiente aclaración: “Son dos cosas diferentes *la causa del contrato*, que es el fin o motivo que determinó a las partes a celebrar un cierto contrato, y *la causa de una obligación* contractual, que es el

motivo por el que en ese contrato cada parte aceptó obligarse a algo en favor de la otra parte. Por ejemplo, Juan compra una casa a Pedro porque quiere habitarla con su familia (causa del contrato, o sea el fin que persiguió Juan para contratar), y, en dicho contrato, Juan se obliga a pagar el precio a Pedro, porque éste a su vez se obliga a transmitirle la propiedad de la casa en cuestión (causa de la obligación, según los causalistas, o sea el fin directo o inmediato por el que se obligó a Juan).”²⁹

De lo anterior se deduce que una cosa es la causa del contrato y otra distinta es la causa de la obligación. En otras palabras, existe un motivo o fin en el contrato, y por otra parte hay un motivo o fin en la obligación. Naturalmente, en ambas causas es necesaria la licitud, toda vez que si no existe una de ellas, o ambas, se puede pedir la nulidad del contrato.

2.3.4 FORMALIDAD.

El último requisito de validez de un contrato es que la voluntad de las partes se haya externado con las formalidades establecidas por la ley, es decir, el contrato debe revestir la forma específica que para cada uno de ellos se establezca en la ley de la materia.

En cuanto a esto, el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, expresa acertadamente lo siguiente: “El término forma frecuentemente se confunde con el de formalismos y formalidades. Por esta razón algunos autores al tratar de las clasificaciones de la forma más bien se refieren a las formalidades o formalismos. La forma se define como: *El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico.* Y los formalismos o formalidades como: *El conjunto de normas establecidas por el*

²⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos civiles. Vigésima edición. Editorial Porrúa. México. 2004. pág. 69.

*ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.”*³⁰

En consecuencia, no se debe confundir la forma con los formalismos, aunque ambos se relacionan estrechamente, de tal manera que uno depende del otro, habida cuenta que para la existencia de uno debe haber primero el otro, es decir, primeramente se requieren ciertos formalismos o formalidades que deben cumplirse, y cuando la voluntad se ajusta a ellos, entonces se manifiesta la forma para que tenga plena validez el contrato.

En relación con esto, el artículo 1832 del Código Civil dispone:

“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Lo anterior significa que es en la ley en donde pueden establecerse algunas formalidades, pero si no se exigen para ciertos contratos, entonces basta que los contratantes expresen su voluntad en la forma que cada uno de ellos considere necesario para determinar con claridad cuáles son las obligaciones que contraen.

Por su parte, el artículo 1833 del ordenamiento legal invocado, establece que:

“Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.”

Consecuentemente, si no se cumple la forma en los contratos para los cuales la ley sí exige ciertas formalidades, entonces podrá pedirse la nulidad del mismo, excepto que en la propia ley se disponga lo contrario, o bien, el contrato podrá ser convalidado cuando las partes cumplan finalmente con la forma exigida por la ley.

³⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. pág. 35.

Al respecto, el profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia, comenta que el legislador sin desconocer la necesidad de satisfacer una forma para la formación y existencia del contrato, regula generalmente tres situaciones diferentes:

Primera. En determinados contratos, la ley exige una —y no otra diferente— manera específica y determinada de exteriorizar el consentimiento, para que se produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se producirán si no se cumple esa forma. Tal es el caso, en derecho mexicano respecto de la prenda; si en la forma del contrato no consta la certeza de la fecha, no se genera el derecho real, por no surtir efectos en contra de terceros, por disposición expresa del artículo 2860. Igual situación se presenta en el llamado mutuo subrogatorio; si éste no consta en título auténtico y en él se declara expresamente que el dinero prestado fue para pagar una deuda, no produce el efecto de subrogar al mutuante por ministerio de la ley en los derechos del acreedor a quien se cubrió su crédito con la cantidad mutuada, por disponerlo así expresamente el artículo 2059.

Segunda. En otros casos, la ley exige una manera específica y determinada de exteriorización del consentimiento que pretende una mayor seguridad y prueba de las operaciones, pero que si no se cumple con esa exigencia, de todas maneras se producen los efectos previstos por la norma; aun cuando éstos podrían llegar a ser nulificados por la falta de esa formalidad. Esta situación se presenta en derecho mexicano, por ejemplo, en el caso de que se celebre un contrato de compraventa, de un bien inmueble con valor de avalúo mayor al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en documento privado; no obstante que la forma exigida por la ley es la escritura pública, aun cuando ésta no se cumpla se producen los efectos traslativos de dominio y obligatorios del contrato.

Tercera. Por último, la ley puede no exigir una determinada manera de exteriorizar el consentimiento, sino dejar a la voluntad de las partes el que escojan libremente la forma del contrato y de cualquier manera se producirán los efectos previstos por la norma; pero en todo caso, deberá existir siempre una forma,

cualquiera que ésta sea, para la existencia del contrato. Así sucede en derecho mexicano, entre otros, en los contratos de compraventa de bienes muebles (2316), de mutuo, de comodato, etc.”³¹

De lo anterior se desprende que la forma, al ser un requisito de validez de los contratos, debe cumplirse, de lo contrario podrá darse su nulidad, sin embargo, no en todos los contratos se exigen formalidades y, generalmente cabe la convalidación del contrato cuando exigiéndose una formalidad, la misma no se cumple en un primer momento, pero se hace en uno posterior.

Así que, cuando un contrato cumple con sus elementos esenciales y sus requisitos de validez, no sólo tendrá existencia legal, sino que producirá todos sus efectos jurídicos, porque los contratantes cumplieron plenamente con todas las exigencias establecidas en la ley.

2.4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Existen diversos criterios para clasificar a los contratos en general, entre ellos destacan los siguientes. Por su naturaleza pueden ser:

Contrato bilateral o sinalagmático es aquel en donde surgen obligaciones recíprocas para ambas partes o contratantes.

Contrato unilateral es aquel en que una sola de las partes se obliga ante la otra, sin que ésta le quede obligada.

Según en quien recaigan los provechos y gravámenes, pueden ser:

Contrato oneroso es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

Contrato gratuito es aquel en que el provecho es solamente para una de las partes y el gravamen recae en el otro contratante.

³¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. cit. págs. 32 y 33.

Cuando en los contratos se aprecien o no las pérdidas o beneficios de las partes desde el momento de celebrarlo, pueden ser conmutativos y aleatorios.

Estamos ante un contrato conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebre, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

El contrato aleatorio es un acuerdo recíproco cuyos efectos, en cuanto a las ganancias y pérdidas, ya sea para ambas partes o para una de ellas, depende de un acontecimiento incierto.

Una clasificación más es la que considera a los contratos nominados o típicos y contratos innominados o atípicos. Los primeros son aquellos que tienen una regulación específica en la legislación.

En cambio, los contratos innominados o atípicos son los que no tienen una denominación especial, además, carecen de reglamentación específica, es decir, no existe una ley exactamente aplicable a dichos contratos.

En relación con este último grupo de contratos, el Código Civil contiene una disposición interesante en su artículo 1858 que señala lo siguiente:

“Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.”

Es indudable que se reconoce en nuestro medio la existencia de los contratos innominados o atípicos, para los cuales se acepta la tesis de la analogía como principio de solución para interpretarlos.

Conviene abundar sobre los contratos innominados, mismos que han sido subdivididos por Leopoldo Aguilar Carbajal en tres grupos, que son los siguientes:

“a).- Contratos cuyo contenido es extraño y distinto completamente a los nominados, y que, por consecuencia, no tienen ninguna semejanza con los contratos reglamentados.

b).- El segundo grupo sería el caso en que sólo algunos de los elementos son extraños a los previstos en la definición de los nominados; pero otros, con función preponderante, estarían previstos en la definición legal.

Estas dos categorías constituyen el grupo de los contratos innominados en sentido estricto o puro.

c).- La tercera categoría es la de los contratos mixtos, que está constituida por elementos todos conocidos, pero dispuestos en combinaciones distintas de las previstas en los contratos nominados y tomados de varios contratos nominados.

Estos elementos pueden estar entre sí en relación de coordinación o de subordinación.”³²

De acuerdo con la anterior clasificación de los contratos innominados o atípicos, puede decirse que en la práctica habrá tantos contratos de esta naturaleza como las partes quieran determinarlo, ya que no existen prohibiciones o limitaciones, siempre que los contratos no contravengan disposiciones de orden público y no vayan contra la moral.

Ahora bien, según se deba o no entregar la cosa al celebrar el contrato, pueden ser:

Contratos consensuales, en oposición a reales, cuando en el momento de celebrarlos no se requiere la entrega física de la cosa, basta el consentimiento para que el contrato se perfeccione y produzca sus efectos jurídicos.

En cambio, contratos reales son los que en el momento de su celebración requieren forzosamente que se entregue la cosa.

³² AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México. 1984. pág. 39.

Otro criterio de clasificación tiene que ver con el hecho de que los contratos deben constar o no por escrito, en tal caso pueden ser:

Contratos consensuales, en oposición a formales, son los que para su validez no requieren que el consentimiento se manifieste por escrito, por lo tanto, pueden ser verbales o manifestarse de manera tácita o mediante signos inequívocos.

Los contratos formales son aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, ya sea público o privado, de tal manera que si no se otorga de esta forma será ineficaz.

Las anteriores son solamente unas clasificaciones de los contratos, pero esto no significa que sean las únicas, ya que por ejemplo, existen además diversos tipos de contratos como los de adhesión, los cuales son aquellos en que una de las partes fija las condiciones del contrato y las impone a otra u otras, que no hacen sino aceptar dichas condiciones, con lo cual se adhieren al contrato.

Así que son varios los criterios que permiten clasificar a los contratos, en todos ellos existen características específicas que sirven para identificarlos y conocer sus efectos jurídicos.

2.5 INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.

Los contratos deben ser interpretados para conocer su alcance, precisar si se celebraron conforme lo dispone la ley y determinar sus efectos, asimismo, para saber cuáles son las obligaciones y los derechos de las partes y en su caso, si puede darse por terminado de manera anticipada y cómo se haría.

En términos generales se entiende que interpretar es explicar el significado, sea de un texto, una norma, o en este caso de un contrato. La interpretación implica también desentrañar el sentido, intención, contenido y alcance de una declaración de voluntad.

El profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia considera que, interpretar un contrato significa:

“A. La comprensión del medio (tiempo y lugar de su celebración) en que se celebró; de las palabras empleadas usadas en su momento y de los bienes que hayan sido su objeto. Este estudio hace referencia a las circunstancias en que se originó el contrato.

B. Desentrañar la voluntad de las partes en la celebración del contrato.

C. Precisar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. Esto es, determinar cuáles son los derechos y obligaciones emanados del contrato o transmitidos por él.

D. Indagar si el contrato se ajusta a la ley y a los principios generales del derecho.”³³

En consecuencia, son varios los aspectos que deben tomarse en cuenta al interpretar un contrato, ya que se busca conocer la voluntad de las partes en la celebración del contrato, es decir, no basta con precisar su contenido y alcance, sino también la intención de los contratantes.

De acuerdo con nuestra legislación, existen diferentes criterios de interpretación de los contratos, a saber:

1º Interpretación subjetiva. Es aquella en donde predomina la intención de los contratantes sobre las palabras. En este sentido, el artículo 1851 del Código Civil dispone lo siguiente:

³³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. cit. pág. 52.

“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.”

Por otro lado, el artículo 1857 del ordenamiento legal invocado, señala en su último párrafo que, cuando existan dudas sobre el objeto principal del contrato, de tal manera que no pueda obtenerse el conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

Lo anterior pone de manifiesto que, efectivamente, debe prevalecer la intención de los contratantes, a tal grado que si ésta no se conoce de manera clara, entonces se declarará nulo el contrato.

2º Interpretación objetiva. Es aquella en la cual se toma en cuenta el sentido de las palabras. En cuanto a esto, el artículo 1855 del cuerpo legal aludido, establece lo siguiente:

“Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.”

En consecuencia, sí se toman en cuenta las palabras que existen en el contrato, dándoles el significado que esté de acuerdo con la esencia y objeto principal del contrato.

3º Interpretación integradora. Mediante ella se deben tomar en cuenta todas las cláusulas del contrato, para entenderlo de manera integral y no en forma parcial. A este respecto, el artículo 1854 del citado Código, precisa que:

“Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”

En relación con esto, el profesor Ramón Sánchez Medal, afirma: “Muy ligada a la interpretación del contrato es la cuestión relativa a la *integración del contrato*, ya que, como hace notar Planiol, es muy raro que las partes al celebrar

el contrato tengan presentes todas las consecuencias, alcances y efectos que va a tener el mismo contrato, por lo que es indispensable integrar el contrato, completando con normas supletorias establecidas por el legislador, las omisiones o lagunas que las cláusulas convenidas por las partes hubieren dejado. Para tal efecto, en la integración del contrato hay que tomar en cuenta que las cláusulas que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, deben tenerse por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas cuando lo permita la ley (1839).”³⁴

En efecto, para lograr una interpretación integral del contrato es necesario tomar en cuenta todas sus cláusulas, además, deben suplirse las omisiones con aquellas normas que se refieran a la naturaleza del contrato, su objeto principal y sus requisitos esenciales. Asimismo, debe procurarse que se beneficie a todas las partes involucradas y no sólo a una de ellas.

2.6 EL CONTRATO POR TELÉFONO Y FAX.

De manera expresa se hace referencia en el Código Civil a los contratos celebrados por teléfono, y aunque literalmente no se mencione el fax, es evidente que éste queda comprendido en los contratos celebrados por “cualquier medio electrónico.”

La norma en cuestión se encuentra en el artículo 1805 del ordenamiento legal aludido, la cual establece lo siguiente:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

³⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. pág. 79.

Del precepto transcrito se desprende que el contrato por teléfono o fax se equipara al celebrado entre personas presentes, en donde si se hace una oferta, sin fijar el plazo para aceptarla, si no se acepta de inmediato origina que el oferente quede desligado de su ofrecimiento.

Considero que esto es así porque, en el caso del contrato por teléfono, aunque las partes no estén físicamente presentes, es como si lo estuvieran, habida cuenta que entre ellos se establece una comunicación directa, lo que permite la posibilidad de hacer la oferta, misma que al ser escuchada por el otro contratante, tiene la oportunidad de expresar en ese momento, y por ese medio, su aceptación.

Tratándose del contrato por fax, aún cuando la comunicación no sea de viva voz, es indudable que representa un medio idóneo para que se haga una oferta y de la misma manera se puede recibir la aceptación. Además, nadie duda que se deben tomar en cuenta los avances tecnológicos que se están dando en nuestro medio, con el fin de aprovecharlos para incorporarlos a la vida jurídica, con los efectos que de la misma se derivan.

Como puede apreciarse, la vida en nuestros días comprende nuevas exigencias y requerimientos en donde debemos valernos de todos los medios que estén a nuestro alcance para cumplir con los objetivos que se nos presenten, siempre y cuando sean lícitos. En este contexto es indudable que el ser humano necesita celebrar un gran número de contratos, sin que siempre tenga la posibilidad de estar físicamente presente con todos los oferentes, no obstante, puede expresar su voluntad y obligarse a través de diferentes medios, entre los cuales están el teléfono y el fax.

Seguramente, la intención del legislador es facilitar la celebración de contratos por cualquier medio idóneo, a pesar de que las partes no estén físicamente presentes; asimismo, se busca incorporar a la vida jurídica todos los

instrumentos que, derivados de la tecnología contribuyan a la consumación de actos jurídicos, entre los cuales destacan los contratos. Así que es acertado el hecho de que en nuestra legislación se permitan los contratos por teléfono y fax, así como los celebrados por internet y cualquier otro medio electrónico como se precisará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO TERCERO

PECULIARIDADES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

3.1 CONCEPTO DE CONTRATO ELECTRÓNICO.

El contrato ha sido conceptualizado como un acuerdo de voluntades por medio del cual se crean o transmiten derechos y obligaciones, es decir, constituye una especie de los convenios, ya que éstos de manera amplia crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones. Antes de precisar lo concerniente al contrato electrónico, conviene ampliar lo que la doctrina ha establecido sobre el contrato en general, especialmente aquello que nos servirá para después aplicarlo al tema que nos ocupa.

El profesor Francisco M. Cornejo Certucha considera que el contrato es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias debido al reconocimiento de una norma de Derecho. Sin embargo, el contrato no sólo puede verse como un acto jurídico sino también como una norma jurídica individualizada. En cuanto a esto, el autor mencionado agrega que: “El más brillante expositor de esta concepción es Hans Kelsen. Este autor explica que la teoría tradicional sólo vio en el contrato un acto jurídico, ya que lo analizó desde la perspectiva de un acto de aplicación del derecho. (Así, al contratar las partes aplican una regla de derecho - *pacta sunt servanda*- a una situación concreta). Olvidando que el contrato también es un acto de creación del derecho pues de él surgen para los sujetos, obligaciones y derechos que anteriormente no tenían. Kelsen parte de la idea de que todo acto es al mismo tiempo de creación y aplicación del derecho. La ‘fuerza obligatoria’ del contrato radica en que éste ha creado una norma que sólo se distingue de la que los contratantes aplicaron en que tiene carácter individual o

concreto. Para este autor existe un equívoco pues contrato designa tanto un acto o procedimiento determinado como su producto que es la norma contractual.”³⁵

En consecuencia, el contrato no es sólo un acto jurídico, es también una norma jurídica individualizada, habida cuenta que comprende una serie de reglas aplicables a las personas que llevan a cabo el contrato, las cuales tienen un carácter obligatorio cuando se cumplen los lineamientos legales que le dan reconocimiento y validez.

Ahora bien, es fundamental distinguir para efectos de nuestro tema, entre el procedimiento para celebrar el contrato y el resultado que se obtiene, al que propiamente se le denomina contrato. En el primer supuesto estamos más bien ante el acto jurídico de contratación, en donde se realizan dos o más actos concretos, por ejemplo, el oferente hace una policitud u oferta, en cambio, el aceptante manifiesta su conformidad con ella, o en su caso realiza una nueva oferta, la que podrá ser o no aprobada. Todo esto implica un procedimiento que puede ser relativamente rápido o puede llevar algunas horas o hasta días, especialmente cuando es entre ausentes, lo cual puede suceder en la contratación electrónica. Cuando se llega a un resultado, es decir, cuando ambas partes se ponen de acuerdo y precisan sus derechos y obligaciones, es entonces cuando surge propiamente el contrato.

Por lo tanto, la contratación es el procedimiento que se sigue para que dos o más personas se pongan de acuerdo sobre los derechos y obligaciones que cada una de ellas adquiere, mientras que el contrato es el resultado que comprende el acuerdo de voluntades en donde quedan precisados los derechos y obligaciones de las partes que intervinieron en su celebración. El contrato suele ser identificado con el documento en el que quedan asentados los datos generales de los contratantes y sus derechos y obligaciones, pero ahora con los contratos

³⁵ CORNEJO CERTUCHA, Francisco M. Voz: Contrato, en Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo II. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2004. pág. 554.

electrónicos esto ya no sucede, toda vez que no siempre existe tal documento, no obstante, sí hay un acuerdo de voluntades, el cual se obtiene por medios electrónicos y en donde es indudable que surgen derechos y obligaciones para los contratantes.

Así que, toda contratación, incluyendo la electrónica, implica un procedimiento en donde se expresan o declaran dos voluntades. Como dice el Dr. Néstor Pizarro: “Existen, pues, dos declaraciones de voluntades, una traslaticia de derechos y otra recepticia; la primera por sí sola es insuficiente para transmitirlos, y la segunda independientemente de la primera, es ineficaz para adquirirlos. La declaración de voluntad que se formula inicialmente se llama ‘oferta’, ya sea para transmitir o adquirir un derecho; y la ulterior se denomina ‘aceptación’. Ambas deben ser concurrentes, coincidentes sobre un objeto común y existir conjuntamente; no son, por consiguiente, actos separados y distintos, ni manifestaciones paralelas que no se tocan, ni temporalmente dispares, sino, por el contrario, constituyen una sola unidad voluntaria y recíproca, coincidente y con existencia cierta en un momento determinado y debidamente exteriorizada. La expresión de voluntad puede hacerse tanto verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, como puede resultar de una determinación a priori (p. ej., en precios y servicios: como en transportes [tarifas], contratos de trabajos, etc.), o bien en forma mecánica; basta que la oferta concreta exista y que la aceptación se produzca de conformidad a ella por adhesión a las condiciones preestablecidas para que el contrato nazca, y las partes entre quienes haya pasado tengan acción entre sí para exigirse recíprocamente el cumplimiento de sus promesas respectivas. La circunstancia de estas dos voluntades recíprocas, concurrentes y simultáneas, hacen ver la existencia de una tercera voluntad independiente y distinta de ambas, pero que las unifica y regula y a la que se someten como a la ley común.”³⁶

³⁶ PIZARRO, Néstor. Voz: Contrato, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 4. Bibliográfica Omeba. Argentina. 2007. pág. 120.

Es indudable que en la contratación se manifiestan dos voluntades, las cuales no siempre se conjugan de manera inmediata, sobre todo cuando se realiza entre ausentes, lo que puede suceder con la contratación electrónica, toda vez que las personas y los medios que se utilizan se encuentran distantes y si bien pueden establecer una comunicación inmediata, no siempre es así.

Retomando las últimas palabras de la cita anterior, es necesario destacar que además de la voluntad de los contratantes, interviene una tercera voluntad, que podría decirse que es la del legislador, quien reconoce y regula los efectos del acto que se está celebrando y le atribuye validez cuando se cumplen las disposiciones legales previamente establecidas. Esto es importante en el caso de la contratación electrónica, la cual ya ha sido reconocida por el legislador, pero considero que falta una mayor regulación para precisar ciertos efectos derivados de las peculiaridades que se presentan en esta forma de celebrar contratos.

Con mucho acierto, el Dr. Edgar Elías Azar ha dicho: “Por consiguiente, la contratación por medios electrónicos adentra a la revisión de los institutos y bases de la ordenación jurídica codificada. De una parte, obliga a reflexionar sobre la tradicional función de los contratos como institución de auxilio en el gobierno de las relaciones jurídicas privadas. De otra, su incardinación en la realidad plural interactiva, entre los órdenes económico, internacional y tecnológico fuerza a revisar la construcción del Derecho general de la contratación, elaborada sobre el contrato papel, con firma manuscrita y postulados ideológicos del siglo XIX.”³⁷

Consecuentemente, no basta con aplicar las normas que ya existen a la contratación electrónica, agregando solamente que en ella se manifiesta la voluntad de manera expresa. En realidad se debe hacer un estudio más amplio y preciso, toda vez que cuando se emplean medios electrónicos pueden surgir diversos problemas que no se presentan en la forma tradicional o común de

³⁷ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 90.

celebrar los contratos, además, intervienen otros factores que hacen de la contratación electrónica una forma más compleja de llegar a un acuerdo de voluntades.

Esto es así en virtud del carácter especial y eminentemente técnico que se deriva de la contratación electrónica, en donde la voluntad puede ser manifestada de manera inmediata, o bien, sin que exista una coincidencia en el tiempo, ni mucho menos en el espacio, además, los medios electrónicos pueden ser afectados por elementos externos, por ejemplo, virus u otros agentes que distorsionen la voluntad concreta que querían expresar los contratantes, es por eso que debemos tener mucho cuidado con esta forma de contratación.

En cuanto al concepto de contrato electrónico existen diversas opiniones doctrinales, por ejemplo, los tratadistas José F. Márquez y Luis Moisset Espanés consideran que el contrato electrónico; “*en sentido estricto*, trata de aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos *de ordenador a ordenador*. Frente a esta noción, existe una amplia, que incluye dentro de la categoría a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos (aunque no sean ordenadores, como el fax, télex y teléfono).”³⁸

Es acertada la anterior distinción ya que los medios electrónicos en general no se concretan a los ordenadores, ni equipos con almacenamiento de datos, sino que comprenden a todos aquellos elementos que incluyen en su composición aspectos electrónicos, como es el caso del fax o el teléfono.

Por lo tanto, cuando se utiliza la expresión contrato electrónico se hace en sentido estricto, para indicar el acuerdo de voluntades que se concreta a través de equipos electrónicos que permiten el almacenamiento de datos y se encuentran

³⁸ Cit. Por SILVA-RUIZ, Pedro F. La Contratación Electrónica. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Volumen 66. Número 2. Abril-Junio. Puerto Rico. 2005. pág. 157.

conectados a una red de telecomunicaciones, que en la actualidad la más importante es la conocida como internet.

En España existe una regulación específica sobre el tema que nos ocupa, incluso se comprende al comercio electrónico, nos referimos a la Ley de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, misma que se refiere al contrato electrónico y lo define como: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.”³⁹

De lo anterior se desprende que el contrato electrónico es el que básicamente se realiza con equipos “de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. En nuestra legislación, como no tenemos una regulación específica, se entiende por contrato electrónico cualquier convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones, celebrado por medios electrónicos (sean o no de tratamiento y almacenamiento de datos), cuando éstos tienen, o pueden tener, una incidencia sobre la formación de la voluntad de los contratantes.

Es decir, en nuestra legislación no hay una distinción clara entre los medios que pueden ser utilizados para perfeccionar un contrato electrónico, ya que de manera general se hace referencia a “medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología”, según lo expresa el artículo 1803 del Código Civil Federal.

Lo anterior puede tener la ventaja de incluir cualquier medio electrónico, incluso los que más adelante se crearán derivados de los avances tecnológicos, pero el inconveniente que tiene es dejar muy abierta la posibilidad de contratación electrónica sin precisar algunas reglas específicas que deben ser necesarias de acuerdo con las características propias de esta forma de celebrar contratos.

³⁹ Ley citada por SILVA-RUIZ, Pedro F. Op. cit. pág. 159.

Por lo anterior, el Lic. Valentino F Cornejo López, comenta que: “Los contratos electrónicos se someten a las normas generales existentes en nuestra legislación. En particular no podemos presenciar un contrato electrónico si no cumple con los elementos de existencia de los contratos. Los requisitos exigidos por el artículo 1794 del *Código Civil Federal* deberán hallarse presentes en los contratos electrónicos, claro que adaptados a esta nueva realidad jurídica, dentro de lo que debemos considerar algunos aspectos como que este tipo de contratos puede celebrarse a distancia; sin dejar de lado la hipótesis de que se celebren entre ausentes por las características en que se establecen.”⁴⁰

Es cierto que conforme a nuestra legislación se deben cumplir los elementos de existencia y los requisitos de validez en los contratos electrónicos, sin embargo, no debemos conformarnos con ello ya que se trata de una especie de contratos con características propias y en los que se pueden dar problemas específicos derivados de los medios que se emplean para llevar a cabo el acuerdo de voluntades.

Así que por un lado tenemos que el contrato electrónico no es sino otra forma de contratar y obligarse entre las partes que pretenden producir consecuencias de Derecho, por lo que debe estar debidamente contemplado en nuestra legislación, Pero, por otro lado, se deben tomar en cuenta las peculiaridades de esta forma de contratar para que se pueda resolver cualquier duda o interpretación en una controversia que pudiera existir sobre el contenido del contrato, sin que sea la tecnología un motivo de ineficacia, manipulación e incertidumbre en cuanto a lo que desearon los contratantes virtuales al producir consecuencias de Derecho. Por ello insistimos en que debe haber una regulación específica o más amplia sobre el tema, lo que quedará más de manifiesto con las observaciones que se harán enseguida sobre el consentimiento y la forma en este tipo de contratos.

⁴⁰ CORNEJO LÓPEZ, Valentino F. Los medios electrónicos regulados en México. Editorial Sista. México. 2006. pág. 16.

3.2 EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO.

El consentimiento es uno de los elementos de existencia del acto jurídico, y es éste precisamente el primero de los elementos esenciales que dan vida al contrato, mismo que por definición comprende el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.

En virtud de que nuestra legislación federal no regula de manera amplia lo relativo a la contratación electrónica, la cual actualmente está teniendo especial relevancia dada la cotidianidad que tiene la utilización y manipulación de los medios electrónicos por el desarrollo y comodidad que representa en nuestra vida, por lo que es razón suficiente para establecer desde ahora que se debe regular de manera más amplia todo lo relacionado con el contrato electrónico, especialmente lo concerniente al consentimiento, ya que es deficiente la regulación actual, como se demostrará con las siguientes consideraciones.

El artículo 1796 del Código Civil Federal establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, con excepción de aquellos que necesariamente deban revestir una forma específica señalada por la ley. Para tal caso, el contrato electrónico se equipara a los contratos en general, toda vez que únicamente los contratantes virtuales desean manifestar su voluntad a través de un medio electrónico para que se produzcan los efectos jurídicos que se esperan, siempre y cuando no se establezca alguna otra formalidad para su validez.

Por su parte, el artículo 1803 de la legislación en cita dice, en la parte que nos interesa:

“El consentimiento puede ser expreso o tácito... Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos ...”.

En realidad, nuestra legislación no regula lo esencial de cómo, cuándo y dónde surge el consentimiento en el contrato electrónico, y por ello surgen desde el principio los siguientes cuestionamientos: ¿en qué momento convergen o coinciden las voluntades de las partes en el contrato electrónico?, ¿podemos considerar al contrato electrónico como una celebración del acto jurídico entre ausentes?

Recordemos que para la existencia del acuerdo de voluntades es necesario que el consentimiento se manifieste de manera clara y sin que se deje lugar a dudas, lo cual no siempre ocurre en el caso de los contratos electrónicos, especialmente cuando el consentimiento no se perfecciona de una manera inmediata.

Ahora bien, siguiendo la teoría general de las obligaciones y de los contratos, encontramos que en todo contrato debe concurrir el consentimiento y objeto para que estén válidamente constituidos conforme a Derecho y produzcan sus efectos. El consentimiento es algo interior y personal, el cual tradicionalmente se perfecciona con la firma, al igual que la voz en los contratos verbales o el gesto humano, ya que éstos constituyen expresiones exteriores, modos en que se manifiesta ese consentimiento. En el contrato electrónico, el consentimiento se compara a la forma expresa de manifestar la voluntad, lo cual no es tan sencillo.

En efecto, desde hace tiempo el Dr. Mateo Goldstein se refirió a los riesgos de transmisión de las declaraciones de voluntad, apuntando lo siguiente: “La doctrina y la legislación francesas reconocen dos situaciones distintas, acerca del riesgo en la transmisión de los contratos: Pérdida o ausencia de transmisión: una oferta que no llegare a poder del destinatario es considerada como inexistente; igual cosa ocurre con la aceptación. Por lo cual, los riesgos son a cargo de quien los emite. Retraso o demora en la transmisión: Si la aceptación no llegare por resultas de un retraso, o demora en la transmisión, no imputable a la parte, el

contrato no se considera formado; si lo fuere por culpa de una parte, suya será la responsabilidad por los daños.”⁴¹

Para una mayor comprensión de lo anterior, debemos recordar que el consentimiento comprende dos partes; la oferta que hace uno de los contratantes y la aceptación que expresa el otro. Entre estos dos elementos pueden surgir diferentes opciones de riesgo, toda vez que no siempre convergen o se conjugan plenamente la oferta y la aceptación, creando situaciones de inseguridad en el consentimiento.

Efectivamente, en ocasiones hay una oferta clara y precisa que llega a diferentes personas y una de ellas manifiesta su aceptación, pero ésta no siempre es tan clara, o quizá no llega de manera oportuna o precisa al oferente, o bien, de manera simultánea se reciben diferentes aceptaciones. La situación se complica cuando el consentimiento se perfecciona entre ausentes y más cuando se encuentran en lugares distantes.

En el caso de la contratación electrónica, y aquí debemos considerar lo que antes se dijo en el sentido de que una cosa es el procedimiento para llegar a un acuerdo de voluntades y otra es el contrato, como resultado de ese procedimiento, así que en este momento nos interesa referirnos a la contratación como conjunto de actos que se manifiestan para llegar al acuerdo de voluntades, ya que cuando se utilizan medios electrónicos la voluntad pasa por diferentes momentos que van desde el fuero interno hasta su manifestación por un medio que puede originar algunos problemas en la transmisión de la voluntad.

Al respecto, resultan acertadas las siguientes observaciones que realiza el profesor Pedro F. Silva Ruiz: “La voluntad se formó correctamente en el fuero interno (proceso de volición interna), pero en la declaración hay equivocaciones

⁴¹ GOLDSTEIN, Mateo. Voz. Contrato entre ausentes, en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo 4. Bibliográfica Omeba. Argentina. 2007. pág. 509.

(pensemos en que al operarse el programa hay una transmisión incorrecta o equivocada, por lo que la voluntad declarada no corresponde a la voluntad que se conformó correctamente en el fuero interno). En otras palabras, hay unos matices en la contratación electrónica –error en el programa o en su operación- que afectan al consentimiento, sobre los cuales tenemos que estar atentos”.⁴²

Efectivamente, es posible que existan errores en el programa o en su operación cuando se utilizan medios electrónicos con tratamiento y almacenamiento de datos y se encuentren conectados a una red de telecomunicaciones. La transmisión de datos no es tan simple como parece debido a que los ordenadores no siempre operan con regularidad, o bien, hay virus que afectan el buen funcionamiento de los equipos, incluso terceras personas pueden interceptar o enterarse de la información que se intercambia entre los usuarios de la red, quienes se encuentran utilizando ese medio para celebrar un contrato.

Ahora bien, conviene precisar cómo se perfecciona el consentimiento en nuestra legislación vigente para el común de los contratos, ya que no hay reglas específicas para los que se celebran a través de medios electrónicos. En principio, por lo que respecta a la oferta o propuesta, hay que distinguir si ésta se hace entre presentes o ausentes, si hay fijación de plazo o si no la hay, y a su vez si es realizada por medios electrónicos o comunes.

La oferta realizada entre presentes sin fijación de plazo deja de ser aceptable si no se acepta de modo inmediato. Es aplicable esta misma regla a las ofertas hechas a través de cualquier otro medio electrónico, siempre que permita la expresión de la oferta y de la aceptación de forma inmediata, como cuando hay una videoconferencia, lo cual no sucede, por ejemplo, en la comunicación vía correo electrónico.

⁴² SILVA-RUIZ, Pedro F. Op. cit. pág. 160.

Cuando la oferta se hace entre presentes con fijación de plazo, el oferente queda vinculado por su oferta hasta la expiración del plazo. En la oferta realizada entre ausentes sin fijación de plazo, el autor de la oferta quedará vinculado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue suficiente no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones, según lo previene el artículo 1806 del Código Civil Federal.

En cuanto a la aceptación, también hay que distinguir si ésta se hace entre presentes o entre ausentes, si hay fijación de plazo o si no la hay, y a su vez, si es realizada por medios electrónicos, ópticos o a través de otra tecnología. La aceptación realizada entre presentes sin fijación de plazo debe hacerse de modo inmediato, aplicando esta misma regla a las ofertas hechas a través de cualquier otro medio electrónico que permita la expresión de la voluntad en forma inmediata. De no manifestarse la aceptación de modo inmediato, el autor de la oferta queda desligado de la misma.

Cabe señalar nuevamente que la inmediatez no puede darse en la comunicación vía correo electrónico, por lo que se entiende que en estos casos la aceptación es entre ausentes. Además, en la aceptación a la oferta realizada entre ausentes sin fijación de plazo, la misma debe darse antes de que el autor retire la oferta y el aceptante conozca dicha revocación.

El profesor Roberto Rosas Rodríguez realiza algunas precisiones sobre el tema diciendo que: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el oferente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos del oferente obligados a mantener el contrato. En el caso de que la respuesta que reciba el oferente no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera, la respuesta se considerará como nueva oferta. La

propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad estipularon por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.”⁴³

Debe enfatizarse que una manifestación de la voluntad simple no se puede considerar de igual forma que una manifestación de la voluntad que se comunica por medios electrónicos, ya que la primera se expresa acústicamente o haciendo uso del medio material del papel. En cambio, una manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos se comunica en un medio virtual y carece de una naturaleza material, lo que puede prestarse a diferentes problemas.

Por otro lado, como bien lo señala el profesor Víctor Manuel Rojas Amandi, la transmisión de información en la red también se caracteriza por verificarse de manera anónima. Las partes de un contrato que se concluye haciendo uso de medios electrónicos podrían fácilmente actuar bajo un nombre falso. Esta anonimidad de las comunicaciones electrónicas problematiza la identidad del autor de la voluntad —autenticidad—, lo que aunado a las condiciones de seguridad de las transmisiones electrónicas complica la integridad del contenido de la declaración de la voluntad. Ante esto, el autor mencionado también precisa que: “Cuando una oferta se emite haciendo uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, la ley establece una regulación especial para determinar si se trata de *contratos entre presentes*, o bien, *contratos entre ausentes*. Al respecto, el artículo 1805 del Código Civil Federal precisa que se

⁴³ ROSAS RODRÍGUEZ, Roberto. Estudio comparativo de la formación de contratos electrónicos en el derecho estadounidense con referencia al derecho internacional y al derecho mexicano. Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, número 9-10, septiembre de 2004-abril de 2005. México. 2005. págs. 130 y 131.

consideran realizados entre presentes aquellos contratos cuando las partes se comuniquen 'a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata'. Este tipo de medios son lo que en el lenguaje de la informática se suele de nominar como *medios que permiten una comunicación en tiempo real*. Dentro de éstos se encuentran el *chat* —*Internet Relay Chat IRC*—, la videoconferencia, conexiones telefónicas por Internet, etcétera. Así, cuando la oferta y la aceptación se comuniquen utilizando alguno de estos medios electrónicos, se considerará que existen los supuestos de un *contrato entre presentes*. En cambio, de una interpretación *contrario sensu* de dicha disposición, se puede concluir que cuando para comunicar la oferta y la aceptación se utilizan medios electrónicos que no permitan la comunicación de la declaración de la voluntad en forma inmediata, esto es, cuando para tal efecto se utilizan medios electrónicos que *no permiten una comunicación en tiempo real*, estamos ante un *contrato entre ausentes*. Este sería el caso del correo electrónico. Ante este supuesto, tal y como lo precisa el artículo 1806, la vigencia de la oferta sería de tres días. Sin embargo, cuando se haga uso del correo electrónico no sería necesario adicionar a estos tres días de la vigencia de la oferta el tiempo para la idea y vuelta del correo público. Esto debido a la velocidad en que opera la transmisión de mensajes electrónicos en la red. No obstante, cuando se utilicen sistemas EDI de poca velocidad se deberá aumentar a los tres días de ley el tiempo necesario para que la oferta llegue al destinatario y el oferente reciba la aceptación.”⁴⁴

Queda claro entonces que un contrato electrónico puede ser entre presentes o entre ausentes, según se perfeccione el consentimiento de manera inmediata o no, pero es indudable que en ambos casos se multiplican las posibilidades de error al momento en que la voluntad se declara o llega a uno de sus destinatarios, o bien, pueden surgir problemas en cuanto a la

⁴⁴ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. Revista de Derecho Privado, nueva serie, año VI, número 16-17, enero-agosto de 2007. México. 2007. págs. 180 y 181.

identidad de los contratantes, incluso cabe la posibilidad de que se proporcionen nombres o datos falsos.

En la práctica es común que se celebren contratos electrónicos sin que se precise el momento en que se perfecciona el consentimiento. Ante esto hay legislaciones que dan por concluido un contrato cuando existe un acuse de recibo sobre la aceptación que previamente se haya hecho. De esta forma se requieren los siguientes pasos para dar por concluido el contrato:

- Una oferta hecha por la web.
- Al llenar el formulario y hacer " Click" en "Acepto", el contrato es aceptado.
- Un correo electrónico automático es enviado al oferente a modo de acuse de recibo.

Cuando surge una propuesta, o bien, la oferta de parte del peticionante virtual, y la dirige al que se pretende que la acepte, el consentimiento no nace cuando la entrega se realiza, sino desde el momento en que el aceptante virtual está de acuerdo con la propuesta del oferente virtual y da a conocer su respuesta de aceptación al peticionante virtual. Aunque en algunas legislaciones esto no es suficiente, ya que se requiere de un acuse de recibo para tener perfeccionado el consentimiento.

En relación con esto cabe citar el artículo 1374 del Código Civil de Perú, el cual establece que:

“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 éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

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.”⁴⁵

⁴⁵ Cit. Por SILVA-RUIZ, Pedro F. op. cit. Pág. 163.

De la norma anterior se deduce que no basta remitir la voluntad a través de medios electrónicos, toda vez que se requiere un acuse de recibo sobre la misma, especialmente cuando ésta implica la aceptación de una oferta, será entonces cuando se tenga por perfeccionado el contrato. Sin embargo, sobre esto no existe una regulación uniforme. Lo que sí ha sido generalmente aceptado es que el contrato electrónico se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Lo anterior justifica la necesidad de que se regule de manera más amplia lo relativo al consentimiento en el caso de los contratos electrónicos, para evitar todas las dificultades que se presentan en la realidad y seguir permitiendo la contratación por medios electrónicos.

3.3 LA FORMA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Este es un tema muy importante, pues una vez que concurren las voluntades para que se perfeccione el consentimiento debe también cumplirse con una forma con el fin de que surta sus efectos el contrato, y no queden dudas sobre la correspondencia entre la información, oferta y aceptación y el momento de sus respectivos envíos. Además, la forma en la contratación electrónica reviste singular trascendencia para efectos de comprobar que efectivamente se celebró un contrato a través de medios electrónicos.

Se debe tener en cuenta que la celebración del contrato electrónico se lleva a cabo con personas que no sabemos cual sea su identidad, algunas de ellas actúan de mala fe y podrían llegar a negar el acto jurídico celebrado. Con esto puede surgir la problemática que una vez celebrado el contrato electrónico no tenemos prueba que demuestre claramente con quien se concretó el contrato, lo único que podemos tener es un ejemplar del acto jurídico electrónico pero extraído de nuestro propio ordenador, el cual puede fácilmente ser manipulado,

llegando a cambiar varias cláusulas o parte del contenido del contrato electrónico celebrado.

En virtud de que no existe un documento material que pueda darle eficacia plena a las manifestaciones expuestas por los contratantes a través de medios electrónicos, se han buscado opciones para dar existencia al acto que se pretende celebrar. Ante esto es oportuno considerar la forma para producir consecuencias de Derecho, y para ello partimos de lo siguiente.

Ancestralmente los contratos verbales fueron resueltos por el papel y la firma ante alguna controversia entre los contratantes, actualmente se deben adoptar soluciones para evitar, o bien, resolver alguna controversia que pudiera existir entre los contratantes, especialmente cuando se utilizan los medios electrónicos, sin que ello se vuelva contraproducente para los contratantes que tienen el objetivo de contratar y obligarse a través de estos medios.

Por ello, como bien dice el Dr. Edgar Elías Azar: “La contratación electrónica pues, se nos presenta como nueva modalidad de consentimiento y forma del contrato (reconocida en el Art. 1803.1 del CC y reafirmada con alcance general para todos los actos de comercio en el artículo 89 C.Co. *En los actos de comercio y en la formación de los mismos*). Por ello, debe aseverarse el acierto normativo de integración de la disciplina de los contratos electrónicos en la teoría general del contrato, con la consiguiente aplicación de las disposiciones comunes, contempladas en los artículos 1792 y ss., porque la reforma sólo ha incorporado singularidades electrónicas de teoría general, de acuerdo con la voluntad de sus redactores en el Proyecto que culminó en el Derecho vigente.”⁴⁶

⁴⁶ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 95.

Es cierto que se deben aplicar las normas generales de los contratos y de las obligaciones a los acuerdos de voluntades que se perfeccionan a través de medios electrónicos, pero no podemos pasar por alto el hecho de que existen modalidades específicas en la contratación electrónica, lo que amerita estructurar nuevas disposiciones que se adecuen exactamente a las exigencias que se derivan de esta nueva forma de celebrar contratos, con el fin de evitar o resolver conflictos jurídicos.

Según nuestra legislación, el consentimiento en el contrato electrónico se manifiesta de manera expresa, pero que forma adquiere este contrato. No se puede afirmar categóricamente que es mediante una forma escrita, toda vez que no existe siempre un documento que acredite fehacientemente la manifestación de la voluntad por medios electrónicos.

Además, hay que tomar en cuenta las peculiaridades de la contratación electrónica en Internet, ya que es el medio que más se emplea en la práctica, en donde encontramos que las partes suelen interactuar con fines económicos o contractuales, emitiendo sus declaraciones de voluntad a través de mensajes electrónicos generados e intercambiados mediante el empleo de equipos y sistemas telemáticos conectados entre sí por medio de redes de telecomunicaciones de proyección mundial.

Es cierto que la operativa electrónica permite que el contenido del contrato pueda visualizarse íntegramente en la pantalla del ordenador, siendo susceptible de archivo o copia con fines de conservación. Se prescinde, pues, de los documentos escritos tradicionales y de la clásica firma manuscrita, suplantados ahora en el nuevo contexto por sus equivalentes electrónicos. Pero esto no significa necesariamente que estamos en presencia de un contrato por escrito, aún cuando es generalmente aceptado el hecho de que existen documentos virtuales.

Para darle una mejor forma al contrato electrónico, asemejándolo con el contrato escrito, se ha creado la llamada firma electrónica, con ello se dice entonces que ahora sí se cuenta plenamente con un “documento” con todos sus requisitos, ya que tiene un texto que puede ser claramente leído y una firma que identifica a quienes celebran el contrato, lamentablemente, no siempre se cumplen esos requisitos.

Por lo tanto, Internet favorece un tipo de contratación, sin duda peculiar, en la medida en que se desenvuelve entre cualquier operador dentro de un contexto virtual, abierto y de proyección global. Sin embargo, en la práctica han surgido muchos problemas, como son fraudes, incumplimientos de contratos o cambios en las modalidades o condiciones en cuanto a la celebración del contrato, lo que pone en tela de juicio lo conveniente de usar este tipo de medios para llevar a cabo un acuerdo de voluntades.

Insistimos en que la contratación por medios electrónicos, concretamente a través de internet, es conveniente por las facilidades y ventajas que implica, es por ello que deben buscarse nuevas normas para darle mayor seguridad jurídica a esta forma de celebrar contratos.

En relación con el tema que nos ocupa, el tratadista Roberto Rosas Rodríguez afirma: “En México, cuando la legislación civil y mercantil exigen la forma escrita para los contratos y la firma de los documentos relativos, estos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de mensaje de datos (información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos ú otra tecnología) siempre que éste sea atribuible a las personas obligadas y accesibles para su ulterior consulta. En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá

hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige. Aquí está la base para poder hablar en un futuro no lejano de la existencia y utilización de protocolo electrónico. En cuanto al valor probatorio, tanto el Código Federal de Procedimientos Civiles, como el Código de Comercio, reconocen el valor probatorio de la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos u otra tecnología, y que para su valoración se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.”⁴⁷

De lo anterior se desprende que cuando los mensajes enviados por medios electrónicos no sea posible atribuirlos a determinadas personas para asignarles los derechos y obligaciones que se contraen, y cuando los mensajes no puedan ser conservados y sean accesibles para su ulterior consulta, entonces no estarán cumpliendo con la forma escrita y, por consiguiente, no constituyen el medio idóneo para celebrar un contrato, lo que justifica una vez más la necesidad de establecer una regulación amplia sobre la materia, para permitir que la tecnología siga siendo una fuente para celebración de todo tipo de contratos, incluyendo los que se concretan a través de medios electrónicos.

En cuanto al tema, el profesor Víctor Manuel Rojas Amandi realiza las siguientes apreciaciones: “La coincidencia del contenido de la información que una parte incorpora en un *mensaje de datos*, con el contenido de la información que recibe la contraparte, es a lo que se le suele denominar integridad. En términos generales, se puede afirmar que la falta de integridad de la información que se recibe trae como consecuencia que por el contenido de la misma no quede

⁴⁷ ROSAS RODRÍGUEZ, Roberto. Op. cit. págs. 138 y 139.

obligado el autor de la declaración. Si la falta de coincidencia entre la información manifestada y la recibida obstaculiza la formación del acuerdo de voluntades debido a que produce un error sobre la identidad de la cosa objeto del contrato o, sobre la naturaleza del acto jurídico que se propone, el acto sería inexistente — *error obstáculo*—. Cuando la falta de integridad conduce a un error de hecho o de derecho sobre el motivo determinante de la voluntad manifestado en el acto de celebración o, que se infiera de la celebración del contrato, de tal manera que de haber conocido las verdaderas circunstancias fácticas o el conocimiento de las circunstancias de derecho que motivaron la voluntad, el *destinatario* del mensaje no hubiere contratado o lo hubiera hecho bajo condiciones diferentes, según lo dispuesto por el artículo 1813 del CCF, dicha circunstancia daría lugar a la nulidad de la manifestación de la voluntad. Sólo en el caso en que la falta de integridad de la declaración llevara a un error referente a circunstancias accidentales del objeto, o de la persona, podría permanecer vigente la declaración.”⁴⁸

Queda claro que en un contrato electrónico puede haber una falta de integridad, lo cual sucede cuando no existe coincidencia entre el contenido de la información que una parte incorpora en un *mensaje de datos*, con el contenido de la información que recibe la contraparte. Si a esto agregamos la falta de identidad, es decir, cuando no es posible atribuir los mensajes a determinadas personas, entonces encontramos que los contratos electrónicos, tal como están regulados actualmente, no cuentan con la debida normatividad, lo que pone de manifiesto una vez más la necesidad de someterlos constantemente a revisión y a realizar las modificaciones que resulten procedentes.

Cabe mencionar que en otros países en donde se ha evolucionado más en cuanto a la contratación electrónica, se han previsto ciertas formas respecto a la celebración de los contratos, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, en donde se contemplan algunas modalidades que conviene mencionar solamente

⁴⁸ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Op. cit. pág. 177.

para tener un enfoque comparativo, sin que esto signifique que así tengan que ser los contratos, ni mucho menos que sea la forma más acertada.

En primer lugar encontramos el shrink-wrap o click-wrap. Se trata del tipo de contratos que comprenden condiciones generales o licencias de uso, que aparecen habitualmente dentro de las cajas de los programas del ordenador, de ahí su denominación. Pueden ir impresos en papel (shrink-wrap), pero también suelen aparecer en la pantalla del ordenador cuando instalamos el programa, o incluso cada vez que lo iniciamos (click-wrap). Tratándose de condiciones predispuestas, se aplicará la normativa sobre condiciones generales de la contratación. En los acuerdos shrink-wrap, el consentimiento sobre dichos acuerdos se entiende prestado en la medida en que el usuario adquiere el producto y paga el precio, siempre que, en ese momento, se garantice que éste tenga la posibilidad de acceder a dichas condiciones generales .

Por otro lado, existe el browse-wrap. En estos casos, el comprador no se ve obligado a aceptar ni incluso a conocer o visualizar los términos del contrato para realizar la operación, sino que únicamente se facilita un enlace a otra página del sitio web en el que constan éstos. La vinculación de las cláusulas expuestas de este modo ha planteado algunas dudas, ya que no proporciona la debida certeza jurídica para los contratantes.

Como puede notarse, ni siquiera en los países con más desarrollo se puede afirmar que se ha llegado a una forma avanzada en cuanto a la contratación electrónica. Esto significa que debemos seguir evolucionando para encontrar las formas más apropiadas de acuerdo a nuestras características y circunstancias peculiares que, naturalmente, cambian de acuerdo a cada región y cultura, no obstante, debemos recordar que estamos frente a una especie de contratación en donde prevalece el interés común y finalidades de carácter económico, además, la globalización nos obliga a establecer criterios generales que deben ser

suficientes para resolver conflictos similares, sobre todo si se toma en cuenta que los contratos electrónicos pueden celebrarse entre personas que se encuentren en diferentes países.

Así que, es pertinente prestar mayor atención a la contratación electrónica, ya que no la podemos quitar de nuestro medio, antes bien debe promoverse su operatividad, siempre que se cuente con el marco jurídico actualizado y apropiado para tratar de resolver los diferentes problemas que se presenten en la realidad.

3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.

En el capítulo anterior vimos que existen diferentes criterios para clasificar los contratos, lo cual se puede establecer de acuerdo con nuestra legislación vigente, pero también siguiendo diversos criterios doctrinales. A partir de estos aspectos es interesante considerar cómo se puede clasificar a los contratos electrónicos para entender más su naturaleza y características, así como la manera en que se manifiesta, lo que nos puede servir de parámetro para en su momento proponer algunas normas en torno a esta especie de contratos que se han difundido aceleradamente en nuestra sociedad.

Para tal efecto, debemos tomar en cuenta también la manera en que se lleva a cabo la celebración de los contratos electrónicos, toda vez que en ocasiones se puede realizar en tiempo real, sin embargo, no siempre sucede así, por ejemplo, cuando se contrata a través del correo electrónico, en donde se acepta que estamos ante un contrato celebrado entre ausentes, con todas las implicaciones que esto conlleva.

En primer lugar, si tomamos en cuenta el motivo primordial que existe en los contratos electrónicos, el cual es de carácter económico en virtud de que se pretenden satisfacer ciertos intereses o necesidades, es indudable que se trata de un contrato bilateral o sinalagmático porque ambas partes se obligan de manera

recíproca, movidas precisamente por los intereses que cada una de ellas tiene. En efecto, los contratantes virtuales generan recíprocamente obligaciones y derechos, ya sea porque buscan algún bien o servicio, a cambio del cual pagarán la cantidad que estén dispuestos a invertir. Recordemos que los contratos en general tienen un contenido patrimonial y el celebrado por medios electrónicos no es la excepción, antes bien, dadas sus características resalta este contenido, por lo que es evidente que los derechos y obligaciones sean para ambas partes.

Cabe aclarar que aun cuando se hace la oferta por el oferente virtual, se podría estar ante la figura de un contrato de adhesión, o bien podría equipársele, pero tal supuesto no significa que sólo una de las partes se obligue, toda vez que se hace la propuesta, más no se tiene por entendido que solo una parte se obligue, es decir, la oferta se hace para que otra persona acepte las condiciones que se imponen, de donde surgirán, en caso de haber aceptante, derechos y obligaciones para ambas partes, esto es, tanto para el oferente como para el aceptante virtuales.

Recordemos, junto con el tratadista Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila que: “En los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido...En los contratos de adhesión hay predominio exclusivo de una sola voluntad que obra como voluntad unilateral, se ofrece al público un contrato ya formado, cuyas cláusulas en la generalidad se encuentran impresas.”⁴⁹

No se debe confundir el hecho de que en los contratos de adhesión las cláusulas son redactadas unilateralmente por el oferente. Esto no significa que el

⁴⁹ SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A. Voz: Contrato de adhesión, en Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo II. Op. cit. pág. 563.

contrato sea unilateral, habida cuenta que la bilateralidad consiste en que los derechos y obligaciones que surgen son para ambas partes.

En un segundo criterio de clasificación se puede afirmar que el contrato electrónico es oneroso, en virtud de que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. Al respecto, nos remitimos a la aclaración que hace el Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, quien dice: “Con frecuencia se confunde el contrato bilateral con el oneroso pero como ya lo mencioné anteriormente, el bilateral se refiere a las obligaciones recíprocas, y el oneroso a las ganancias o las pérdidas”⁵⁰

Queda claro que se trata de aspectos distintos, ya que una cosa son los derechos y obligaciones, y otra son las pérdidas o ganancias. Naturalmente todo esto se relaciona con el contenido patrimonial del contrato, lo cual destaca en el que se celebra por medios electrónicos, pero no debe confundirse el hecho de que sea bilateral con su carácter oneroso.

Por otro lado, cuando se hace referencia a un contrato electrónico estamos ante un contrato conmutativo, toda vez que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Cabe señalar que cuando el oferente virtual hace su propuesta espera la respuesta del receptor, lo que lo mantiene en un estado de incertidumbre, pero cuando finalmente llega la aceptación y se perfecciona el contrato, entonces las prestaciones que surgen serán conocidas para ambas partes desde el principio.

Por otro lado, el contrato electrónico es de carácter consensual, en oposición a reales, esto es así porque en el momento de celebrarlo no se requiere la entrega física de la cosa, basta el consentimiento para que el contrato se perfeccione y produzca sus efectos jurídicos. Hay que tomar en cuenta que

⁵⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. págs. 44 y 45.

generalmente cuando se contrata por medios electrónicos se realiza la operación por correo electrónico, lo que le da un carácter de contrato entre ausentes, por lo que no es posible que en el momento se pueda hacer entrega del bien o se preste el servicio objeto del contrato, de igual manera el pago no se efectúa en ese momento, aun que sí es muy probable que la operación implique el uso de tarjetas de crédito para asegurar el cumplimiento del contrato. De cualquier forma, no hay entrega física de la cosa, lo que lo hace un contrato consensual.

De acuerdo con otro criterio de clasificación encontramos que el contrato electrónico es formal, lo que significa que se requiere de una forma para que el acto jurídico sea válido. Dada la poca certeza con que se cuenta para llevar a cabo actos jurídicos por medios electrónicos y a fin de evitar actos de mala fe, o bien, que se realice alguna manipulación del contenido consignado, para llevar a cabo dicha celebración debe cumplir con determinados requisitos de formalidad para que el acto tenga validez, con la única finalidad de que produzca de manera cierta sus efectos y tenga en un momento dado el alcance y valor probatorio que pudiera controvertirse.

En relación con esto consideramos que nuestra legislación no contempla normas suficientes para darle la formalidad necesaria a los contratos celebrados por medios electrónicos, para tal efecto se debe tomar en cuenta si se efectúan de manera inmediata, es decir en tiempo real, o si se considera un contrato entre ausentes, a través del correo electrónico. Sin embargo, en ambos casos debe regularse con mayor detalle lo concerniente a la forma, ya que esto le dará mayor certeza jurídica a este tipo de contratos y se promoverá su desarrollo.

En otro orden de ideas encontramos que el contrato electrónico es principal, ya que generalmente existe por sí mismo, es decir, tiene existencia propia y no depende de ningún otro contrato, si así fuera entonces tendría el carácter de accesorio. Debemos tener claro que actualmente la vida tecnológica no debe estar en oposición para lo que fue creada, ya que los medios electrónicos fueron

creados para facilitar las actividades que se realizan de manera común y cotidiana, o bien para aprovechar el tiempo al máximo poniendo al alcance un mundo virtual, es entonces que desde el momento en se hace una oferta debe existir por sí misma sin que se tenga que realizar ningún otro acto para darle eficacia y certeza jurídica.

Uno de los criterios de clasificación que ha provocado cierto debate en torno al contrato electrónico es el relativo a la tipicidad o atipicidad. Recordemos que un contrato nominado o típico es aquel que está instituido en las leyes, son contratos reglamentados en el Código Civil u otros ordenamientos legales, y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales. En cambio, el contrato innominado o atípico no tiene una denominación específica y no se encuentra regulado de una manera expresa y amplia, por lo que es necesario aplicarle las reglas del contrato que más se le asemeje.

En el caso del contrato electrónico hay que entender que en la mayoría de los casos se está en presencia de contratos nominados o típicos, ya que se celebran contratos de compraventa, prestación de servicios u otros que ya están concretamente regulados, la variante aquí es el medio que se utiliza para su celebración, el cual es de carácter electrónico, pero esto no lo hace un contrato atípico.

No obstante lo anterior, no se descarta la posibilidad de que se pueda celebrar un contrato electrónico atípico, es decir, con características propias y sin que se encuentra regulado de manera específica, lo cual es muy probable dadas las condiciones que se facilitan a través de la contratación electrónica.

En cuanto a esto, el Dr. Edgar Elías Azar, comenta lo siguiente: “Pues, efectivamente sucede que la vida jurídica es un constante devenir en el tiempo y en el espacio, que no puede, ni debe, sujetarse a primitivas formas de creación de obligaciones y derechos de manera limitativa a los contratos que se encuentran

regulados únicamente en la ley, puesto que la ciencia del derecho, es por naturaleza una disciplina dinámica, que debe evolucionar al mismo tiempo que se incrementan las necesidades de una sociedad, de forma tal que permitan la conservación del Estado de Derecho, que garantice la paz social, el crecimiento económico y político de una Nación, el desarrollo sociocultural, tecnológico y educativo de sus miembros, y por supuesto, que permita una interrelación jurídico-comercial entre particulares, y entre éstos y el Estado o bien entre un Estado y otro u otros, lo que implica necesariamente el nacimiento constante de nuevas figuras jurídicas que crean derechos y obligaciones entre las partes que convienen respecto de ciertos actos jurídicos, que en principio no se encuentran reguladas por el sistema jurídico en el cual habrán de desarrollarse o llevarse a cabo, pero que satisfacen un interés particular entre las partes, y que posteriormente, dada su mayor o menor repetición en el ámbito del derecho, serán incorporadas al sistema de derecho positivo, a fin de dejar atrás su característica de atipicidad para convertirse en uno más de los contratos típicos regulados por una legislación.”⁵¹

Es oportuno destacar que los comentarios anteriores se hicieron en torno al contrato electrónico, ya que el mismo admite la posibilidad de que dadas sus características y evolución pueda manifestarse de una manera atípica, con lo cual la voluntad de los contratantes se convierte en norma suprema, es decir, debe en su caso estarse en primer término a lo que las partes entendieron o quisieron contratar, siempre, por supuesto, atendiendo a la prudencia, los principios generales de derecho, la buena fe y la licitud en el objeto de los contratos.

Con lo expuesto se puede afirmar que los contratos electrónicos no cuentan con una completa regulación que favorezca su desarrollo y evolución, por lo que es conveniente hacer algunas reformas con el fin de que se tenga la normatividad apropiada que responda a las exigencias de nuestra época y condiciones actuales. Hay que tomar en consideración que día a día el mundo vive tiempos

⁵¹ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 109.

acelerados que nos vuelven más fácil y cómoda la vida en sociedad, en específico a los particulares. La tecnología produce que se acorten tiempos y distancias y que hoy podemos hablar en segundos a Alaska, Alemania, Japón o Bruselas a cualquier hora y en cualquier momento desde la comodidad de nuestro hogar, oficina, algún ciber-café, o bien en el transporte público o privado. Por lo que tal sociedad debe contar con las disposiciones legales que favorezcan esa vida y permitan una evolución acorde a nuestro tiempo.

Confirmando lo anterior, el Dr. Miguel Carbonell afirma que: “Los medios electrónicos de comunicación tienen una importancia inaudita en la actualidad. – Agrega que es importante contar con regulaciones jurídicas modernas en este campo-. La única forma de producir seguridad jurídica en esta materia es teniendo una ordenación moderna, que propicie la transparencia y asegure los intereses de todas las partes.”⁵²

Es por ello que insistimos en revisar y modificar constantemente nuestra legislación, especialmente en lo que se refiere a contratación electrónica, ya que en nuestros días prácticamente todas las actividades que se realizan tienen que ver con actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, por consiguiente, se debe contar con una normatividad apropiada y actualizada. Para tal efecto, en el capítulo siguiente se realizarán algunas propuestas sobre la materia.

⁵² CARBONELL, Miguel. Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, número 104, mayo-agosto de 2002. México. 2002. pág. 371 y 372.

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMAS, PERSPECTIVAS Y SOLUCIONES RESPECTO A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

4.1 LA CERTEZA JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

La contratación electrónica es una realidad en nuestro medio que está en constante transformación. Se están celebrando muchos contratos a través de medios que hace décadas no se conocían, lo cual es bueno porque se facilita la celebración de diversas especies de convenios y contratos entre personas que no pueden estar en el mismo lugar y momento para llegar al acuerdo, sin embargo, esto también origina algunos problemas, uno de ellos, seguramente el que más atención amerita es el relativo a la certeza jurídica en la contratación electrónica, ya que se requiere que quienes llegan a un acuerdo a través de estos medios, lo hagan en las mejores condiciones que les proporcionen confianza y seguridad.

Entre los tipos de contratos más practicados con medios electrónicos están aquellos que emplean la llamada red de internet, y destacan las compraventas de bienes y los arrendamientos de servicios. Concretamente puede decirse que dentro de las más variadas páginas “web” se encuentran una multitud de actos jurídicos que forman parte del fenómeno general de la contratación privada, es decir, existen miles de particulares que por medio de internet celebran contratos de diferentes especies, naturalmente, se realizan ofertas y aceptaciones para integrar el consentimiento de donde surgen derechos y obligaciones.

Cuando se realizan contratos a través de internet, las ofertas deben tener detalladas en la medida de lo posible las características de los productos o servicios con la indicación de sus precios, esto con el propósito de que los posibles aceptantes puedan identificar las condiciones generales de contratación y tener la certeza de que el contrato será válido y no implicará un riesgo, en donde su inversión se vea afectada.

Para tal efecto, es necesario brindar mayor seguridad jurídica a quienes utilizan los medios electrónicos para establecer acuerdos de voluntades, sin embargo, esto no siempre se logra, lo cual se está convirtiendo en un obstáculo importante que debe ser superado a través de la legislación correspondiente, que en este caso sería la civil.

En relación con esto, el tratadista Juan Carlos Menéndez comenta lo siguiente: “Un problema inicial y básico en este tipo de contratación a distancia es la seguridad que debe existir en el conocimiento de las identidades de los sujetos participantes en ella. De este hecho dependerá la constancia de la existencia de capacidad contractual de las partes, de su seriedad en la contratación, de sus datos en caso de reclamación y/o controversia judicial...”⁵³

En efecto, son varios los inconvenientes que deben resolverse para hacer de la contratación electrónica un medio apropiado y conveniente con el fin de llegar a ciertos acuerdos de voluntades. Además, como lo señala el mismo autor citado, una vez que se logran conocer los datos de los contratantes no se resuelven todas las dificultades, sino que, por el contrario, se generan otras nuevas, entre ellas destacan el correcto uso que de los datos personales de los contratantes hagan las partes que tienen conocimiento de ellos; y no sólo por parte de las personas involucradas en una previa contratación, sino también de otros sujetos que, mediante el empleo de conocimientos y medios tecnológicos

⁵³ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. El contrato vía Internet. Bosch editor. España. 2005. págs. 67 y 68.

apropiados, son capaces de violentar las posibles protecciones que rodean a los actos jurídicos y obtener unos datos que pueden ser empleados de modo fraudulento con posterioridad. Esta posibilidad repercute directamente en la desconfianza que se genera entorno a este tipo de contratación, por lo que constituye una de las causas determinantes de una no mayor difusión de la contratación a través de Internet.

Agrega el autor antes referido que: “En este sentido, Internet, en cuanto red abierta, hace posible que todos los datos vertidos sobre ella puedan ser de este modo accesibles. Esto afecta principalmente a dos aspectos fundamentales de la contratación: el pago mediante tarjeta bancaria a través de la red y la utilización por terceros indebida y no consentida de los datos personales de los sujetos.”⁵⁴

Lo anterior permite apreciar porque existe cierta desconfianza en las personas que quieren contratar por medios electrónicos, lo cual se traduce en una falta de certeza jurídica que debe corregirse, de lo contrario se estará deteniendo el progreso y la facilidad en la contratación a través de internet.

Debemos tomar en cuenta que desde los orígenes de la contratación electrónica, uno de los problemas todavía no superado satisfactoriamente es el de la determinación de la normatividad que rige el contrato, así como el fuero jurisdiccional competente para resolver un hipotético litigio entre las partes contratantes. La relevancia de ambos aspectos es un tema que debe propiciar una constante revisión en la legislación civil. A esto debe agregarse el hecho de que, efectivamente, hay inseguridad en los contratantes cuando utilizan medios electrónicos, porque no se tiene la plena certeza en la mayoría de los casos con quien se contrata.

⁵⁴ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. Op. cit. pág. 68.

También genera desconfianza el no saber con precisión si el contenido de las cláusulas no será alterado, además, el hecho de que los contratantes o terceras personas puedan obtener datos importantes de los contratantes origina un alto grado de inseguridad, de tal manera que muchas personas se abstienen de celebrar el contrato por medios electrónicos.

Por otra lado, encontramos que en la práctica los menores de edad tienen amplio acceso a los medios electrónicos, por consiguiente, existe la posibilidad de que se lleguen a celebrar contratos con quienes no tienen la capacidad legal para hacerlo, por no tener la edad suficiente ni la autorización de los padres o tutores. Se podrá argumentar en contra de esto el hecho de que en muchos casos se pide un número de tarjeta de crédito para perfeccionar el contrato, pero ello no es obstáculo para los menores de edad que saben ese número directamente por sus padres, incluso ahora los mismos bancos ofrecen que los hijos obtengan tarjetas adicionales, con lo cual se facilita la contratación electrónica con quienes no deberían estar facultados para tal efecto.

Por lo tanto, los medios electrónicos, si bien facilitan la celebración de contratos electrónicos, también representan ciertos riesgos, que a su vez provocan una falta de certeza jurídica que no ha podido ser resuelta de manera satisfactoria, prueba de ello es que varias personas prefieren no utilizar estos medios para establecer acuerdos de voluntades.

Ante esta problemática, se han buscado algunas soluciones en otros países que tienen más tiempo regulando cuestiones de contratación electrónica, la principal respuesta que han encontrado es la firma electrónica, la cual está dirigida a acompañar un documento, también en formato informático, enviado a un determinado destinatario por el procedimiento hoy común y más empleado de comunicación a través de la red, esto es, el correo electrónico. Nadie discute que el correo electrónico es un instrumento sumamente útil para llevar a cabo la

conclusión de un contrato a través de Internet, ya sea empleado directamente y de forma individual por las partes, o como instrumento utilizado dentro de la contratación a través de una página *web* o una subasta electrónica, por ello la firma electrónica ha sido el instrumento más apropiado para dar una solución a los problemas de inseguridad jurídica al celebrar un contrato electrónico.

En este sentido, Martínez Nadal sostiene que: “Una clase particular de firma electrónica que podría ofrecer seguridad, por cuanto, como es sabido, puede cumplir en principio los requisitos de autoría e integridad establecidos (en el art. 2 ap. b) del Real Decreto (y el art. 2.2 de la Directiva) para las firmas avanzadas, es la de las firmas digitales. Estas firmas son tecnológicamente específicas, pues se crean usando un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública (frente a las firmas electrónicas tecnológicamente indefinidas como hemos dicho, por cuanto incluyen cualquier método, incluido, pero no limitado, al de los sistemas de clave pública). No obstante, pese a la seguridad ofrecida por la firma digital, el RD Ley 14/1999, siguiendo en este punto a la Directiva comunitaria, regula, como hemos visto, la firma electrónica en general, y no sólo la firma digital en particular, en un intento de abarcar otras firmas electrónicas, basadas en técnicas distintas de la criptografía asimétrica (técnicas disponibles o en desarrollo que permitan cumplir algunas o todas las funciones características de las firmas manuscritas en un medio electrónico). Pero con el efecto ya mencionado de abarcar técnicas de escasa o incluso nula utilidad.”⁵⁵

Como puede apreciarse, en España se ha optado por regular la firma electrónica, y con algunas variantes la firma digital, con el propósito de que jurídicamente se pueda brindar una mayor certeza a quienes celebran contratos por medios electrónicos.

⁵⁵ MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia. “Firma electrónica”, en Comercio electrónico y protección de los consumidores. Publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo. España, 2001. pág. 168.

Sin embargo, no solamente en España, sino también en otros países se ha considerado acertado legislar en materia de “firma electrónica” precisamente con el fin de que exista seguridad jurídica en la contratación electrónica. En cuanto a esto, cabe decir que incluso en nuestro país se ha regulado lo concerniente a la firma electrónica, pero sólo en algunos aspectos, entre los que destacan el mercantil, ya que en él se ha fomentado el uso del comercio a través de los medios electrónicos, asimismo, en materia tributaria se está fomentando el empleo de firmas electrónicas.

Al respecto, el Dr. Edgar Elías Azar destaca que: “El artículo 97 de nuestro CCo. se ocupa del tema indicando que: *cuando...las partes acuerden la existencia de una firma..., se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una firma electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó el mensaje de datos.* El principio de equivalencia funcional de la forma electrónica a la escrita (documento y firma) que significa la asimilación de ambas formas en el ámbito jurídico, si bien restringida positivamente respecto de las firmas electrónicas certificadas por una Autoridad de Servicios reconocido y en igual plano lo hace el artículo 93 de nuestro CCo.: *cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de mensaje de datos, siempre que la información en el contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta.* Y en cuanto al llamado principio de ‘compatibilidad internacional’, el artículo 89 del CCo está haciendo referencia al equivalencia (sic) de los certificados emitidos por Autoridades de Certificación extranjera y que se consagra en la generalidad de las disposiciones normativas, así como en el artículo 114 de nuestro CCo, que se analiza en el tratamiento de la prueba.”⁵⁶

El autor citado aclara que la naturaleza jurídica de la materia mercantil es de carácter privado y público, de donde se advierte que el contenido contractual y

⁵⁶ ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 241.

económico promueven el uso de la firma electrónica para dar mayor seguridad a los actos jurídicos que se celebran. Así en el plano del Derecho Privado se debe resaltar la aprobación del contrato por medio de la firma electrónica. Por otro lado, las disposiciones sobre exigencias de acceso a la prestación de servicios de certificación, los deberes de *status* y las sanciones por incumplimiento pertenecen al ámbito del Derecho Administrativo, debiendo buscarse en el mismo las directrices de su aplicación. Es por ello que en materia mercantil se exigen normas de Derecho Privado y de Derecho Público para brindar certeza jurídica a los actos de comercio que se llevan a cabo, de ahí la necesidad de contar con firmas electrónicas, además de que se requiere la certificación de las mismas.

Naturalmente en materia tributaria la exigencia es mayor, habida cuenta que se pretende dar seguridad a las relaciones tributarias entre los particulares, en su carácter de contribuyentes, y el Estado a través de los órganos facultados para hacer la recaudación o imponer las sanciones que en su caso procedan. Por lo tanto, se exigen requisitos para obtener una firma electrónica que otorgue esa certeza en las relaciones de Derecho Público.

No obstante lo anterior, en materia civil no se había considerado necesario que se exigiera una firma electrónica entre contratantes, incluso hay quienes todavía piensan que si se impone y se regula este aspecto podría ocasionar una disminución en la contratación electrónica, pero ya se demostró y la práctica lo está confirmando, que realmente al no otorgarse medios que garanticen una mayor certeza jurídica, esto es lo que sí origina un descenso en materia de contratos electrónicos. Es decir, las circunstancias actuales nos llevan a creer que solamente se favorecerá el empleo de los medios electrónicos en la contratación civil cuando se exija una firma electrónica, no con el ánimo de entorpecer la celebración de contratos, sino más bien para brindar seguridad jurídica a los contratantes, quienes requieren una protección y certeza para seguir contratando. Esto será motivo de una propuesta que se hará más adelante.

4.2 LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS.

De manera tradicional se ha considerado que la libertad contractual es fundamental para que pueda celebrarse un acuerdo de voluntades, ya que si esto no existe, no habrá contrato y en lugar de ello se estará imponiendo una decisión tomada unilateralmente a otra persona, quien se somete a las condiciones que se establezcan.

Así que en la teoría general del contrato un tema importante es la autonomía de la voluntad de los contratantes, lo que conlleva precisamente a la libertad contractual, misma que no debe ser entendida de manera amplia ya que comprende algunos límites, sin los cuales habría más bien una especie de abuso por una parte y sometimiento de la otra.

En cuanto a esto, el Dr. Néstor de Buen se refiere a los límites en que puede jugar la voluntad dentro del contrato. “Ello nos autoriza para señalar que no podrá hablarse de voluntad contractual cuando esos límites hayan sido violados. Podemos entonces apuntar las siguientes notas definitivas:

a) La voluntad es libre de decidir, en un contrato, respecto de todo aquello que la ley no le prohíbe o le ordena.

b) Aun cuando no se incluyan, se entenderá que en todo contrato operan, *per se*, las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales.

c) Las cláusulas relativas a los elementos naturales de un contrato, se entienden implícitas en el mismo, salvo que expresamente se excluyan.

d) Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de los particulares.

e) Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiere pactado.

f) La cláusula penal nunca podrá exceder en valor o en cuantía a la obligación principal.

Las notas anteriores marcan los límites dentro de los que juega la voluntad contractual.”⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la libertad contractual comprende diferentes facultades específicas, a saber: para contratar; para no contratar; para determinar las condiciones del contrato; para modificar el contrato y; para dar por terminado el contrato.

Las dos primeras facultades determinan a la voluntad individual. En cambio, las tres últimas se refieren al mutuo consentimiento, es decir, aquí es donde propiamente se da el acuerdo de voluntades, pero como puede verse está precedido por una determinación individual por parte de cada uno de los contratantes.

Siguiendo al autor antes citado tenemos que por libertad para contratar se entiende la facultad del sujeto para celebrar un contrato respecto de un objeto determinado. No se producirá esa situación de libertad cuando determinados convenios no puedan celebrarse porque la ley lo prohíba. Por lo tanto, no existe esa libertad cuando un objeto cualquiera está fuera del comercio jurídico, por ejemplo, los bienes de uso común. Podría mencionarse también la hipótesis de una actividad reservada al Estado, como son, en México, la explotación de la industria petrolera y la de la industria eléctrica. En ambos casos el contrato no podría realizarse, y de ello resultaría, necesariamente, la falta de libertad para contratar.

Por otra parte, la libertad para no contratar es la facultad que tiene una persona para rechazar una determinada oferta. Se vulnera la autonomía de la

⁵⁷ DE BUEN LOZANO, Néstor. La decadencia del Contrato. Editorial Porrúa. México. 1984, pág. 220.

voluntad cuando un contrato es impuesto en contra de la voluntad, salvo que la celebración del mismo sea el resultado de un acuerdo previo, espontáneo, que se ha incumplido.

En cuanto a la libertad para determinar las condiciones del contrato. “Existe el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando las partes que celebran un contrato pueden, libremente, establecer las condiciones que estimen oportunas. Esta afirmación nos lleva a fijar dos conclusiones diferentes:

a) No habrá contrato cuando el clausulado esté determinado previamente y exista, como única posibilidad, la de aceptar o no esas condiciones inderogables.

b) No habrá contrato en los casos en que fuere imposible establecer modalidades en un acto determinado.”⁵⁸

Respecto a la facultad para modificar el contrato, ésta se deriva de la posibilidad de fijar, en un principio, las condiciones y modalidades, lo que permite también la posibilidad de modificarlas posteriormente, de común acuerdo, De esa manera, cuando se celebra un pacto, las partes están impedidas de alterar las condiciones convenidas, aun cuando lo pretendan de común acuerdo, la figura lograda no corresponderá de ninguna manera a la del contrato, ya que en ella no estará en juego la autonomía de la voluntad.

Finalmente, existe la libertad para dar por terminado el contrato cuando las partes así lo decidan o en las condiciones que previamente hubieren pactado. Si una relación perdura aun en contra de la voluntad de los contratantes, aquel vínculo habrá dejado de merecer el nombre de contrato. “Esta situación debe entenderse extendida a los casos en que el Estado prorroga indefinidamente el plazo de un determinado pacto, fundándose en una razón de orden público, ya que aun cuando subsista la posibilidad del mutuo acuerdo para dar por terminado ese vínculo, por otra parte se habrá hecho nugatorio el derecho originario de

⁵⁸ DE BUEN LOZANO, Néstor. Op. cit. pág. 222.

sujetar esa terminación a un plazo o una condición resolutoria que libremente hayan fijado las partes. En efecto, ese libre juego que presidió el pacto, que fue contractual en su origen, desaparece por la intervención del Estado...”⁵⁹

Lo expuesto pone de manifiesto que la libertad contractual existe mientras las partes interesadas se mantengan libres de presiones, para que de manera espontánea lleguen a los acuerdos que quieran. En cambio, se pierde esa libertad cuando hay una influencia ajena que impide una libre determinación o cuando las partes se ven en la necesidad de someterse a las condiciones que se le imponen en contra de su voluntad.

Aplicando lo anterior a la contratación electrónica, es evidente que dentro de ella también debe darse la libertad contractual en los diferentes aspectos que se han visto, sin embargo, por las condiciones en que se celebran los contratos electrónicos es difícil que se manifieste la libertad para modificar un pacto ya celebrado o darlo por terminado, habida cuenta que a través de los medios electrónicos lo común es que se realice el acuerdo en un solo acto, aunque éste implique diversos momentos de ejecución, pero debido a que no existe un contrato por escrito en la forma tradicional, esto conlleva la idea de celebrar el contrato electrónico y procurar su cumplimiento de manera inmediata.

Hay autores que consideran que la autonomía de la voluntad se ha constituido como el centro y base de la contratación en general, incluyendo a la contratación electrónica. “Dicha autonomía de la voluntad posibilita la flexibilización de las formas contractuales, hasta el punto que hoy se puede llegar a contratar, a través de medios como un ordenador, y reducir la aceptación a una mera pulsación del «enter»...El empleo de los medios electrónicos en la contratación puede ser determinante, no sólo como vía de enlace, sino incluso como órganos decisorios ante unos estímulos determinados. En primer lugar, las partes deben ponerse de acuerdo, previamente, en la utilización de estas

⁵⁹ DE BUEN LOZANO, Néstor. Op. cit. pág. 223.

modernas técnicas para contratar, dejando patente el alcance que el ordenador va a tener en esa contratación. Tanto en uno, como en otro caso, la formación de la voluntad ha de ser libre, y una vez formada, no hay inconveniente en que la manifieste un ordenador, o dicho de otro modo, se cumplirían todos los requisitos que nuestra legislación civil exige para la contratación, cuando dos partes, previamente puestas de acuerdo, deciden que sus futuros negocios se realicen a través de una vía informática.”⁶⁰

Un contrato electrónico es antes que otra cosa un acuerdo de voluntades, por lo mismo, está sujeto a las reglas generales aplicables a todos los acuerdos, entre las cuales están las relativas a la libertad contractual, por ello es de aceptarse que sí debe manifestarse esa libertad, incluso en los acuerdos llevados a cabo por medios electrónicos.

En cuanto a esto, Carlos Barriuso Ruíz, aun cuando se refiere a la legislación española, expone los siguientes conceptos que confirman lo antes dicho: “El contrato electrónico existirá jurídicamente desde que una o varias personas consientan en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio, entre ellas, manifestándolo por medios electrónicos e informáticos a través del concurso de la oferta y de la aceptación, artículo 1.262 C.C., con los requisitos antes apuntados y las limitaciones legales, morales y de orden público, obligando no solo a lo pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, la ley, a los derechos constitucionales inherentes a la persona, utilidad pública y demás límites en interés social (medio ambiente) y general (solidaridad), utilidad pública, etc. (art. 7 y 1.258 del C.C.; y art. 33. 3.y 10 C. E.)... El principio de la buena fe, en toda relación jurídica fruto del consentimiento de las partes, se traduce en la protección de la confianza, principio básico en la relación contractual y en especial en la contratación electrónica, basada en la confianza y comportamiento honrado. La

⁶⁰ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. De la contratación electrónica. Editorial Civitas. España. 2001. pág. 6.

buena fe subjetiva definida como creencia o situación psicológica no es relevante... Así el acuerdo de voluntades libres de contratantes capaces, consintiendo sin error, violencia, intimidación o dolo, sobre cualquier cosa y servicio, que no esté fuera del comercio de los hombres, ni de las leyes y buenas costumbres y tenga una causa lícita, puede ser susceptible de tratamiento por medios electrónicos, informáticos y telemáticos; aunque difiera de los soportes, medios, formas y maneras habituales.”⁶¹

En consecuencia, el contrato electrónico es un “acuerdo de voluntades libres”, en donde por las características que giran alrededor de él debe prevalecer la buena fe y la confianza, toda vez que los contratantes generalmente no se conocen y es probable que no lleguen a tener un trato físico, no obstante, nada impide que en ejercicio de su libertad contractual puedan establecer acuerdos a través de los medios electrónicos.

Así que, es indudable que en la contratación electrónica impera el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo, debemos tener presente que esa voluntad se expresará de un modo distinto según los medios electrónicos que se utilicen en cada contrato en particular; recordemos que puede perfeccionarse el pacto por medio del “chat”, la videoconferencia o el correo electrónico. Independientemente del medio específico empleado debe existir la libertad contractual desde el primer momento para que los interesados manifiesten si están de acuerdo en contratar y bajo que condiciones.

Respecto a esto último, se ha dicho que: “Por tratarse de negocios normalmente estandarizados en los que no se debaten los aspectos contractuales, habrá que prestar atención al régimen de las condiciones generales de la contratación. A este respecto cabe indicar que la Ley 7/1998, de 13 de abril,

⁶¹ BARRIUSO RUÍZ, Carlos. La contratación electrónica. Editorial Dykinson. España. 2002. págs. 113 y 114.

sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), ha contemplado en su art. 5.3 el problema. Según lo dispuesto en el mencionado apartado, en los casos de contratación electrónica «será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto — continúa el precepto—, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». La no observancia de estas exigencias producirá el efecto de considerar las condiciones generales como no incluidas en el contrato. En espera del desarrollo reglamentario del precepto, habrá que entender que la aceptación de las distintas cláusulas contractuales constituye un requisito de efectividad ineludible. El reenvío a clausulados que no se faciliten al destinatario, ya sea en forma impresa, ya sea en la propia pantalla, constituirá un supuesto de nulidad de las mencionadas condiciones.”⁶²

Es evidente que el principio de autonomía de la voluntad comprende la idea de respetar la libertad contractual, lo que a su vez se traduce en el reconocimiento a las partes de realizar los acuerdos respecto de la tecnología a seguir en su contrato. Asimismo, los contratantes tienen la libertad de establecer algunos límites a su voluntad en la medida que son ellos quienes deciden hasta donde quieren obligarse y cuáles son las condiciones a las que habrá de sujetarse el contrato. Solamente cuando se da el engaño u otros vicios en el consentimiento, que atenten contra la libertad contractual se podrá pedir la nulidad del contrato.

Esto ha sido reconocido aun en el ámbito internacional, toda vez que el hecho de utilizar medios electrónicos no excluye la posibilidad de que las partes hagan valer su libertad para contratar. Al respecto, el artículo 4.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico (LMCUCÉ), establece: “<Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes

⁶² FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel. “Régimen jurídico de la contratación en la red”, en Comercio electrónico en internet. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España. 2001. pág. 271.

que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del Capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo>. Ha de recordarse que el Capítulo III de la Ley Modelo citado por el precepto transcrito se refiere a las relaciones contractuales surgidas entre quienes contratan electrónicamente. En ese contexto, pues, la libertad negocial queda reconocida y en su virtud y uso, las partes podrán convenir los efectos entre ellas de un modo distinto a como se prevén por la LMCUCE. Ésta queda reducida al valor de norma supletoria cuya aplicación se producirá únicamente en caso de que los contratantes no hayan decidido su exclusión y sustitución por otras reglas distintas o de propia creación más útiles a los fines comúnmente perseguidos por ellos. El soporte electrónico, en consecuencia, no excluye la libertad de pacto en un mayor grado o medida en que se excluye en la contratación verbal o manual.”⁶³

En la contratación electrónica las partes involucradas no son solamente del mismo país, sino con frecuencia se contrata con personas ubicadas geográficamente en distintos países. Esto no impide que se lleve a cabo el acuerdo, ni mucho menos que deje de respetarse el principio de la autonomía de la voluntad. Esto es así debido al carácter global de Internet, en donde se utiliza este medio porque se consigue aumentar el número de posibles aceptantes cuando se hace la oferta, lo que a su vez genera, en favor del hipotético futuro aceptante, la posibilidad de llevar a cabo un estudio comparativo entre las diferentes ofertas que existen respecto de aquello que él desea pactar, para tal efecto, recurre a los “buscadores” de internet para elegir la opción que le parezca más conveniente de acuerdo a sus fines. En todo esto las partes ejercen su libertad contractual, la que les permite, incluso, llegar a un acuerdo con personas que se encuentran en países diferentes.

En el contexto referido, una vez que el aceptante decide con quien establecerá un acuerdo de voluntades, tendrá solamente que seguir los pasos

⁶³ POZO ARRANZ, Ma. A. et. al. Los contratos electrónicos e informáticos. Editorial Comares, Tercera edición. España. 2002. pág. 57.

que la propia página de internet le indica para concluir el contrato. Por lo general, éstos consisten en pulsar “enter” en los distintos iconos que conducen al acuerdo que se concreta. En este proceso es importante que ambos contratantes se cercioren de los datos de identificación de su contraparte, como son el nombre y apellidos, domicilio, dirección de correo electrónico, etc., así como las condiciones bajo las cuales se realiza el contrato electrónico. Finalmente, se pulsará el icono correspondiente al envío de los datos y a la aceptación que se acuerda, con lo cual se da por concluido el contrato. Naturalmente, puede haber algunas variantes en este proceso, sin embargo, en todo caso habrá de respetarse la libertad contractual, ya que sin ella realmente no habrá contrato electrónico.

4.3 EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

El uso de internet se ha incrementado considerablemente en los últimos años, por consiguiente, también ha aumentado el empleo de los medios electrónicos para diferentes fines, entre ellos los de contratación electrónica. Así que podemos decir en principio que existe una evolución importante en la celebración de acuerdos de voluntades a través de los medios electrónicos, por ello, algunos países están regulando de manera más amplia esta materia.

Sin embargo, se han presentado también algunos problemas que están repercutiendo en la forma de concertar este tipo de acuerdos, de tal manera que las expectativas que se tenían al respecto están disminuyendo, es decir, ha menguado la contratación electrónica. Esto significa que si bien existe un número considerable de contratos realizados a través de medios electrónicos, también es cierto que ya no se celebra el número de contratos electrónicos como se esperaba, precisamente por los problemas que se han presentado con ellos.

Algunos de esos problemas son los fraudes que han cometido varias personas, ya que engañan en cuanto a las condiciones estipuladas en el

contrato, o bien, no cumplen con lo pactado, incluso cuando obtienen un número de tarjeta de crédito es para darle un fin diverso al acuerdo inicial establecido.

Otro de los problemas es que se ha generado mucha desconfianza alrededor de los contratos electrónicos, en virtud de que no se ha regulado lo suficiente para brindar certeza jurídica a los contratantes, ya que se han visto involucrados en conflictos cuando no se ha podido determinar con quién se pactó, o cuál fue el contenido real del acuerdo, habida cuenta que por su naturaleza y características es fácil manipular los datos o desconocer la identidad de una de las partes.

Asimismo, han surgido algunas ideas equivocadas entorno del contrato electrónico. Al respecto, Juan Carlos Menéndez precisa: “En teoría, la contratación a través de Internet debería facilitar la reducción de los precios de los productos y servicios ofrecidos por este medio, ya que el coste final es menor debido, sobre todo, a la falta de necesidad de empleo de intermediarios comerciales en los nuevos mercados electrónicos. Aunque al mismo tiempo ha de señalarse la aparición e Incorporación de nuevos Intermediarios distintos a los tradicionales, en Infraestructuras específicas dentro de Internet, como sucede por ejemplo en el campo de la publicidad.”⁶⁴

La presencia de estos “nuevos intermediarios” está ocasionando algunas dificultades; por un lado, obstaculiza la libre concertación en materia electrónica o la condiciona, lo que repercute en una disminución en cuanto a la contratación a través de los medios electrónicos, por otro lado, los precios se incrementan provocando que una de las ventajas en esta forma de contratar prácticamente quede eliminada.

⁶⁴ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. Op. cit. pág. 54.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de reconocer que la contratación electrónica se sigue manifestando, quizá no con los números que se esperaban de acuerdo a su evolución, pero es una realidad de nuestro tiempo, y en virtud de los beneficios que implica es conveniente que a través de una regulación apropiada se resuelvan los problemas antes mencionados, procurando principalmente que exista certeza jurídica para que los interesados en utilizar los medios electrónicos para contratar tengan nuevamente la confianza para hacerlo.

Para justificar la necesidad de que se regule mejor lo relativo a los contratos electrónicos, con el fin de dar mayor certeza jurídica a las partes, conviene enfatizar algunos de los beneficios de este tipo de acuerdos. Para tal efecto, seguiremos al tratadista Juan Carlos Menéndez, quien expone, entre otras, las siguientes razones.

Uno de los principales logros del uso de Internet es la rapidez de acceso a un innumerable número de informaciones, entre las que se encuentran, obviamente, las de carácter contractual. Los beneficios que reportan los instrumentos o motores de búsqueda, accesibles de forma gratuita en la red, convierten a Internet en el principal medio de comunicación de la denominada «sociedad de la información».

La información accesible de este modo, abarca todo el fenómeno de la contratación privada. Es decir, se darán cita informaciones precontractuales y contractuales, con referencia al contenido obligatorio generado para las partes con la conclusión del contrato.

Íntimamente vinculado a los anteriores beneficios del empleo de Internet, se encuentra el hecho de que su uso permite en la práctica la superación del factor geográfico, entendido éste como un obstáculo a la contratación. Con esto se pretende realizar contratos de forma sencilla y rápida entre partes situadas en

distintos lugares, que no se hallan físicamente presentes, tanto a nivel local, nacional o internacional.

De este modo, gracias a la utilización de este medio de comunicación se logra una auténtica «globalización contractual» que no había sido alcanzada mediante el empleo de otros instrumentos de comunicación a distancia, como pueden serlo el fax o el télex.

No solamente se ve superado el factor geográfico mediante el empleo de Internet, sino que también se consigue vencer, gracias al permanente funcionamiento de programas informáticos de contratación incorporados a las páginas *web*, la barrera derivada de la existencia de horarios fijos que impiden muchas veces el contacto entre los contratantes. Por lo tanto, es posible que a cualquier hora se celebre un contrato electrónico.

Otra ventaja que aporta Internet es la posibilidad de que un gran número de personas dotadas de algún tipo de discapacidad, así como las cada vez más numerosas personas de edad avanzada, puedan acceder al conjunto de Informaciones y servicios que ofrece este nuevo medio de comunicación, que de otro modo no obtendrían.

A pesar de los anteriores beneficios, subsiste la inseguridad que sienten los contratantes al momento de efectuar el pago del bien o servicio adquirido mediante medios electrónicos a través de la propia red. Puede decirse que este es uno de los aspectos que más desconfianza genera al contratar a través de esos medios, así como el uso indebido que se le dé a la información que se obtiene de los contratantes. Por esta razón, se trata de acudir a distintas vías para proteger los datos confidenciales de las partes relativos a sus tarjetas de crédito o débito, y que son comunicados, en principio, también a través de Internet.⁶⁵

⁶⁵ Cfr. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. Op. cit. págs. 56 a 70.

En consecuencia, es necesario otorgar mayor seguridad a los contratantes que emplean medios electrónicos, para seguir fomentando el uso de estos recursos al momento de celebrar contratos, ya que, efectivamente, son varios los beneficios que se obtienen, pero es indispensable eliminar en la medida de lo posible los riesgos y desventajas que han originado la desconfianza y disminución de la contratación electrónica.

Por otro lado, algunos cuestionan; ¿con quien se realiza el contrato electrónico, con la máquina o con el dueño? La opinión dominante es la de atribuir las acciones que realiza una maquina a la persona que la programa para que ejecute una rutina particular. Por lo tanto, especial cuidado deberán tener aquellos que programen las funciones de las páginas web, principalmente en cuanto a la oferta y la aceptación de un contrato electrónico, las cuales deben reflejar una intención real y específica.

En este sentido, Adriana Arango considera en primer término que internet es una red de público acceso con muy pocas limitaciones geográficas, de alta conectividad que no requiere estándares o compatibilidades específicas. Debido a su carácter de público acceso permite que sea alcanzado por la mayoría de los potenciales socios de negocios y contratantes. Además, sostiene que los “agentes electrónicos” son elementos fundamentales para la contratación, por ello, a éstos corresponde el éxito en las actividades contractuales y no a la máquina, toda vez que ella es solamente un instrumento para que se perfeccione un contrato electrónico, pero de ninguna manera puede sustituir a las personas que manifiestan su voluntad, con toda la libertad posible para lograr sus fines.

La autora mencionada precisa que para manifestar su consentimiento, la persona o el agente electrónico deberá:

- “(i) Tener conocimiento y poder revisar el archivo;
- (ii) Tener la oportunidad de rechazar y comprometerlo;

(iii) Cuando se comprometa, saber bajo que circunstancias, condiciones y términos lo está haciendo.”⁶⁶

Lo anterior significa que las personas que utilizan medios electrónicos para contratar deberán ser muy cuidadosas para evitar confusiones o problemas de incumplimiento del contrato, además, en ejercicio de su libertad contractual deben saber con quién establecen el acuerdo de voluntades y bajo que circunstancias. Si esto no se logra, entonces persistirán los problemas anteriormente aludidos y como resultado tendremos que disminuirá el número de contratos electrónicos que se celebren.

Lo ideal es que dentro de la evolución en el uso de los medios electrónicos, exista también un avance apropiado y bien regulado en materia de contratación privada a través de esos medios. Esto es posible lograrlo si se cuenta con la normatividad necesaria, que esté en constante transformación ya que el empleo de las modernas tecnologías cambia de manera vertiginosa, por lo que es preciso actualizar las normas que se refieran, en este caso a los contratos electrónicos.

Sobre todo, se debe tener en cuenta que el progreso de los medios electrónicos no se circunscribe a un determinado lugar, sino que a nivel internacional encontramos grandes avances que se deben canalizar adecuadamente, para ello hay que contar también con la legislación apropiada.

La tratadista Andrea Viviana Sarra, sostiene que en las últimas décadas se ha dado un incremento en el uso de los medios electrónicos, lo que ha conducido a reconfigurar el comercio mundial en virtud de su globalización. Lo mismo ocurre con las transacciones y las comunicaciones privadas y con la organización de los servicios públicos y de la justicia. Las empresas utilizan métodos de colaboración

⁶⁶ ARANGO RUEDA, Adriana. “Aproximación a la formación de contratos en internet”, en Comercio Electrónico. Legis editores. Colombia. 2005. pág. 61.

laboral mediante redes que enlazan todo el planeta, rediseñan sus organizaciones y generan configuraciones virtuales, buscan nuevos canales de distribución de productos y servicios o analizan las posibilidades del entorno de redes abiertas para crear nuevos procedimientos de *marketing*. Los particulares, por su parte, se comunican cada vez con mayor habitualidad por correo electrónico y los Estados comienzan a utilizar estas redes para facilitar las declaraciones de impuestos, el intercambio de formularios, las consultas remotas de expedientes administrativos o judiciales, etcétera.

La autora mencionada señala que: “Todos estos desarrollos, de cara a la denominada sociedad globalizada, han tropezado con el obstáculo de la inseguridad característica del entorno de redes abiertas que se manifiesta de varias maneras, por ejemplo, mediante la interceptación y manipulación de mensajes, la comisión de fraudes con distintas modalidades o la denegación de validez de la instrumentación digital de los actos jurídicos, entre otros...En la problemática de la instrumentación de los actos jurídicos mediante la utilización de las nuevas tecnologías digitales, surgen dos cuestiones que deben ser analizadas con carácter preliminar y que tienen que ver con la difundida denominación de ‘documentos electrónicos’. Con relación a ello se destacan dos aspectos fundamentales:

a) Por una parte, se denomina como ‘documento’ a la entidad jurídica que constituye un ‘instrumento’. Esta última noción conlleva una entidad jurídica implícita, mientras que un documento la lleva si se le adosa el término ‘jurídico’.

b) Por otra parte, el término ‘electrónico’ no avala la noción que se intenta transmitir del modo en que lo hace el término ‘digital’. Generalmente, ambas expresiones suelen mencionarse indistintamente. En realidad, según interpretación estrictamente tecnológica, el término ‘electrónico’ hace referencia al dispositivo en el que está almacenado el instrumento o por medio del cual fue confeccionado. El vocablo ‘digital’, en cambio, además de su definición

estrictamente tecnológica, tiene una connotación diferente a la que aquí apelamos, puesto que implica ‘ausencia de tangibilidad’.”⁶⁷

Con lo anterior queda claro que los medios electrónicos están evolucionando de manera constante y su empleo se ha diversificado, ya que los mismos Estados los utilizan para facilitar los trámites administrativos y declaraciones de impuestos. Asimismo, las empresas recurren a las modernas tecnologías para obtener mejores resultados en sus diferentes operaciones económicas y jurídicas. En el mismo sentido, los particulares han recurrido a dichos medios para celebrar diversos actos jurídicos, entre ellos los contratos electrónicos, pero todo esto ha originado los problemas que ya mencionábamos, de los cuales destaca el de falta de certeza jurídica. Ante esto, se están implementando algunas normas, por ejemplo, para regular lo concerniente a la firma y al documento electrónico, en virtud de que en la forma tradicional lo que desde hace mucho tiempo ha dado seguridad a los diferentes negocios y actos celebrados es la presencia de un documento, acompañado de las firmas que permiten identificar a sus autores o personas que mediante él se están obligando a pagar o realizar algo.

Así que, el “documento electrónico” y la “firma electrónica” son elementos que se presentan en la actualidad como una solución importante, en el empleo de los medios derivados de las tecnologías que agilizan la comunicación y la celebración de actos jurídicos. Cabe señalar desde ahora que tiene especial trascendencia la “firma electrónica”, ya que ella lleva implícita la existencia de un documento en donde se encuentra contenida. En virtud de que dicha “firma” es parte de la propuesta que haremos enseguida, reservamos algunos comentarios para expresarlos en su oportunidad.

⁶⁷ VIVIANA SARRA, Andrea. Comercio electrónico y derecho. Editorial Astrea. Argentina. 2001. págs. 345 y 346.

4.4 SOLUCIONES QUE SE PROPONEN.

Es innegable la importancia y utilidad que tienen los medios electrónicos, especialmente para concretar ciertos actos jurídicos, entre ellos están los contratos que celebran los particulares en ejercicio de su voluntad libre y espontánea. Sin embargo, ya hemos visto que actualmente se ha acentuado la desconfianza al utilizar esos medios, porque no se ha generado la suficiente certeza jurídica que promueva y facilite este tipo de acuerdos.

Cabe precisar que la contratación electrónica requiere articular una serie de mecanismos técnicos que garanticen: 1) la identidad del emisor de un mensaje, por ejemplo, cuando se hace la oferta o la aceptación contractual; 2) que el mensaje no sea alterado, esto es, que el contenido del contrato no se manipule y 3) que no quepa el repudio del mensaje, es decir, la negación por el emisor de que lo ha enviado (repudio en origen), o por el destinatario de que lo ha recibido (repudio en destino).

En la forma tradicional de celebrar contratos, los aspectos anteriores se resuelven gracias a la existencia de un documento que contiene la firma manuscrita. Esto es así porque en esos documentos la firma identifica a las personas, proporciona certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto de la firma y vincula a esa persona con el contenido del documento.

Para obtener los mismos resultados en la contratación electrónica se requiere también el empleo de una “firma”, la cual, naturalmente, no puede manifestarse de manera manuscrita dada la naturaleza del medio que se utiliza, entonces se recurre a una “firma electrónica”.

Desde hace varios años algunos países empezaron a regular esta especie de firma, entre ellos España. Al respecto, Ángel García Vidal comenta: “Entrando ya en el análisis de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 14/1999 (en adelante RDLFE) cabe preguntarse qué concepto de firma electrónica adopta la normativa española. El art. 2 del citado texto señala en su letra a) que «firma electrónica» «es el conjunto de datos, en forma electrónica, ajenos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge». Dentro de este concepto genérico, la letra b) distingue la firma electrónica avanzada, que se define como «la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo, y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos». Por lo tanto, una firma electrónica será o no avanzada según se pueda detectar o no el cambio del contenido del mensaje.”⁶⁸

El autor citado explica que para el uso de una “firma electrónica” se utiliza el sistema de criptografía asimétrica, mediante el cual cada sujeto de la comunicación dispone de dos claves: una privada, que sólo él conoce, y otra pública. Así, quien quiera mandar un mensaje empleando el sistema de claves asimétricas deberá generar las claves mediante un programa informático específico, conservando la privada y comunicando la pública.

Para tal efecto, después de haber redactado el documento que quiera enviar deberá incluir ciertos datos encriptados utilizando su clave privada (de la misma forma que el autor de un documento tradicional incluye su firma manuscrita en el

⁶⁸ GARCÍA VIDAL, Ángel. “La regulación jurídica de la firma electrónica”, en Comercio electrónico en internet. Op. cit. pág. 358.

documento mismo). De ello resulta un código informático, que es en realidad la firma electrónica. Después envía el documento así firmado.

En este sistema, la clave pública y la privada están matemáticamente relacionadas, de modo que sólo se puede verificar la firma con la clave pública correspondiente a la clave privada utilizada para firmar. Por otra parte, la firma está en función de la clave privada y del contenido del documento. Por ello basta con que una sola letra del texto haya sido modificada para que la firma no sea válidamente verificada por la clave pública.⁶⁹

Para una mayor comprensión de lo anterior, cabe señalar que el vocablo criptografía viene del griego *kryptos*, que significa oculto y *graphos*, escritura. Se trata entonces de un sistema que comprende una especie de escritura oculta. Por lo tanto, la criptografía procura dar seguridad en la transmisión de la información por medios electrónicos a través de un proceso matemático, el cual generalmente funciona con dos claves, la pública y la privada, lo que permite que se pueda enviar un mensaje que exclusivamente pueda ser leído por la persona autorizada para ello, mediante el empleo de la clave pública, misma que deberá conocer para tener acceso al mensaje, no así la clave privada, ya que ésta solamente es del conocimiento del emisor del mensaje, y es precisamente la que se identifica, estrictamente hablando, con la “firma electrónica” que sirve para dar certeza a los actos jurídicos.

Para tener certeza de que el contenido de un “documento electrónico” no ha variado y de que proviene de la contraparte correcta, es importante verificar que sea el titular de la clave privada vinculada a la pública quien encriptó el documento. Para ello, sólo el autor del documento, quien tiene la clave privada y la pública, podrá proporcionar ésta última a quien quiera, por ejemplo, a la otra parte con quien va a celebrar el contrato, para que pueda decodificar

⁶⁹ Cfr. GARCÍA VIDAL, Ángel. Op. cit. pág. 359.

dicho documento y leerlo. La clave privada no debe proporcionarse a nadie más, ya que representa la “firma electrónica” que sólo debe conocer su titular.

La forma de regular la firma electrónica puede tener algunas variantes, pero en todo caso la finalidad será siempre la misma, a saber: brindar certeza jurídica en los diferentes actos que se celebren por medios electrónicos, entre los cuales destacan los contratos. Si esto se logra se estará promoviendo el uso de esos medios en la contratación privada.

La profesora Andrea Viviana considera que en términos generales, la firma tiene, entre otros, los siguientes propósitos:

a) *Consentimiento*. La firma expresa el consentimiento sobre lo escrito o la intención de asignarle efectos jurídicos.

b) *Solemnidad*. El hecho de firmar un documento llama a la reflexión al firmante respecto del significado jurídico del acto que realiza y, en consecuencia, esta solemnidad tiende a evitar la asunción de compromisos de manera inconsciente.

c) *Prueba*. Una firma hace auténtico el cuerpo de escritura que le precede al identificar a su signatario. Cuando el signatario coloca al pie de un documento un rasgo distintivo que lo caracteriza, la escritura es atribuible a él.

d) *Forma*. En ocasiones, la firma determina la validez de los actos jurídicos que se celebran.

Una firma electrónica cumple con los anteriores propósitos, con la diferencia de que se expresa de manera distinta, lo cual se debe al resultado de la realización de un proceso matemático realizado con soporte tecnológico. Como puede observarse, la firma electrónica está comenzando a ser utilizada en muchos países del mundo. La práctica demuestra que éste es un medio seguro y poco costoso de autenticar mensajes y asegurar su integridad y confidencialidad. Ello prueba que puede reemplazar de modo confiable a la firma

ológrafo y generar así un entorno favorable para la promoción del contrato electrónico.

Agrega la autora antes mencionada que: “Por el momento, uno de los métodos más seguros de firmar digitalmente instrumentos es el de la criptografía de clave pública, denominada usualmente firma digital. En los países que cuentan con legislaciones sobre la materia, ésta tiene una amplia gama de aplicaciones, algunas de las cuales enumeramos a continuación.

a) Comunicaciones oficiales: por ejemplo, para llamados a licitaciones públicas, declaración de impuestos o transmisión de documentos con implicancias jurídicas.

b) Relaciones contractuales en redes informáticas abiertas: por ejemplo, transacciones financieras o compraventa por medios digitales.

c) Identificación y autorización: por ejemplo, autorización para conectarse a un determinado sistema de computadoras o identificación de servidores.

d) Utilización dentro de sistemas o redes cerradas: por ejemplo, Intranets.

e) Utilización con propósitos personales.”⁷⁰

En consecuencia, la firma electrónica ha sido considerada en varios países como una solución ante el problema de inseguridad jurídica para la contratación privada. Asimismo, desde el punto de vista doctrinal la mayoría de autores sostiene que esta especie de firma cumple los mismos fines que la firma ológrafo, por lo tanto, debe producir los efectos jurídicos que se derivan de su empleo, es decir, sirve para dar validez a cualquier acto jurídico en que se le utilice.

Entre los autores que se expresan a favor de este tipo de firma está Juan Carlos Menéndez, quien dice: “En definitiva, resulta evidente que no se tendrá la

⁷⁰ VIVIANA SARRA, Andrea. Op. cit. pág. 390.

misma seguridad jurídica al respecto que existe en una contratación entre partes físicamente presentes. Esta desventaja puede ser solventada en un futuro si se generaliza el uso obligatorio en toda contratación en la red de un documento electrónico de identidad seguro -que serviría de forma semejante al actual documento nacional de identidad realizado en papel-; o al menos se exija el empleo para la conclusión del contrato de una firma electrónica de unas características particulares de seguridad, que permitiese la perfecta identificación de aquellos sujetos dotados de capacidad contractual.

Las características de este tipo de firma electrónica serían las siguientes:

1.^a Para su obtención se podría requerir la capacidad general para contratar (ser mayor de 18 años y no hallarse incapacitado).

2.^a El coste de su obtención debería ser nulo o al menos de reducido valor, precisamente para no desincentivar la participación masiva del público en este tipo de contratación.

3.^a Habría de poseer un carácter internacional, pues de otro modo perjudicaría a los profesionales nacionales y no conseguiría cumplir con su finalidad última.

4.^a Se trataría de una firma electrónica avanzada reconocida; es decir, se compondría de dos claves asimétricas: una privada y otra pública, y vendría acompañada de un certificado reconocido mediante el cual se acredita fehacientemente que la clave pública se corresponde con la identidad del titular de la firma o firmante...En cuanto a su funcionamiento -aplicado a la formación de un contrato desde una página *web*- seguiría el siguiente esquema. Toda la etapa previa al nacimiento del contrato continuaría funcionando del mismo modo a como ahora lo hace (es decir, acceso libre a la *web*, visión del catálogo de los productos, etc.), salvo para aquellos servicios que por su contenido se requiera ser mayor de 18 años. En estos últimos casos, habría que firmar electrónicamente la solicitud de acceso a la propia página *web*, del siguiente modo: el solicitante rellenaría sus datos personales (nombre, domicilio, dirección de correo electrónico, edad, etc.) en la solicitud, y además, en un apartado específico para ello denominado anexo, sello o firma, incorporaría su clave privada. De esta

forma, sólo ese sello o anexo de la solicitud quedaría encriptado, codificado o cifrado, pues los restantes datos de la solicitud deben ir sin cifrar (como sucede ahora con cualquier hoja de pedido).”⁷¹

Considero acertado el planteamiento anterior toda vez que, efectivamente, solamente se podrá dar mayor certeza jurídica a los contratos electrónicos cuando éstos puedan ser plenamente identificados en un “documento” que contenga la “firma electrónica” de las partes que en él intervienen.

Cabe señalar que en nuestro país ya se ha regulado de manera parcial el uso de la firma electrónica, según lo hace notar el Dr. Edgar Elías Azar, quien precisa que en los artículos 96 al 113 del Código de Comercio existe una regulación al respecto, no así en el caso del Código Civil. Agrega que: “Los ‘Datos de Creación de firma electrónica’, que ‘son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante’ (programa informático de generación de los caracteres o combinación de ellos, que se utilizarán para identificar a los contratantes, de manera exclusiva y que podrá insertarse en el sistema generalizado de cifrado de ‘clave pública o de base asimétrica, integrado por una clave privada y otra pública’ o con arreglo a otro mecanismo de determinación técnica, como sucedería con las referencias a los ‘códigos’).”⁷²

Como puede apreciarse México no se ha mantenido ajeno a los avances que se están dando en cuanto al empleo de los medios electrónicos, sin embargo, la regulación que se ha hecho se concreta básicamente a la materia mercantil, por lo que hace falta ampliar la regulación dentro de la legislación civil, para que los contratos electrónicos puedan celebrarse con la debida certeza jurídica que permita promover y facilitar la contratación privada.

⁷¹ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. Op. cit. págs. 246 y 247.

⁷² ELÍAS AZAR, Edgar. Op. cit. pág. 244.

En consecuencia, se propone que en el Código Civil Federal se adicionen algunos artículos con el fin de regular de manera específica lo relativo a la firma electrónica en los contratos que se celebren entre particulares, con el fin de que lo hagan con la certeza jurídica de que sus acuerdos de voluntades producirán plenamente sus efectos.

Concretamente los artículos que se proponen son los siguientes:

"Artículo 1834 TER. Las personas que celebren contratos por medios electrónicos deberán hacerlo a través de una firma electrónica que obtendrán gratuitamente por medio de la autoridad competente encargada de expedir este tipo de firmas. Sin la firma electrónica el contrato no tendrá validez."

"Artículo 1834 CUATER. Cuando los contratos celebrados por medios electrónicos comprendan cantidades superiores a treinta mil pesos, o cuando se celebren por cualquiera de los contratantes, o por ambos, ya sea entre sí o con personas distintas y de manera reiterada, aún cuando sea en cantidades inferiores a la mencionada, será necesario que lo hagan a través de una firma electrónica que deberá contar con la certificación de un notario. Asimismo, se exigirá dicha firma certificada por notario tratándose de un bien inmueble cuyo valor exceda de 365 veces el salario mínimo general vigente, independientemente de la naturaleza del acto jurídico de que se trate."

"Artículo 1839 BIS. En los contratos celebrados por medios electrónicos se procurará la mayor equidad entre los contratantes, quienes gozarán de la libertad necesaria para estipular las cláusulas que estimen convenientes. Cuando se trate de un contrato electrónico de adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que afecten al contratante que se adhiera."

En los dos primeros artículos que se proponen, ubicados en el capítulo relativo a la forma dentro del Código Civil Federal, destaca el hecho de que para celebrar un contrato electrónico se requiere de una "firma electrónica", la cual se

obtendrá de manera fácil y gratuita, de lo contrario se entorpecería la contratación por estos medios. Para tal efecto será necesario llenar una solicitud con los datos personales, entre los que destacarán: el nombre completo, domicilio, edad (ya que sólo se deberá expedir a los mayores de 18 años), número de CURP, ocupación y correo electrónico.

Considero que la autoridad competente para expedir la firma electrónica será la Secretaría de Gobernación por ser la que generalmente lleva un control de identidad de las personas, además, porque la firma electrónica deberá comprender una clave pública que dará dicha Secretaría y una clave privada que de manera confidencial y exclusiva usará la persona que obtenga su firma.

Ahora bien, si los contratantes utilizan constantemente los medios electrónicos o celebran contratos por cantidades mayores a los treinta mil pesos, estimo necesario que su firma electrónica sea certificada por un notario público para darle mayor certeza jurídica al contrato, lo mismo se requerirá cuando se celebren actos jurídicos relacionados con bienes inmuebles, siempre que su valor exceda de 365 veces el salario mínimo general vigente.

Por último, en virtud de que la contratación electrónica comprende a personas que expresan su voluntad, es necesario que lo hagan de manera libre y espontánea, es decir, debe existir la libertad contractual, para ello se requiere un trato equitativo, el cual podría romperse en los casos de contratos de adhesión, mismos que son comunes es este tipo de acuerdos, por ello considero necesario el último artículo propuesto para que en caso de inequidad se anulen las cláusulas que afecten al contratante que se adhiere, ya que esto en la práctica está originando desconfianza en algunas personas.

Así que con la propuesta realizada se pretende ante todo otorgar certeza jurídica a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, para que se facilite y promueva el uso de dichos medios en la contratación privada.

Naturalmente esto implica armonizar nuestro Derecho interno con la normatividad internacional que se vaya expidiendo, porque la propuesta que se hace es solamente a nivel nacional, pero no ignoramos que existen contratos electrónicos celebrados entre personas de diferentes países, sin embargo, esto requiere de una normatividad específica que está fuera de los objetivos de esta investigación que se ha centrado en el Código Civil Federal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el año de 1999 se presentaron algunas iniciativas que se aprobaron en el 2000, para reformar varios ordenamientos legales, entre ellos el Código Civil Federal, con el fin de reconocer la contratación por vía electrónica, para que los actos así celebrados sean igualmente válidos que aquellos perfeccionados por medio del papel. Para la elaboración de las iniciativas se tomó como base jurídica la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

SEGUNDA.- Con motivo de la reforma del año 2000, la contratación por medios electrónicos se ha incrementado considerablemente, en virtud de que facilita el acuerdo de voluntades entre ausentes. Se entiende que la contratación electrónica es el procedimiento que se sigue para que dos o más personas se pongan de acuerdo sobre los derechos y obligaciones que cada una de ellas adquiere, utilizando para tal efecto algunos medios de reciente tecnología, como los derivados de ordenadores y el uso de internet.

TERCERA.- Uno de los principales logros del uso de internet es la rapidez de acceso a un innumerable número de informaciones, entre las que se encuentran las de carácter contractual. Los beneficios que reportan los instrumentos o medios de búsqueda, accesibles de forma gratuita en la red, convierten a internet en el principal medio de comunicación de la denominada sociedad de la información. La información accesible de este modo, abarca todo el fenómeno de la contratación privada, es decir, se dan cita informaciones precontractuales y contractuales, con referencia al

contenido obligacional generado para las partes con la conclusión del contrato.

CUARTA.- Los contratos electrónicos, pueden definirse como acuerdos de voluntades que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. El contrato tradicional suele ser identificado con el documento en el que quedan asentados los datos generales de los contratantes, sus derechos y obligaciones. En los contratos electrónicos esto no siempre sucede, depende concretamente de la forma a través de la cual se perfecciona el contrato, sin embargo, es posible que sí se genere un “documento digital”, el cual se obtiene por medios electrónicos, en donde es indudable que surgen derechos y obligaciones para los contratantes.

QUINTA.- En virtud de los avances tecnológicos y de acuerdo con el medio empleado, un contrato electrónico puede ser entre presentes o entre ausentes, según se perfeccione el consentimiento de manera inmediata o no, pero es indudable que en ambos casos se multiplican las posibilidades de error, ya sea al momento en que la voluntad se declara o cuando llega a uno de sus destinatarios, o bien, pueden surgir problemas en cuanto a la identidad de los contratantes, incluso cabe la posibilidad de que se proporcionen nombres o datos falsos.

SEXTA.- Los medios electrónicos están evolucionando de manera constante y su empleo se ha diversificado, ya que los mismos Estados los utilizan para facilitar trámites administrativos y declaraciones de impuestos. Asimismo, las empresas recurren a las modernas tecnologías para obtener mejores resultados en sus diferentes operaciones económicas y jurídicas. En el mismo sentido, los particulares han recurrido a dichos medios para celebrar diversos actos jurídicos, entre ellos los contratos electrónicos, pero todo esto ha originado también diversos problemas, de los cuales

destaca el de falta de certeza jurídica en la contratación electrónica.

SÉPTIMA.- La firma electrónica ha sido considerada en varios países como una solución ante el problema de inseguridad jurídica derivada de la contratación privada. Asimismo, desde el punto de vista doctrinal la mayoría de autores sostiene que esta especie de firma cumple los mismos fines que la firma ológrafa, por lo tanto, debe producir los efectos jurídicos que se derivan de su empleo, es decir, sirve para dar validez a cualquier acto jurídico en que se le utilice.

OCTAVA.- Consideramos que para celebrar un contrato electrónico se requiere de una "firma electrónica", la cual deberá obtenerse de manera fácil y gratuita, de lo contrario se entorpecería la contratación por estos medios. Para tal efecto, estimamos que la autoridad competente para expedir dicha firma será la Secretaría de Gobernación por ser la que generalmente lleva un control de identidad de las personas, además, porque la firma electrónica deberá comprender una clave pública que dará dicha Secretaría una clave privada que de manera confidencial así como exclusiva, usará la persona que obtenga su firma. Por lo tanto, se propone una reforma al Código Civil Federal, para quedar en los siguientes términos: "Artículo 1834 TER. Las personas que celebren contratos por medios electrónicos deberán hacerlo a través de una firma electrónica que obtendrán gratuitamente por medio de la autoridad competente encargada de expedir este tipo de firmas. Sin la firma electrónica el contrato no tendrá validez."

NOVENA.- Cuando los contratantes utilicen constantemente los medios electrónicos o celebren contratos por cantidades mayores a los treinta mil pesos, estimamos necesario que su firma electrónica sea certificada por un notario público para darle mayor certeza jurídica al contrato; lo mismo se requerirá cuando se celebren

actos jurídicos relacionados con bienes inmuebles, siempre que su valor exceda de 365 veces el salario mínimo general vigente. Por ello, proponemos la siguiente reforma al Código Civil Federal: "Artículo 1834 CUATER. Cuando los contratos celebrados por medios electrónicos comprendan cantidades superiores a treinta mil pesos, o cuando se celebren por cualquiera de los contratantes, o por ambos, ya sea entre sí o con personas distintas y de manera reiterada, aún cuando sea en cantidades inferiores a la mencionada, será necesario que lo hagan a través de una firma electrónica que deberá contar con la certificación de un notario. Asimismo, se exigirá dicha firma certificada por notario tratándose de un bien inmueble cuyo valor exceda de 365 veces el salario mínimo general vigente, independientemente de la naturaleza del acto jurídico de que se trate."

DÉCIMA.- Consideramos que debe existir la libertad contractual en la contratación electrónica, para que las personas expresen su voluntad de manera libre y espontánea, y para que exista un trato equitativo, el cual podría romperse en los casos de contratos de adhesión, mismos que son comunes es este tipo de acuerdos, por ello, consideramos, estimamos y proponemos necesario que en caso de inequidad se anulen las cláusulas que afecten al contratante que se adhiere, ya que esto en la práctica está originando desconfianza en algunas personas. Por lo tanto, proponemos que la siguiente norma se adicione al Código Civil Federal: "Artículo 1839 BIS. En los contratos celebrados por medios electrónicos se procurará la mayor equidad entre los contratantes, quienes gozarán de la libertad necesaria para estipular las cláusulas que estimen convenientes. Cuando se trate de un contrato electrónico de adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que afecten al contratante que se adhiera."

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR CARBAJAL**, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México. 1984.
- **ARANGO RUEDA**, Adriana. “Aproximación a la formación de contratos en internet”, en Comercio Electrónico. Legis editores. Colombia. 2005.
- **BARRIUSO RUÍZ**, Carlos. La contratación electrónica. Editorial Dykinson. España. 2002.
- **CÁMARA DE DIPUTADOS**. Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.
- **CÁMPOLI**, Gabriel Andrés. La Firma Electrónica en el Régimen Comercial Mexicano. Editorial Porrúa. México. 2004.
- **CARBONELL**, Miguel. Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, número 104, mayo-agosto de 2002. México. 2002.
- **CORNEJO CERTUCHA**, Francisco M. “Contrato”, en Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo II. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2004.
- **CORNEJO LÓPEZ**, Valentino F. Los medios electrónicos regulados en México. Editorial Sista. México. 2006.
- **DE BUEN LOZANO**, Néstor. La decadencia del Contrato. Editorial Porrúa. México. 1984.
- **ELÍAS AZAR**, Edgar. La Contratación por Medios Electrónicos. Editorial Porrúa. México. 2005.
- **FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR**, Ángel. “Régimen jurídico de la contratación en la red”, en Comercio electrónico en internet. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España. 2001.
- **GOLDSTEIN**, Mateo. “Contrato entre ausentes”, en Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo 4. Bibliográfica Omeba. Argentina. 2007.
- **GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Décima cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002.

- **ILLESCAS ORTIZ**, Rafael. De la contratación electrónica. Editorial Civitas. España. 2001.
- **MARTÍNEZ NADAL**, Apol.lònia. “Firma electrónica”, en Comercio electrónico y protección de los consumidores. Publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo. España. 2001.
- **MENÉNDEZ MATO**, Juan Carlos. El contrato vía Internet. Bosch editor. España. 2005.
- **PACHECO ESCOBEDO**, Alberto. La Contratación por Medios Electrónicos. En Homenaje a Manuel Borja Martínez. Editorial Porrúa. México. 1992.
- **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO**, Bernardo. Contratos Civiles. Décima edición. Editorial Porrúa. México. 2004.
- **PIZARRO**, Néstor. “Contrato”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo 4. Bibliográfica Omeba. Argentina. 2007.
- **POZO ARRANZ**, Ma. A. et. al. Los contratos electrónicos e informáticos. Editorial Comares, Tercera edición. España. 2002.
- **REYES KRAFFT**, Alfredo Alejandro. La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación. Editorial Porrúa. México. 2003.
- **ROJAS AMANDI**, Víctor Manuel. El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. Revista de Derecho Privado, nueva serie, año VI, número 16-17, enero-agosto de 2007. México. 2007.
- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen I. Novena edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
- **ROSAS RODRÍGUEZ**, Roberto. Estudio comparativo de la formación de contratos electrónicos en el derecho estadounidense con referencia al derecho internacional y al derecho mexicano. Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, número 9-10, septiembre de 2004-abril de 2005. México. 2005.
- **SÁNCHEZ MEDAL**, Ramón. De los contratos civiles. Vigésima edición. Editorial Porrúa. México. 2004.

- **SILVA-RUIZ**, Pedro F. La Contratación Electrónica. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Volumen 66. Número 2. Abril-Junio. Puerto Rico. 2005.
- **TREVIÑO GARCÍA**, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades. Editorial Mac-GrawHill. México. 2003.
- **VIVIANA SARRA**, Andrea. Comercio electrónico y derecho. Editorial Astrea. Argentina. 2001.
- **ZAMORA Y VALENCIA**, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Décima edición. Editorial Porrúa. México. 2004.
- Código Civil Federal. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Versión en CD. México. 2007.
- Código de Comercio. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Versión en CD. México. 2007.
- Código Federal de Procedimientos Civiles. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Versión en CD. México. 2007.
- Ley de la Nación. Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes. Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Versión en CD. México. 2007. Federal de Protección al Consumidor. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia.

OTRAS FUENTES

- <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>
- http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html