

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**

JUAN LUIS MONTERROSO LUNA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE
PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS
NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN LUIS MONTERROSO LUNA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Berta Aracely Ortíz Robles
Vocal:	Lic. Luis Alfredo González Ramila
Secretario:	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Vocal:	Lic. Adolfo René Rojas Hernández
Secretario:	Lic. José Efraín Ramírez Higueros

RAZÓN:

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).



BUFETE JURÍDICO
Lic. Orlando Rafael de Paz Cabrera
Abogado Y Notario.
5ª. Ave. 11-01 zona 12
Tel. 5548-1843

Guatemala, 04 de mayo de 2011

Señor Jefe de la Unidad de Tesis
 Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

En atención a su resolución, proferida por la Unidad de Tesis a su cargo, en donde se me nombra como asesor de la investigación intitulada **“LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES”**, sustentada por el Bachiller **JUAN LUIS MONTERROSO LUNA**, respetuosamente me permito informar:

El trabajo asesorado expone en forma clara y objetiva el problema planteado, poniendo de manifiesto que si bien es cierto, existe una ley para el reconocimiento de las comunicaciones y las firmas electrónicas, ésta se enfoca en otorgar validez a los documentos electrónicos y a las firmas electrónicas, y que actualmente no existe una norma que regule cuál es el momento exacto en que se perfecciona el contrato celebrado por medio de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Es mi opinión que el contenido científico y técnico del trabajo, la metodología, las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la bibliografía, son las adecuadas e idóneas para el tipo de investigación realizado. Las conclusiones y las recomendaciones formuladas son consecuencia directa del estudio y análisis del problema, consecuentemente consistentes y congruentes con el mismo; siendo su aporte científico de gran importancia en el ámbito nacional por su pronunciamiento en cuanto a la carencia de una norma que regule dicha temática.

El trabajo referido, cumple con lo estipulado en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Por lo expuesto, en mi calidad de ASESOR DE TESIS al emitir el dictamen correspondiente **APRUEBO** el trabajo de investigación relacionado.

Sin otro particular y agradeciendo el honor que me ha concedido, al nombrarme ASESOR DE TESIS, me suscribo como su atento servidor,

Atentamente,


Orlando Rafael De Paz Cabrer
ABOGADO Y NOTARIO


Colegiado No. 7579



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diez de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JULIÁN ARTURO SCHAAD GIRÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JUAN LUIS MONTERROSO LUNA, Intitulado: "LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/cpt.

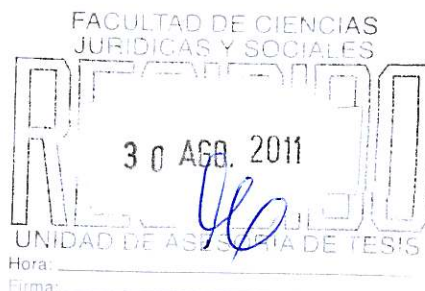
Lic. Julián Arturo Schaad Girón

7º. Ave 10-35 z.1
Ciudad Capital



Guatemala, 29 de agosto de 2011

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución emitida por la Unidad de Tesis a su cargo, en la cual se me nombra como revisor de la investigación intitulada **"LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES"**, elaborada por el bachiller **JUAN LUIS MONTERROSO LUNA**, ante usted me permito informar que de acuerdo a los requisitos que se exigen el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis, la investigación cumple con los siguientes requisitos:

- a) Aporta la contribución científica de evidenciar que en Guatemala, si bien es cierto, existe una Ley que regula lo relativo al Reconocimiento de las Comunicaciones y las firmas Electrónicas, no existe una norma específica que regule el momento exacto en que se perfecciona el contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, que son actos de voluntad que se realizan diariamente y que se les conoce como Comercio Electrónico.
- b) Que con el uso del método inductivo, documental, las técnicas de ficha y cita textual, se demuestra el contenido científico y técnico, la metodología y técnicas de investigación, asimismo, se cumple con una adecuada redacción.
- c) El tema que se desarrolla es muy importante para la legislación en materia Civil y Mercantil, luego de haberlo demostrado con las conclusiones y las recomendaciones elaboradas en el presente trabajo, para una futura reforma de ley.

Lic. Julián Arturo Schaad Girón

7º. Ave 10-35 z.1

Ciudad Capital



d) Se estableció el uso de bibliografía adecuada, tanto doctrinaria como legislativa.

Por las anteriores consideraciones y según lo establecido en el **Artículo 32** del mismo Normativo procedo a emitir **dictamen favorable** considerando procedente ordenar su impresión y oportunamente practicar el examen público de tesis

Sin otro particular.



Lic. Julián Arturo Schaad Girón
Colegiado No. 5576
LICENCIADO
Julián Arturo Schaad Girón
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN LUIS MONTERROSO LUNA, Titulado LA TEORÍA DE LA RECEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

Handwritten signature

Large handwritten signature

Handwritten signature



10.10.11

DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser el guía en mi camino.

A MIS PADRES:

Papa gracias por no dejar de creer en mí. Mama, sin ti yo no sería nada en este mundo, gracias por tu apoyo incondicional de toda la vida, este logro personal es dedicado especialmente para ustedes con inmenso amor.

A MI HERMANO JOSÉ, MI CUÑADA REBECA Y MI SOBRINA VALERIA:

Gracias por ser un ejemplo de superación personal para mí y por inspirarme tantos bonitos sentimientos con la linda familia que han formado. Con todo mi cariño.

A MIS TIOS Y PRIMOS:

Por haber puesto su grano de arena en cuanto a mi educación se refiere, gracias a su ayuda hoy soy un profesional.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

Por tenderme la mano cuando los he necesitado. A mis amigos de la Universidad, a mis amigos de trabajo y a mis amigos de infancia y adolescencia.

A LA UNIVERSIDAD

DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por abrirme las puertas para educarme y formarme en las aulas de este bendito campus y por permitirme el honor de egresar, como profesional, de tan prestigiosa casa de estudios, gloriosa y tricentenaria. Que viva la USAC.

A LA SOCIEDAD GUATEMALTECA:

A quien me debo como profesional y a quien serviré con esmero.

ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. Marco conceptual para la comprensión del fenómeno relativo a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.....	1
1.1 Formas de contratación.....	1
1.2 Nuevas Tecnologías de la información y las comunicaciones y su incidencia en el derecho.....	3
1.2.1 Las telecomunicaciones.....	6
1.2.2 El ciberespacio.....	7
1.2.3 La digitalización.....	8
1.3 Contratación electrónica y la nueva modalidad del negocio jurídico.....	11
1.3.1 Contrato informático.....	13
1.3.2 Contrato electrónico.....	14
1.3.3 Características de la contratación electrónica.....	18
1.3.4 Ventajas de la contratación electrónica.....	19
1.3.5 La contratación y la forma.....	22
1.3.6 Los contratos electrónicos instantáneos y no instantáneos.....	27
1.3.7 Contratos electrónicos interactivos u <i>on line</i> y no interactivos u <i>off line</i> ..	27
1.3.8 Consentimiento electrónico.....	30
1.4 Principios aplicables a la contratación electrónica.....	30

	Pág.
1.4.1 Equivalencia funcional de los actos electrónicos.....	30
1.4.2 Neutralidad tecnológica.	31
1.4.3 No se altera ni se modifica el actual régimen del derecho de las obligaciones y contratos privados.....	32
1.4.4 Buena fe.	33
1.4.5 Libertad contractual.	33
1.4.6 Autonomía privada	34

CAPÍTULO II

2. Elementos básicos necesarios para la formación del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.....	35
2.1 La declaración de voluntad electrónica.....	35
2.1.1 La declaración de voluntad expresa a través de procedimientos electrónicos.	36
2.1.2 La declaración tácita de voluntad y las nuevas tecnologías.	42
2.1.3 La declaración de voluntad presunta y las nuevas tecnologías.	43
2.1.4 El silencio como manifestación de voluntad y las nuevas tecnologías.	44
2.1.5 El acuerdo de voluntades y las nuevas tecnologías.....	47
2.2 La formación del consentimiento electrónico por la oferta y la aceptación.	48
2.2.1 La oferta y la oferta electrónica..	49
2.2.2 La aceptación electrónica.	59

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El momento de formación del consentimiento electrónico.....	69
3.1 La perfección del negocio jurídico electrónico.	69
3.2 Teorías doctrinales para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.	71
3.2.1 Teoría de la emisión o declaración.....	71
3.2.2 Teoría de la cognición.....	72
3.2.3 Teoría de la expedición.....	72
3.2.4 Teoría de la recepción.	73
3.3 Contratación entre presentes y contratación a distancia.	79
3.3.1 ¿Constituyen realmente los supuestos negociales electrónicos una modalidad de contratación entre ausentes?.....	82
3.3.2 La integración del consentimiento en los contratos entre ausentes.....	84
3.4 Validez del contrato electrónico.	87
3.5 Reglas generales para la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico.	88

CAPÍTULO IV

4. Legislación comparada relativa a la formación del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y la realidad nacional en la materia.	91
---	----

	Pág.
4.1 Momento de perfeccionamiento del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el derecho comparado.	91
4.2 Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) relativos a contratación internacional.....	97
4.3 Realidad nacional en cuanto a contratación electrónica.....	102
4.4 Los retos del derecho guatemalteco frente a la contratación electrónica.	105
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.	111
BIBLIOGRAFÍA.	113

INTRODUCCIÓN

Esta investigación pretende evidenciar que en el campo del derecho privado ha surgido un nuevo soporte o medio de transmisión de voluntades negociales, denominado nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC); este nuevo soporte comprende la utilización de elementos electrónicos y digitales para la configuración de actos con carácter de negocios jurídicos pero, a la vez, produce cambios en las percepciones doctrinales que, a lo largo del tiempo se han tenido como válidas para la contratación tradicional.

El objetivo general consiste en hacer notar que, dentro de las teorías existentes en la contratación tradicional para determinar el momento de perfeccionamiento del contrato, la teoría de la recepción es la que ofrece más ventajas, con respecto a la seguridad jurídica, para ser aplicada en la contratación realizada por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

La hipótesis planteada para esta tesis fue: La creación de una norma legal, en el Código Civil guatemalteco, Decreto Ley Número 106, que regule que la teoría de la recepción determinará el momento en que se considera perfeccionado el contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y que dote de certeza los actos jurídicos así instrumentados.

Este trabajo consta de cuatro capítulos: El primero ofrece un marco conceptual para la comprensión del fenómeno relativo a la formación del consentimiento por medio de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), cuáles son éstas y cómo inciden en el derecho, las formas de contratación tradicionales, la irrupción de la

forma electrónica de contratación y la nueva modalidad del negocio jurídico, así como los principios que le son aplicables; el segundo contiene los elementos básicos necesarios para la formación del contrato celebrado por medio de las TIC, la declaración de voluntad electrónica y la formación del consentimiento electrónico por la oferta y la aceptación; en el tercero se analiza el momento de formación del consentimiento electrónico, la perfección del negocio jurídico electrónico, las teorías doctrinales para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes, la contratación entre presentes y la contratación a distancia, la validez del contrato electrónico y las reglas generales para determinar el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico; y, por último, el capítulo cuarto incluye el estudio de legislación comparada, relativa a la formación del contrato celebrado por medio de las TIC, así como algunos principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en inglés) relativos a contratación internacional, la realidad nacional en cuanto a contratación electrónica y los retos del derecho guatemalteco frente a la misma.

Para el desarrollo de esta investigación se recurrió a los métodos científico, analítico y comparativo; así como a técnicas de investigación como las fichas bibliográficas, la técnica documental y la entrevista. El contenido está tratado en relación a doctrina nacional e internacional y a diferentes legislaciones internacionales, como las de España, Uruguay, Cuba, Argentina, México, Colombia y Venezuela.

Sirva la presente como un pequeño aporte para que en Guatemala se avance hacia una regulación especializada en contratación electrónica, dotada de total certeza jurídica, tal como ha ocurrido en muchos países a nivel mundial.

CAPÍTULO I

1. Marco conceptual para la comprensión del fenómeno relativo a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

1.1. Formas de contratación.

Tradicionalmente los contratos se han considerado como el resultado de un proceso negociador individualizado en el que ambas partes contratantes conciertan personalmente los elementos del mismo. De esta manera, su acuerdo sobre los términos establecidos es completo, y el contrato se configura a su gusto. Así pues, dicho modelo se caracteriza por: 1. Un proceso de formación recíproco, en el cual, ambas partes intervienen en la negociación; 2. Un contenido del contrato establecido mediante negociaciones individuales. Pues bien, la legislación contractual contemporánea sienta sus bases sobre ambos postulados.

Sin embargo, con el tiempo han surgido otras formas de contratación que han superado a la anterior, e incluso en algunos sectores del tráfico la han dejado anticuada. En la práctica pueden agruparse en torno a dos modelos:

a) Contratación por adhesión: Son los también llamados contratos de adhesión, en los que no se da en su formación un proceso recíproco. Una parte es la que lleva el peso,

la otra simplemente debe prestar su asentimiento, adherirse. Tomarlo o dejarlo. Es el modelo que se aplica típicamente a las relaciones entre empresarios y consumidores.

b) Contratación mediante formularios: Existe un proceso negociador bilateral, mas el contenido del contrato no se determina mediante negociaciones individuales, sino por medio de formularios impresos, con espacios en blanco a rellenar. Este modelo es utilizado mas frecuentemente en las relaciones entre empresarios, aunque no de manera exclusiva, pues también suelen acudir al primero.

Se ha dicho anteriormente que la legislación contractual está basada en el modelo contractual tradicional, y ahí radica su ineficiencia, pues se trata de una regulación pensada para una determinada manera de contratar, pero que en la realidad se aplica a otra muy distinta. En la doctrina norteamericana se ha puesto en duda la actual adecuación del derecho contractual, mediante dos críticas certeras, las cuales se podrían trasladar perfectamente a Guatemala. La primera de ellas considera que el derecho de los contratos no ha construido herramientas adecuadas para los contratos de adhesión, o no ha adaptado las herramientas tradicionales para esa nueva realidad. La segunda hace notar que la doctrina contractual tradicional tomó como modelo la transacción discreta: La venta de un caballo o de una casa, el arrendamiento de un bien inmueble, o la solicitud de servicios puntuales. En general, relaciones de corto término. Sin embargo, tales transacciones, aunque continúan dándose en la actualidad, han sido eclipsadas por relaciones contractuales de largo término: contratos de mayor complejidad, contratos de licencia o concesión, negociaciones colectivas, contratos celebrados mediante las nuevas tecnologías de la información y las

comunicaciones (contratos electrónicos). Por ello se hace necesaria una revisión del derecho contractual para tener en cuenta dichas evoluciones.

1.2. Nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y su incidencia en el derecho.

“En el ámbito legal, como en cualquier otra actividad, se aprovecharon las ventajas que proporciona el uso de las computadoras y las técnicas que proporciona la informática, pero cuando las computadoras logran conectarse entre otras, transmitir la data, comunicar la información y acceder a miles de servidores, se crean una gama de nuevos servicios y aplicaciones en constante desarrollo, lo cual se debe a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Las denominadas TIC son el resultado de la convergencia de dispositivos, herramientas electrónicas y programas informáticos encargados de procesar información y su correspondiente transmisión; por ello se puede definir a las TIC como el conjunto de conocimientos y elementos tecnológicos en materia de informática y telecomunicaciones que se utilizan simultáneamente para el procesamiento de toda clase de datos y su correspondientes transmisión por medio de redes de cable o inalámbricas, fax, televisión, radio, satélites, etc. El concepto de TIC abarca todo aquello que implique la creación, procesamiento y transmisión de señales digitales y está conformada por *hardware*, *software*, cibernética,

sistemas de información, redes, *chips* inteligentes, criptografía, robótica, inteligencia artificial, y realidad virtual.”¹

Cuando se piensa en las razones de la expansión que en los últimos años han tenido las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, se puede llegar a las siguientes conclusiones: a) Vienen a dar respuesta a demandas existentes en la sociedad, particularmente en el ejercicio de la actividad económica; b) se acude a las TIC para aprovechar sus funcionalidades, en sustitución de viejos instrumentos. Al afectar a la sociedad se llega a la verificación de que el uso de las TIC en la vida social y económica suscita importantes reflexiones jurídicas.

Un ejemplo de las TIC en las actividades del hombre, se ve plasmado en la posibilidad de celebrar contratos electrónicos, los cuales a diferencia de la contratación tradicional facilitan y agilizan la actividad comercial. La contratación electrónica se viene a presentar como una nueva forma de contratar, de realizar intercambio de bienes y servicios. La importancia que han adquirido a través de los años las ha convertido en una materia de interés jurídico por su creciente y constante aplicación práctica convirtiéndose así en uno de los ejes fundamentales a través de los cuales se produce el intercambio de la riqueza de la sociedad.

Por otro lado, el comercio electrónico, como forma de hacer negocios es un nuevo fenómeno de estudio para el derecho. Aparecen categorías diversas, se modifican algunos de los modelos tradicionales, y la visión de la forma jurídica evoluciona. Por

¹ Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Introducción al derecho de las nuevas tecnologías**, pág. 18.

esa razón, “la tecnología se integra a las actividades sociales y provoca que el análisis jurídico de cualquier aspecto social deba tener como componentes a la tecnología y el derecho. En ese orden de ideas, es evidente que la utilización constante de los medios electrónicos y las TIC influyen en la determinación de nuevos instrumentos jurídicos.”²

Pero al respecto será necesario tener en cuenta, en primer lugar, que las nuevas TIC plantean problemas jurídicos inéditos, pero también que la mayor parte de esos problemas encuentran solución por vía analógica en el Código Civil y en el Código de Comercio, lo que nos muestra la flexibilidad de nuestros legisladores; y a la vez, se hace evidente la necesidad de crear normas que regulen las lagunas legales existentes en este campo.

Por lo anterior, será necesario tener en cuenta que la existencia y uso de las TIC no necesariamente va acompañada de un marco regulatorio, ya que en esta materia, mucho más que en otras, la velocidad con la que se suceden los acontecimientos y se desarrollan las tecnologías hace que la nueva regulación parezca insuficiente y anticuada.

Es así como han surgido aplicaciones análogas a los conceptos tradicionales, de modo que el margen de cobertura y protección del derecho se adecue a las necesidades de los avances tecnológicos. De ello deriva que la doctrina haya buscado generar proposiciones tomadas de la observación de los hechos para guiar la interpretación

² Peña Valenzuela, Daniel y Burgos Puyo, Andrea. **El contrato de diseño, desarrollo y hosting de un sitio en internet**, pág. 15.

jurídica de los mismos, teniendo como sustento el interés general de brindar seguridad y confianza en los negocios jurídicos que se desarrollen a través de estas nuevas tecnologías.

Vinculados a las TIC existen muchos términos como telecomunicaciones, ciberespacio, digitalización e internet, los cuales se definirán y explicarán. A conceptos como señales, satélite, mensaje de datos, electrónico, entre otros, se hará referencia de acuerdo a la definición legal que les otorga la legislación nacional.

1.2.1. Las telecomunicaciones.

En la historia el ser humano se encuentra en la búsqueda constante de comunicarse con otras personas en especial superando las distancias existentes por aspectos territoriales, por lo cual surge un conjunto de procedimientos que tienen por objeto transmitir un mensaje desde un punto origen hasta un punto destino (unidireccional), sumándole que este último pueda a su vez emitir su propia comunicación al punto origen (bidireccional) o en su caso a múltiples destinos receptores (multidireccional); a estas técnicas se les identifica con el concepto de telecomunicación. El significado proviene del griego *tele* que significa distancia y del latín *communicare* que significa comunicación, convergiendo en el significado de comunicación a distancia.

El concepto telecomunicación “cubre todas las formas de comunicación a distancia, incluyendo radio, telegrafía, televisión, telefonía, transmisión de datos e interconexión de ordenadores a nivel de enlace. Telecomunicaciones, es toda transmisión, emisión o

recepción de signos, señales, datos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de cables, radioelectricidad, medios ópticos, físicos u otros sistemas electromagnéticos.”³

La entidad nacional encargada de las telecomunicaciones es la Superintendencia de Telecomunicaciones -SIT- la cual se define como un organismo eminentemente técnico del Ministerio de Comunicaciones, Transportes y Obras Públicas, con independencia funcional para el ejercicio de las atribuciones y funciones que la ley establece, siendo ellas: “Administrar y supervisar la explotación del espectro radioeléctrico, administrar el registro de telecomunicaciones, dirimir controversias entre los operadores, elaborar y administrar el plan nacional de numeración, entre otras competencias.”⁴

A nivel internacional la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- es el organismo especializado de las Naciones Unidas en el campo de la regulación y administración de las telecomunicaciones.

1.2.2. El ciberespacio

Según el diccionario de la Real Academia Española, ciberespacio es el “Ámbito artificial creado por medios informáticos.” Este concepto es muy utilizado en el ambiente de las TIC y tiene por objeto describir los elementos intangibles de comunicación, es decir, describe ese espacio de interacción que no es perceptible por el ser humano de forma

³ www.wikipedia.org;2009

⁴ Artículo 5 y 7 de la **Ley General de Telecomunicaciones**, Decreto Número 94-96 del Congreso de la República.

física, sino a través de dispositivos electrónicos, nos referimos a las señales electrónicas, transmisiones satelitales y comunicaciones inalámbricas. Un ejemplo de esta idea surge cuando se envía un correo electrónico de Guatemala a España, este documento electrónico o mensaje de datos se transmite o viaja por el ciberespacio.

1.2.3. La digitalización

En el párrafo anterior se utilizó el ejemplo de un documento que antes se enviaba plasmado en formato papel y ahora lo almacenamos y reproducimos en un archivo electrónico, es decir en forma digital; al proceso por medio del cual se convierte un objeto, documento o imagen en un archivo digital se le denomina digitalización,⁵ o como señala Omar Barrios Osorio “se transforma del mundo de los átomos al mundo de los bytes.”

Algunos conceptos relativos al tema los define la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en el Artículo 4:

- **Cable de distribución:** La operación por la cual las señales portadoras de signos, sonidos, imágenes o imágenes y sonidos, producidos electrónicamente o por otra forma, son transmitidas a distancia por hilo, cable, fibra óptica, u otro dispositivo conductor, conocido o por conocerse, a los fines de su recepción por el público.

⁵ Digitalización es diferente a digitar o digitación porque este último consiste en introducir a la computadora la información o contenido desde el teclado.

- **Medida tecnológica efectiva:** Tecnología, dispositivo o componente que en el giro normal de su funcionamiento, controla el acceso a obras protegidas, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas protegidos o cualquier otro material protegido; o proteja un derecho de autor o un derecho relacionado con el derecho de autor.
- **Satélite:** Todo dispositivo situado en el espacio extraterrestre, apto para recibir y transmitir o retransmitir señales.
- **Señales:** Todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas.
- **Transmisión:** La comunicación a distancia por medio de la radiodifusión, cable o distribución u otro procedimiento análogo o digital, conocido o por conocerse, de imágenes, sonidos, imágenes con sonido, datos o cualquier otro contenido.

Otros conceptos se encuentran definidos en la Ley y el Reglamento para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas:

“**Artículo 2. Definiciones.** Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

- **Comunicación electrónica:** Toda comunicación que las partes hagan por medio de mensaje de datos.

- **Intercambio Electrónico de Datos (IED):** La transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme alguna norma técnica convenida al efecto.

- **Mensaje de datos:** El documento o información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (IED), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

- **Documento Electrónico:** Toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

- **Electrónico:** Característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares”

“En el presente punto se tratan conceptos básicos como telecomunicaciones, digitalización, ciberespacio, además de las definiciones legales de conceptos como señales, intercambio de datos, documentos electrónicos, porque si sumamos a todos ellos las relaciones sociales y comerciales que surgen de la integración de todos y sumamos miles de usos y aplicaciones, los integramos en un espacio que se identifica con el concepto de Internet.”⁶

⁶ Barrios Osorio, **Ob. Cit;** pág. 21

1.3. Contratación electrónica y la nueva modalidad del negocio jurídico.

En la contratación electrónica actual hay cambios profundos. “Es conocido el fenómeno de la masificación de las relaciones jurídicas que dio origen a la contratación por adhesión y a las condiciones generales de contratación, desde fines del siglo XIX. A mediados del siglo XX aparecieron variadas modalidades en las que no hay discusión negocial, sino meros comportamientos objetivos: El transporte, el juego, el espectáculo. Son algunos ejemplos de la forma como el individuo actúa guiado por símbolos, indicios, marcas, pero sin que exista discusión de ningún tipo, y en muchas ocasiones ni siquiera adhesión a condiciones predispuestas.”⁷

Al lado de los cambios en la contratación arriba enunciados, se encuentra el caso relativamente reciente de los contratos electrónicos, por cuanto, de algún modo, son el centro de las principales preocupaciones científicas del derecho privado hoy en día, y ello por varias razones.

En primer lugar, “como es muy difícil constatar que hay discernimiento en quién maneja una computadora, puede resultar bastante difícil verificar si se tuvo una intención real en obligarse, y prácticamente imposible probar que hubo error, dolo o violencia en el consentimiento.”⁸

⁷ Silva Ruiz, Pedro, **Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales**, tomo II, pág. 39.

⁸ Brizzio R. Claudia, **Globalización y debilidad jurídica**, pág. 51.

En segundo lugar, “puede ocurrir que la declaración de voluntad sea automáticamente elaborada por una computadora y que la presencia de una persona sea solo mediata, al programar una computadora, pero no inmediata en el acto de la celebración. Estas dificultades sin duda alguna transforman el consentimiento.”⁹

En tercer lugar, “es indudable que las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones se relacionan con el fenómeno de la ampliación de los mercados, lo que nos sitúa ante la tarea pendiente de la unificación del derecho de las obligaciones con el derecho de los contratos, que además de ser de gran actualidad para los civilistas, ese nuevo derecho uniforme, incide en el régimen de los contratos electrónicos.”¹⁰

La posibilidad de contratar, hacer transferencias, pagos, actos de voluntad, etc., a través de dispositivos electrónicos e informáticos establece un nuevo marco de relaciones jurídicas, constitutivo de derechos. Por todo lo anterior, la contratación electrónica genera una particular problemática para el derecho privado y será materia de estudio, específicamente en lo relacionado al momento de perfeccionamiento del contrato; previamente se hace necesario determinar el alcance de los conceptos de contrato informático y contrato electrónico.

⁹ Vázquez García, Ramón José, **Tecnología y formalización contractual**, pág. 95.

¹⁰ Brizzio R, **Ob. Cit**; pág 102.

1.3.1. Contrato informático

“Se considera contrato informático el que tiene por objeto bienes o servicios informáticos; se denominan bienes informáticos los elementos materiales que componen el hardware, su unidad de procesamiento, los dispositivos periféricos y todos los equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de la información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático. A diferencia, el contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa en la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo; en general, se trata de aquella contratación que se celebra por medios electrónicos o telemáticos.”¹¹

Según el diccionario de la Real Academia Española, “la telemática es la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”

No obstante, los propósitos de este trabajo tienen que ver más con el consentimiento que con el objeto contractual, por lo que a continuación se realizará un análisis del denominado contrato electrónico.

¹¹ Rincón Cárdenas, Erick, **Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información**, pág. 11.

1.3.2. Contrato electrónico.

“Es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo. En un sentido similar entienden la noción diversos autores, concluyendo que cualquier contrato celebrado a través de medios electrónicos es un contrato electrónico. Lo importante, en consecuencia, es que la voluntad haya sido exteriorizada por cualquier clase de medios que puedan calificarse de electrónicos; lo que conllevará como consecuencia natural la posibilidad de archivo y transmisión electrónica del mismo.”¹²

A pesar de la aparente unidad de criterios, algunos autores no concuerdan en la amplitud que debe darse al término. En la doctrina es posible reconocer al menos dos acepciones asociadas a la noción: Una significación más amplia que es capaz de comprender dentro del concepto los contratos celebrados por medio del teléfono, del télex y del fax, y una más restringida que excluye tales medios de comunicación y sólo considera admisible dentro de la categoría aquellos contratos celebrados por medios telemáticos, que para el caso del presente trabajo podría entenderse como aquellos medios pertenecientes a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

¹² **Ibid**, pág. 12.

- Elementos del contrato electrónico.

Se pueden distinguir dos grupos de elementos.

Los objetivos, que son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil, con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica: Mensaje de datos o MD, firma electrónica, sistemas de información y redes de transmisión de datos.

Los subjetivos, que son los sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos mediante contratación electrónica: Iniciador del mensaje de datos, destinatario del mismo, intermediarios y el proveedor de servicios de certificación electrónica.

a) Elementos objetivos:

- Mensaje de datos, MD o *data message*:

La definición se encuentra recogida en la Ley Modelo de Comercio Electrónico, Artículo 2 a): “Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

- La firma electrónica:

Es uno de los elementos más importantes. Está regulado en el Artículo 2, del Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas. “Los datos en forma electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica”. Las funciones que ejerce son:

- Identificación y atribución del mensaje y la información contenida en él (origen y voluntad del autor).
- Función de privacidad (cifrado del mensaje y nombre del firmante).
- Función de seguridad e integridad (evidencia de la apertura o alteración del mensaje entre el momento de su emisión firmada y la llegada a su destinatario).

- Sistemas de información:

Es todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna u otra forma mensajes de datos.

- Redes de transmisión de datos:

Son los equipos electrónicos bajo el control de las partes contratantes que se comunican entre si, haciendo llegar a las partes las voluntades negociales desde el oferente al aceptante o viceversa, conduciendo a la perfección electrónica del contrato.

b) Elementos subjetivos:

- El iniciador –signatario- del mensaje de datos:

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

- El destinatario:

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

- Factor positivo: El destinatario debe ser la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, por lo que es éste el que posee la absoluta facultad de designar a su destinatario, y como consecuencia, quien conozca y reciba un mensaje de

datos sin ser designado en su contenido como destinatario, no adquirirá derecho ni obligación alguna derivada del mismo.

- Factor negativo: El Artículo 2 d) de la Ley Modelo de Comercio Electrónico establece que “el destinatario no puede ser nadie designado a título de intermediario respecto al mensaje de datos.”

Es importante concretar que es obligatorio exigir que el iniciador se identifique de modo electrónico a su destinatario, lo cual implica que éste posea dirección electrónica y que la misma esté dotada de un sistema de información adecuado para la recepción de mensajes. Hay por tanto íntima conexión del destinatario con su equipo y dirección. Cualquier mensaje de datos que carezca de dirección electrónica de su destinatario no producirá efectos.

1.3.3. Características de la contratación electrónica.

Con los medios electrónicos las partes pueden contratar fácilmente desde los lugares más lejanos del planeta, logrando de esta manera, unir al mundo en segundos. El consentimiento de las partes contratantes trasciende las fronteras, generando de esta forma, un nuevo mercado en donde las personas mediante el uso de sus computadoras compran, venden, donan, arrendan, intercambian bienes y servicios, y realizan cualquier tipo de contratos, lo que hace que la riqueza circule en el ambiente electrónico.

Así mismo, ahora la contratación ya no se ve limitada a las transacciones de bienes materiales hechas de forma personal, sino que gracias a las nuevas herramientas o medios electrónicos como es internet, se puede hablar de transferencia de bienes y/o servicios inmateriales o digitalizados (tales como obras editoriales, musicales, programas de ordenadores. En cuanto a los servicios éstos pueden ser: adquisición de viajes, servicios financieros, servicios jurídicos y de asesoramiento económico y financiero, servicios de información y comunicación), realizados ya sea en la modalidad de contratación *on line*, o la modalidad de contratación *off line*, las cuales se analizarán mas adelante.

1.3.4. Ventajas de la contratación electrónica.

No obstante el predominio de la contratación tradicional sobre la contratación electrónica, ésta se va incorporando, paulatinamente, a las actividades diarias del ser humano, debido a sus múltiples beneficios. Por su eficacia, la contratación electrónica crea un fuerte impacto en beneficio del hombre y la sociedad, observándose mayores resultados en el comercio.

Estas ventajas se ven reflejadas en la competitividad que han asumido las empresas frente a un mercado globalizado, y que indudablemente repercuten en beneficios directos sobre los consumidores. Veamos cuáles son las principales ventajas que establece esta nueva forma de contratar.

- a) Aparición de un nuevo mercado, el mercado virtual. Ya no existen barreras ni límites geográficos para realizar un negocio, lo cual implica un mercado global de millones de clientes. En este mercado no interesa la distancia geográfica, todos podemos contratar, no importa en que lugar nos encontremos.
- b) Horario ilimitado de atención al público. Una tienda virtual está abierta y disponible las 24 horas del día, los siete días de la semana, todos los días del año.
- c) Reducción de costes de comercialización. Son los costes en los que se incurre para celebrar un contrato. Estos incluyen los costos de negociación, para encontrar información relevante, los costos de hacer cumplir los contratos, de encontrar opciones adecuadas y de elegir entre ellas, entre otros.
- d) Eliminación de desplazamientos innecesarios. Lo que implica menos gasto de tiempo y dinero; gasolina, parqueo, transporte público, etc.
- e) Mejora la distribución. En el comercio electrónico *on line* (cuando el contrato se perfecciona y ejecuta en línea), ciertos tipos de empresas de bienes inmateriales como software, libros digitales, música, etc. Posibilitan la entrega inmediata del bien materia del contrato, y reducen así a cero los gastos de entrega y el tiempo de transferencia.
- f) Menos inversión en la publicidad de los productos y servicios que se ofertan. Las páginas web funcionan como escaparates o vitrinas comerciales a la vista de

innumerables compradores potenciales. Además existen otras formas agresivas de publicidad como son los denominados *mailing*.¹³

- g) Uso de la tecnología cada vez más común y al mismo tiempo más barata. La aplicación de internet es actualmente cada vez más común en los hogares, y facilita el acceso a esta nueva forma de contratar.
- h) Cercanía a los clientes. Al romper la distancia temporal y geográfica, todos los consumidores se encuentran con la misma posibilidad de contratar.
- i) Rápida actualización en información de productos y servicios de la empresa (promociones, ofertas, etc.).
- j) Facilita el acceso al mercado virtual a las pequeñas y medianas empresas. La diferencia entre la pequeña y la gran empresa se ve aminorada gracias al empleo de internet y pueden competir con menores diferencias.
- k) El consumidor posee un mayor poder de comparación y elección para determinar los mejores productos y servicios disponibles en la red, acorde a sus necesidades.
- l) El consumidor dispone de una mayor y mejor información acerca de los productos y servicios que se ofertan, a la cual puede acceder de manera inmediata cuando así

¹³ Es una variedad de marketing directo que consiste en enviar información publicitaria por correo postal o por correo electrónico.

lo desee. Para ello es deber del empresario ofrecer la debida información pre-venta y la posible prueba del producto antes de la compra.

- m) Se eliminan las diferencias entre los consumidores de las grandes ciudades y los de pequeños pueblos, ya que estos tienen el mismo escaparate virtual, y por tanto la misma capacidad de acceder a la información y a la compra del bien.
- n) Los consumidores de sectores minoritarios o especializados, como por ejemplo coleccionistas, se ven favorecidos porque tienen un radio de acción más amplio, donde pueden adquirir el producto deseado.
- o) Los consumidores cuentan con la libertad y anonimato para visitar las tiendas virtuales, lo cual facilita a determinados consumidores acceder sin complejos y trabas a cualquier clase de producto o servicio que se oferta.

1.3.5. La contratación y la forma.

La posibilidad de la contratación electrónica, o en su más estricto sentido, la manifestación del consentimiento electrónico a través de medios electrónicos, es sin duda una herramienta indispensable en el contexto del intercambio comercial globalizado. En este sentido, el comercio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos. Si bien es cierto que la regulación actual de los contratos electrónicos es escasa, no por ello se debe entender que se encuentran carentes de toda regulación; la validez de

la contratación electrónica, bien se dé en internet, mediante intercambio electrónico de datos (IED), o por cualquier medio electrónico, es susceptible de tratamiento legal.

Con respecto a la forma, tanto los contratos electrónicos como las estipulaciones en ellos contenidas, se consideran perfectamente válidos de acuerdo con la normativa establecida en el Código Civil Guatemalteco sobre la base del principio de la libertad de forma.¹⁴

Con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que se refleja en nuestra legislación en el Decreto 47-2008, enuncia el principio de la equivalencia funcional¹⁵ en su Artículo cinco, bajo el título de Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas, en los siguientes términos: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato estén en forma de comunicación electrónica”. La conceptualización de la noción “comunicación electrónica” aparece en el propio texto normativo en el Artículo dos, que indica: “Comunicación electrónica es toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos”

¹⁴ Artículo 1518. “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

¹⁵ La función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

La ley Modelo sobre Comercio Electrónico aborda cinco problemas de equivalencia funcional: El documento escrito; la firma electrónica; originales y copias; el problema de la prueba y; la conservación de los mensajes de datos.

El tratamiento del fenómeno contractual por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones permite la sustitución del soporte papel del documento por un nuevo soporte contenido en un medio electrónico. No se debe identificar documento con escritura, en un sentido tradicional, pues, en un primer análisis y debido a la costumbre generalizada, lleva al concepto papel.

Por lo anterior, se puede afirmar que el documento en soporte electrónico, informático o telemático posee las mismas características, en principio, y en cuanto a su validez jurídica, que cualquier otro de los que tradicionalmente se aceptan en soporte papel. Este cambio de dimensión opera así en conceptos jurídicos enraizados y definidos como el pago, el consentimiento, la aceptación, el centro de trabajo, el lugar de celebración, el error, etc., y exige una redefinición que los ubique, cuando nacen con la intervención de sistemas electrónicos e informáticos. De acuerdo con este principio, las cláusulas contenidas en un acuerdo contractual electrónico se consideran igualmente válidas.

Respecto del documento que deba constar por escrito, el Artículo siete del Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, enuncia el principio en los siguientes términos: “Cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico, o

prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”. Lo importante a la hora de equiparar los efectos jurídicos de un documento contenido en soporte papel con los de un documento electrónico, es la posibilidad de recuperación del mensaje, en el sentido que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por las partes o por terceras personas; con esta exigencia se da cumplimiento al requisito solicitado para los documentos tradicionales de duración en el tiempo. Es importante observar también los requisitos de validez, pues “para que un documento electrónico sea equiparable a un documento tradicional y surta los efectos queridos por quien manifiesta su voluntad, es necesario, al igual que en soporte papel, que las declaraciones no estén viciadas.”¹⁶

Además, la información presentada en un mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. La expresión “fuerza probatoria” se refiera a la fuerza que le es debida en razón de su configuración; se trata entonces, de una prueba de carácter relativo, y como cualquier medio, no se le puede dar primacía ante otra prueba configurada en soporte papel. Con respecto a la validez de los documentos electrónicos originales, se exige una garantía fidedigna de conservación en su integridad, y para que las copias sean admisibles como medios de prueba, rige el mismo principio establecido para los documentos tradicionales. En tal sentido, un documento electrónico no original puede servir como medio de prueba siempre que cumpla con los requisitos que se exigen para que la copia del documento original pueda servir como prueba.

¹⁶ Cubillos, Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick. **Introducción jurídica al comercio electrónico**, pág. 131.

Como bien puede observarse, en principio todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por medios electrónicos, siempre que cumpla con los requisitos de validez, obligando no sólo a lo pactado, sino también a las consecuencias que de él se derivan.

Sin embargo, como todo principio general, hay una excepción referida en particular a la solemnidad, no siendo susceptibles de perfeccionamiento por vía electrónica aquellos contratos cuya validez está condicionada a la forma o cuando se requiere la elevación a escritura pública y/o la inscripción en registros públicos; en estos casos se puede llegar a un acuerdo vía electrónica, pero para la formalización y validez del contrato debe cumplirse con las formalidades establecidas en el Código Civil para el perfeccionamiento de los contratos solemnes

Es importante tener en cuenta que el Decreto 47-2008, siguiendo la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), determina la validez de la contratación electrónica, y que en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia de los contratos depende de las condiciones de validez, y no de su forma. Para hablar de contratación electrónica en sentido estricto se deberá verificar que se cumpla con los requisitos establecidos para prestar el consentimiento y perfeccionar el contrato a través de los procedimientos de la oferta y la aceptación.

1.3.6. Los contratos electrónicos instantáneos y no instantáneos.

Los contratos celebrados a distancia se pueden realizar en forma instantánea o no, y los podemos distinguir de acuerdo a las siguientes consideraciones:

a) Celebrados en forma instantánea: No existe tiempo relevante entre la oferta y la aceptación, por tanto son considerados contratos entre presentes, aunque las partes no estén físicamente presentes.

b) Contratos no instantáneos: Cuando existe un tiempo relevante entre la oferta y la aceptación, en el cual es factible que se corran determinados riesgos. El término “instantáneo” califica al momento de la celebración y no la ejecución, razón por la cual no se confunde con los vínculos de larga duración, o de ejecución diferida. Estamos en este caso ante contratos a distancia.

1.3.7. Contratos electrónicos interactivos u *on line* y no interactivos u *off line*.

Otra categoría que se acostumbra a distinguir en la contratación electrónica, tiene relación con los contratos electrónicos celebrados de modo interactivo u *on line* y aquellos perfeccionados *of line* o de modo no interactivo.

Se entiende habitualmente por contrato electrónico interactivo u *on line* aquel perfeccionado mediante una tecnología que puede vincularse al concepto de nuevas tecnologías, y que por lo mismo, permita un acceso de comunicación continuo o no

interrumpido entre las partes, procedimiento que también ha sido denominado **en tiempo real**. En tal sentido, pueden ser considerados contratos electrónicos interactivos los perfeccionados mediante la utilización del chat, la telefonía IP¹⁷ y la videoconferencia por internet.

Por el contrario, se entiende por contratos electrónicos no interactivos y *off line* a aquellos perfeccionados mediante un proceso perteneciente a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones que no permite un proceso continuo de comunicación entre las partes o en tiempo real. Este proceso se caracteriza por el hecho de que el consentimiento se forma por una serie de comunicaciones que mantienen las partes, separadas unas de otras por un período de tiempo perfectamente distinguible. Sería un ejemplo clásico de un contrato electrónico no interactivo u *off line* aquel perfeccionado a través del correo electrónico.

Se ha omitido incluir el negocio jurídico perfeccionado vía página web a la clasificación de contrato electrónico *on line* u *off line* ya que la doctrina no es uniforme a la hora de atribuirle a una u otra teoría.

Con todo, debe hacerse una prevención de carácter técnica a la categoría de los contratos *on line* generados a través de las nuevas tecnologías en relación a su predecesora: la comunicación telefónica tradicional.

¹⁷ La telefonía IP reúne la transmisión de voz y de datos, lo que posibilita la utilización de las redes informáticas para efectuar llamadas telefónicas. Además, ésta tecnología, al desarrollar una única red encargada de cursar todo tipo de comunicación, ya sea de voz, datos o video, se denomina red convergente o red multiservicios.

Tal prevención se refiere al hecho de que ya ha transcurrido bastante tiempo desde que la comunicación telefónica desbarató, en algún sentido, las reglas clásicas relativas a la contratación entre presentes y ausentes, y fue calificada, a pesar de la ausencia física de las partes como una especie de contratación entre presentes. Ello ocurrió en derecho extranjero, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de cinco de enero de 1948, resolución respecto de la cual la doctrina española considera que el criterio inspirador del razonamiento utilizado en dicha resolución judicial, se encuentra en el hecho de que en la comunicación telefónica existe un proceso comunicativo ininterrumpido, y que hoy se aplica para establecer, precisamente, la distinción entre contratos electrónicos *on line* y *off line*. No obstante, lo que se quiere dejar establecido es que la comunicación vía internet, ya sea por chat, videoconferencia o telefonía IP, presenta características técnicas que la diferencian de la telefonía tradicional, ya que en esta última existe un canal de comunicación exclusivo e ininterrumpido entre los conferenciantes, mientras que en la telefonía IP, chat o videoconferencia no sucede lo mismo, pues técnicamente en las comunicaciones vía internet, incluso las *on line*, no existe un canal de comunicación exclusivo y abierto permanentemente para los conferenciantes, sino que, por ejemplo en el caso de la telefonía IP, cada vez que una parte habla, tal información se digitaliza y se envía por paquetes a través de internet, cada uno de los cuales puede seguir rutas diferentes para llegar a ser escuchado en el computador del receptor. De tal modo que en la clase de comunicación comentada puede considerarse que se producen interrupciones generalmente breves, explicadas más bien por el silencio que puede mantener durante algunos instantes una de las partes. Por todo lo señalado, en algunos aspectos la telefonía IP puede parecerse más

al correo postal que a la telefonía tradicional y, evidentemente el correo postal no es interactivo.

1.3.8. Consentimiento electrónico.

Debe entenderse el consentimiento como el acuerdo de voluntades, las que deben ser declaradas por las partes, para lo que se requiere que estén totalmente de acuerdo sobre la celebración del contrato, de acuerdo a los términos del mismo.

El consentimiento no es creado por la declaración del oferente y que cobra eficacia en virtud de la declaración, sino que el contrato no existe antes que se produzca el consentimiento, de tal manera que la aceptación de la oferta no es un asentimiento (declaración unilateral) sino la declaración conjunta. La formación del consentimiento se da con la exteriorización suficiente que permita que la voluntad sea clara e inteligiblemente conocida, no importa cual es el medio elegido, dicho medio puede ser electrónico.

1.4. Principios aplicables a la contratación electrónica.

1.4.1. Equivalencia funcional de los actos electrónicos.

El principio de la equivalencia funcional de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, constituye el principal fundamento de la interrelación del

derecho con las nuevas tecnologías. Dicho principio se puede simplificar en la siguiente forma: La función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

Es así como este principio constituye la base fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos con respecto a las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional.

1.4.2. Neutralidad tecnológica.

“Este principio se inclina por que las normas puedan abarcar las tecnologías que propician su reglamentación, así como las tecnologías que se están desarrollando y están por desarrollarse.”¹⁸ En tal sentido, constituye un segundo pilar de interpretación legal, por cuanto “es la concreción real y necesaria del entorno dentro del cual la ley va a ser aplicada.”¹⁹

¹⁸ Illescas Ortiz, Rafael. **Incidencia de la informática en el seguro y el reaseguro del nuevo milenio**, pág. 41.

¹⁹ Gutiérrez Gómez, María Clara. **Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico**, pág. 188.

1.4.3. No se altera ni se modifica el actual régimen del derecho de las obligaciones y contratos privados.

El comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de obligaciones y los contratos, pues la electrónica y su aplicabilidad jurídica en todo tipo de transacciones, es simplemente un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades “negociales” o “prenegociales”. Por ello, no puede modificarse el derecho anterior referente a la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos.

Sin embargo, no se puede negar que la utilización generalizada del comercio electrónico en determinados contratos ha originado un cambio en el derecho aplicable, y esto como consecuencia, en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones en los aspectos mas destacables del comercio electrónico.

Al respecto será preciso tener en cuenta que “Los problemas que surgen *ab initio* son los de dónde, cómo y cuándo se perfecciona el contrato. En esto, internet y otra red de computadoras no son diferentes de cualquier otro tipo de perfeccionamiento de contrato a distancia. Es decir, si no se ha previsto cosa diferente, el contrato se considera concluido en el momento y en el lugar en que el mensaje de aceptación de la oferta contractual es recibido por el sistema informático del destinatario. Se aplica pues, la misma lógica de la formación del contrato entre ausentes.”²⁰

²⁰ Rengifo García, Ernesto. **Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica**, pág. 20.

1.4.4. Buena fe.

“Este principio es simplemente una reafirmación del fundamento que informa en general todo el derecho, en especial cuando se hace referencia al intercambio nacional o internacional de bienes y servicios.”²¹ Cuando se habla de comercio electrónico la buena fe adquiere especial relevancia, por cuanto las características del intercambio que se realiza por medio de los soportes tecnológicos están fundamentadas en la confianza entre los contratantes.

1.4.5. Libertad contractual.

Esta es una manifestación o consecuencia necesaria del principio de inalterabilidad del derecho preexistente frente a las TIC, siendo éste un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, de la autonomía privada y de la libertad de competencia. La innovación tecnológica persistente respecto de la facilitación del acceso a internet ha contribuido a la expansión de las nuevas tecnologías y la actividad comercial por vías electrónicas, haciendo que la población tenga la posibilidad de participar de las ventajas de transacciones comerciales electrónicas y que las empresas –entre ellas pequeñas y medianas- puedan compenetrarse en el proceso

²¹ Molina Quiroga, Eduardo, **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI**, pág. 82.

virtual con aumento de competitividad a escala. Ante esta realidad, como operadores jurídicos es preciso asumirla, como viene dada, para hacer algo con ella.²²

1.4.6. Autonomía privada.

Es una facultad concedida por el Estado a los particulares, éste les confiere la potestad normativa de auto regularse y reglamentar sus intereses jurídicos, lo cual genera una relación obligacional entre las partes contratantes.

²² Una sofisticada tecnología –llamada internacionalmente alta tecnología (Hi-tech)- se presenta ante el derecho, en muchos casos influenciado por las viejas instituciones legales, y en otros, generando nuevas áreas del conocimiento y el correspondiente vacío legal.

CAPÍTULO II

2. Elementos básicos necesarios para la formación del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

2.1. La declaración de voluntad electrónica.

En principio, no debiera existir problema para declarar la voluntad por medios electrónicos. Con acierto señala Rodríguez Adrados: “Si la voluntad puede declararse por gestos, y aún por silencios, como no se va a poder declarar por medio de un ordenador.”²³

Independientemente del hecho de que teóricamente pueda declararse la voluntad por medios electrónicos, es pertinente preguntarse cómo se realiza tal manifestación volitiva en cada caso. Si consideramos que los medios de expresión asociados al concepto nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones son el correo electrónico, la *world wide web* (www), el chat, la videoconferencia y la telefonía IP, será factible preguntarse cómo se exterioriza la voluntad a través de cada uno de dichos medios.

Para tal propósito, se revisarán los diversos aspectos que la doctrina acostumbra analizar con ocasión de la declaración de voluntad como elemento del negocio jurídico, para intentar detectar la existencia o inexistencia de circunstancias particulares o

²³ Rodríguez Adrados, Antonio. **Notariado y contratación electrónica**, pág. 356.

anómalas que pudieran presentarse en la modalidad comercial electrónica y afectarla de algún modo.

Con el objeto señalado se hará referencia a las declaraciones de voluntades expresas, a las tácitas, a las presuntas y al silencio como medio de expresión de voluntad, específicamente analizadas, según se ha dicho, en su modalidad electrónica.

2.1.1. La declaración de voluntad expresa por medio de procedimientos electrónicos.

Existen básicamente dos teorías para intentar la distinción entre la voluntad expresa y la voluntad tácita. Son aquellas que ponen énfasis en el criterio objetivo y las que lo hacen en el subjetivo.

Según el criterio objetivo, declaración expresa es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad, como la palabra o el escrito; y es tácita, la que consiste en un comportamiento que sin ser medio destinado por su naturaleza a manifestar la voluntad, la exterioriza.

Según el criterio subjetivo, declaración expresa “es la realizada por el sujeto, precisamente con el fin de exteriorizar la voluntad que declara, y es declaración tácita la que aunque no manifestada en términos explícitos revela inequívocamente su voluntad.”²⁴

²⁴ Albaladejo Manuel, **Derecho civil, introducción y parte general**, pág. 591.

En todo caso, entiéndase que exteriorización de la voluntad expresa constituye la excepción, y basta en todos los demás casos que la declaración de voluntad se produzca por cualquier medio idóneo para darla a entender de un modo inequívoco.

Concretizando, en el plano propio de la expresión de voluntad por medio de las nuevas tecnologías, podemos señalar que éstas presentan ciertos caracteres extraordinarios que las sitúan en algo más que un simple medio de comunicación.

Es así como tales medios presentan, entre otras características, los de ser interactivos y bidireccionales, y permiten “la interconexión espontánea y continuada de las partes en tiempo real y en unidad de acto”,²⁵ particularidades que hacen que en ocasiones pueda parecerse más –la declaración de voluntad electrónica- a la expresión por medios naturales de la voluntad que a lo que se ha venido entendiendo como utilización de medios de comunicación artificiales, lo que se aparta de los esquemas clásicos bajo los cuales está estructurada, en alguna medida, la teoría decimonónica del negocio jurídico.

Es así como una comunicación vía internet por videoconferencia, conforma un proceso comercial, en el que “es posible incluso detectar signos o expresiones mínimas de una de las partes que puedan condicionar, o al menos orientar la voluntad...”,²⁶ lo que

²⁵ Mateu de Ros, Rafael. **El consentimiento y el proceso de contratación electrónica, contratación electrónica y firma digital**, pág. 43.

²⁶ Dávila Rodríguez, Miguel Ángel. **Manual de derecho informático**, pág. 170.

podría permitir que pudiera –la situación antes descrita- recibir el tratamiento de contratación entre presentes, aunque las partes se encuentren muy lejos físicamente.

Debe dejarse claro que tanto la contratación entre presentes como entre ausentes pueden materializarse por medio de declaraciones expresas o tácitas, sin embargo, lo que se pretende destacar es que los modos de expresión de voluntad de las nuevas tecnologías cambiará, en cierta medida, alguna de las formas en que los medios tradicionales permitían declarar la voluntad ya sea de modo expreso o tácito; entre presentes o entre ausentes.

Veamos como se materializa la declaración de voluntad expresa en los diversos medios de expresión de la voluntad que se han calificado como integrantes del concepto de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

- La declaración de voluntad expresa formulada por correo electrónico o por chat.

El correo electrónico, en principio, al igual que el correo tradicional, requiere del lenguaje escrito para la comunicación. Se dice en principio, pues a través del correo electrónico también es posible enviar archivos de imagen, sonido o audiovisuales. Con todo, se analizará la declaración expresa de voluntad en el correo electrónico en atención a su forma de expresión usual o mayoritaria: la escrita, dejando para otras formas de comunicación por internet el análisis de aquellos modos visuales, auditivos o audiovisuales.

Así, al igual que en cualquier otra comunicación escrita, la declaración de voluntad será expresada cuando por medio de caracteres gráficos se exteriorice.

La escritura, en general, estará vinculada a declaraciones de voluntad expresas y entre personas distantes, situación que será lo usual en el caso que se utilicen las técnicas vinculadas a las nuevas tecnologías. Es en este último caso, esto es la declaración de voluntad entre ausentes o distantes, que el correo electrónico puede diferenciarse de aquella transportada por medio del correo tradicional. Como se sabe, la voluntad expresa requerirá términos explícitos, que no admitan duda, y en caso de no estar formulada de modo inequívoco o suficientemente clara, no podrá considerarse que haya revestido el carácter de expresa. La inmediatez del correo electrónico y del chat, permiten la comunicación bidireccional casi instantánea entre las partes, lo que abre la posibilidad de despejar dudas surgidas en el proceso comunicacional, y contribuye en consecuencia, en el caso de que ese haya sido el deseo de el o los declarantes, a conformar una voluntad que cumpla los requisitos exigidos para una declaración de voluntad de tal naturaleza.

- La declaración de voluntad expresa vía página web.

Usualmente cuando se manifiesta la voluntad en un proceso comunicacional establecido con una página web, se hace pulsando la tecla del ordenador <enter> sobre la leyenda <acepto>.

Si se piensa, estamos ante una de las declaraciones de voluntad que requiere menos actividad por parte del sujeto declarante y, sin embargo, nos encontramos casi sin excepción ante una declaración expresa.²⁷ Además, debe considerarse que la pulsación y transmisión de la expresión <acepto> al ordenador donde se encuentra alojada la página web, consiste en la emisión del vocablo mas correcto y preciso, desde la perspectiva comercial, que se materializa en la respuesta de conformidad a una serie de condiciones previamente informadas, que el declarante habrá tenido la posibilidad de conocer a cabalidad.

Como en la actualidad muchas de las páginas web que ofrecen productos y servicios, con el propósito de asegurar el cumplimiento de sus deberes legales de información, incorporan páginas de visualización obligatoria antes de llegar a la opción <acepto>, pudiendo presumir, en consecuencia, la aceptación con pleno conocimiento de las condiciones ofrecidas, siendo por el contrario, difícil alegar y probar el desconocimiento de las condiciones incluidas en el proceso de negociación.

La situación actual del comercio vía página web no es del todo perfecta, ya que en la práctica es posible detectar deficiencias en el proceso de contratación electrónico. Como ejemplo de lo dicho, se puede señalar que muchas veces se ofrece información de las condiciones de contratación en un idioma no oficial del Estado en que se

²⁷ En ese sentido Mateu de Ros. **Ob. Cit;** pág. 45. Señala que, “el consentimiento contractual expreso no consiste, necesariamente, en una declaración de voluntad telemática escrita (tecleada) por el cliente en su terminal: es suficiente el acto (gesto) de la expresión de voluntad expresada a través de la orden (“enter”) de aceptación del contrato...”.

produce la aceptación y que, por tanto, el aceptante probablemente no podrá conocer o comprender a cabalidad.

- La declaración de voluntad expresa formulada por telefonía IP.

En este caso bastará con aplicar los criterios tanto doctrinales como jurisprudenciales que se han venido desarrollando desde la aparición de la telefonía tradicional. No obstante, existe un aspecto en el que destaca la telefonía IP, ya que lo normal es que en las comunicaciones orales vía teléfono tradicional no quede registro, siendo difícil posteriormente la prueba de los términos convenidos. En el caso de la telefonía IP, el archivo de las comunicaciones puede producirse en forma automática, en el disco duro del ordenador o en otros formatos de archivos, tanto magnéticos como ópticos, lo que facilitará la prueba del contenido de la voluntad.

- La declaración de voluntad expresa formulada por video conferencia.

Este es uno de los sistemas más perfectos y completos que ofrecen las tecnologías vinculadas a internet. Por este medio se puede transmitir la voz y la imagen, en forma bidireccional, con todo lo que ello implica: Captación de gestos, inflexiones de voz, aclaraciones, etc., pero además, si se desea, pueden transmitirse documentos de cualquier naturaleza.

Lo cierto es que a tal medio de declaración de voluntad se encuentran abiertas todas las posibilidades comunicacionales, por lo que será difícil determinar en abstracto la

forma que deberá revestir la declaración de voluntad expresa, siendo plenamente aplicable en este caso las exigencias de carácter general señaladas al efecto, debiendo emitirse, tal clase de declaración, a través de cualquier lenguaje que permita la transmisión de las ideas necesarias para el efecto negocial deseado.

2.1.2. La declaración tácita de voluntad y las nuevas tecnologías.

La segunda forma clásica de expresión de voluntad se puede realizar por medio de la denominada voluntad tácita. Esta especie de declaración se diferencia de la expresa, ya que mientras en esta última se dice, empleando alguna clase de lenguaje dirigido específicamente a la declaración de voluntad negocial, en la tácita la voluntad se infiere de hechos, como un proceso lógico que se funda en el principio de responsabilidad del sujeto que actúa, puesto que si éste ha creado una situación que puede dar a entender una voluntad a terceros, debe responder de su conducta, aceptando las consecuencias negociales que tal conducta pudiera haber generado.

El requisito esencial, consensuado en doctrina, para entender que nos encontramos ante una voluntad tácita, consiste en la exigencia de que la conducta o comportamiento del sujeto del que se infiere o deduce la voluntad sea concluyente, en el sentido de que sea inequívoco y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada.

De acuerdo a las explicaciones dadas y siguiendo las principales definiciones doctrinales podemos decir que la voluntad es tácita cuando se infiere o deduce de un

modo concluyente del comportamiento o conducta de un sujeto. Tal noción es usualmente la adoptada en doctrina y, aceptada además, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y que se darán por válidas para el análisis de las hipótesis de declaración de voluntad electrónica tácita.

Pero debe advertirse que la calificación fáctica del carácter concluyente de un determinado comportamiento, en caso de desacuerdo entre las partes, será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello, a las reglas de la lógica, toda vez que la determinación de la voluntad tácita consiste en un proceso de inferencia o deducción a partir de determinadas premisas, configuradas en este caso, por el comportamiento del sujeto.

Por la misma naturaleza casuística de la determinación de la voluntad tácita, no es posible en este caso, tal como se hiciera con la voluntad expresa, examinar las diversas formas de manifestación de voluntad por medio de las nuevas tecnologías, toda vez que cada caso presentará condiciones particulares que deberán ser examinadas de modo particular, y en caso de ser necesario, tal como se ha señalado, en sede judicial a través del debido proceso.

2.1.3. La declaración de voluntad presunta y las nuevas tecnologías.

La doctrina distingue otra clase de expresión de voluntad que no es más que una especie o clase particular de voluntad tácita, se hace referencia a la voluntad presunta. En el caso de que el proceso de deducción lógico, no sea realizado por las partes, ni

por el juez, sino que por la ley, la voluntad tácita recibe habitualmente la denominación de presunta.

Según Albaladejo, la Ley no hace más que determinar la conducta más probable, lógica o normal que realizan los sujetos en la actividad negocial, toda vez que: “La conducta observada por el sujeto, corresponde normalmente a la determinada voluntad que se presume”.²⁸

En los casos de voluntad presunta, al igual que en prácticamente la totalidad de las situaciones en que el legislador recurre a la técnica de las presunciones, lo que se pretende es proteger ciertas situaciones que se estiman dignas de amparo a través de la inversión de la carga de la prueba, facilitando a la parte mas débil la prueba de la misma. Es así como, ante una presunción de voluntad establecida por el legislador, el que quiera beneficiarse de la presunción no necesitará probar como habitualmente requeriría el significado negocial de una determinada conducta, sino solamente los hechos antecedentes o premisas, los que acreditados llevarán automáticamente a la conclusión prevista en la ley, salvo claro está, prueba en contrario, que deberá ser proporcionada, esta vez, por quien se encuentra interesado en desvirtuar la presunción.

2.1.4. El silencio como manifestación de voluntad y las nuevas tecnologías.

Tal como sucede en la teoría clásica del negocio jurídico, el silencio mantenido a través de las nuevas tecnologías, por regla general, no significará expresión de voluntad

²⁸ Albaladejo. **Ob. Cit**; pág. 593.

alguna, a excepción que la inactividad de la parte se dé dentro de un contexto del que quepa deducir alguna voluntad tácita, pues el silencio, en los casos que supone una expresión de voluntad, constituye además de la presunta otra especie calificada de voluntad tácita.

“Para que el silencio pueda considerarse declaración de voluntad deberá haber sido previamente considerado o previsto como hecho condicionante de una relación jurídica, para que en el caso en que se realice en los términos previamente delimitados, genere las consecuencias jurídicas previstas y origine derechos y obligaciones.”²⁹

La determinación de las consecuencias jurídicas del silencio debe hacerse específicamente para cada hipótesis negocial, pues como suposición excepcional es de derecho estricto. Tal determinación podrá haberse realizado por medio de la ley o a través del acuerdo previo de las partes. Sin acuerdo previo el silencio, excepcionalmente, solo podrá tener valor en la contratación entre presentes, si concurren las circunstancias que hagan indudable el sentido del silencio, en cuanto declaración de voluntad.

Cualquier duda en la determinación del significado del silencio o de las consecuencias que éste deba generar deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración,³⁰ toda vez, que la regla general es que el silencio no

²⁹ De Castro y Bravo, Federico. **El Negocio jurídico**, pág. 70.

³⁰ Albaladejo, **Ob. Cit**; pág. 595

constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada previo cumplimiento de los presupuestos señalados es que la suponga.

Especialmente sensibles a la interpretación del silencio como forma de manifestación de voluntad se encuentran aquellas situaciones negociales en que las partes están en un plano de desigualdad, entre predisponente y aceptante o profesional y consumidor, pues la imposición de una determinada significación del silencio a la parte débil de la relación jurídica podrá, razonablemente, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe.

A modo de conclusión, se puede afirmar que el análisis del silencio en el caso de la declaración de voluntad por medio de las nuevas tecnologías no ofrece novedad respecto a lo que se ha dicho tradicionalmente en la teoría del negocio jurídico, toda vez que se trata, precisamente, del caso de no exteriorización de la voluntad por actos positivos, y como se comprenderá es de la esencia del silencio la no transmisión de ningún mensaje en términos explícitos, siendo indiferente el medio en que se mantenga el silencio, a excepción de que las partes o la Ley al contemplar efectos jurídicos para el silencio en una hipótesis negocial determinada hubieran contemplado como uno de los supuestos exigidos, que el silencio haya sido mantenido por medios de comunicación determinados, en este caso, pertenecientes a las nuevas tecnologías.

2.1.5. El acuerdo de voluntades y las nuevas tecnologías.

“La contratación actual se ve determinada por los avances tecnológicos”.³¹ La contratación vía electrónica o por medio de las nuevas tecnologías permite la adquisición y prestación de servicios, implementación de labores contables, de recursos humanos, de gestión, el desarrollo de actividades empresariales, con sus clientes, proveedores, intercambio de información financiera, sistemas de transportación, cadenas de supermercados, en fin, va incorporándose a las actividades del hombre debido a la versatilidad de sus aplicaciones.

Pero estos avances técnicos favorecen y en ocasiones complican las relaciones contractuales del hombre. En tal sentido se ha afirmado que estamos “en presencia de una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel.”³²

El contrato pertenece de una manera dominante a la esfera del derecho voluntario. Nuestro derecho presenta como regla general el contrato consensual, perfeccionado por las recíprocas y concordantes manifestaciones de voluntad, conforme con el Artículo 1518 del Código Civil; en tal sentido, las partes pueden utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones para realizar sus negocios.

³¹ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M.A. y Rodríguez de Castro, E.P, **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**, pág. 5.

³² Illescas Ortíz, R, **El Comercio electrónico: fundamentos de derecho y el principio de equivalencia funcional**. pág. 64.

2.2. La Formación del Consentimiento electrónico por la oferta y la aceptación.

Tal como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, la posibilidad de aplicación de las reglas generales del derecho común y específicamente del derecho de contratos y obligaciones a la contratación realizada por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones no ofrece dudas. Por lo que puede afirmarse que, al igual que en la teoría general del negocio jurídico, el consentimiento se formará por la concurrencia de la oferta y de su correspondiente aceptación, todo ello de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la contratación.

Establecida la aplicabilidad de las reglas generales del derecho común se debe, sin embargo, recalcar la necesidad de efectuar un estudio profundo destinado a determinar la suficiencia o insuficiencia de tal normativa para responder con eficacia al fenómeno constituido por la formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información.

Una visión a priori del asunto evidencia la existencia de múltiples aspectos que pudieran considerarse conflictivos si se les trata de comprender de acuerdo a los criterios que han venido aplicándose a la formación del consentimiento en la teoría clásica del negocio jurídico.

Es así como la doctrina ha puesto de manifiesto algunos aspectos especialmente sensibles en el estudio de la formación del consentimiento electrónico, tales como la determinación del lugar o momento del perfeccionamiento del contrato, y **se evidencia**

la necesidad de regular normativamente los fenómenos comprendidos dentro del concepto de nuevas tecnologías de la información, especialmente lo relativo al momento de formación del contrato.

2.2.1. La oferta y la oferta electrónica.

La oferta se encuentra regulada en los Artículos 1521 al 1524 del Código Civil guatemalteco, sin embargo, una delimitación de la noción ha sido realizada en doctrina.

En términos generales se puede afirmar que la oferta es una declaración de voluntad destinada a la formación del consentimiento para un negocio jurídico determinado y que busca, para tal propósito, la aceptación de las condiciones expresadas de parte del sujeto o sujetos de derecho a quienes ha sido dirigida.

Para que la oferta sea electrónica, la declaración de voluntad deberá, como es lógico, proponerse por medios electrónicos.

- Requisitos básicos de la oferta.

De las definiciones consultadas puede concluirse que los requisitos básicos de la oferta son:

- Debe ser seria: “Debe existir el propósito serio del oferente de vincularse contractualmente con carácter definitivo, lo que supone que la oferta debe presentarse como la propia voluntad del oferente que consiente en el negocio jurídico y consiente, asimismo, en exteriorizar su voluntad para tal propósito. Lo expresado se opone a otras clases de comunicaciones incluso de carácter mercantil o jurídicas, que no tengan por objeto preciso la manifestación de voluntad con fines negociales definitivos.”³³

En uno de los instrumentos, quizás mas interesantes de referencia en derecho privado del momento, los principios del derecho europeo de contratos, se señala en su Artículo 2.201 que una propuesta constituye una oferta si: “a) se muestra la voluntad de convertirse en un contrato si la otra parte acepta;”, expresión que contiene el requisito clásico de seriedad. Al comentar tal disposición Díez-Picazo sostiene que: “La existencia de esta voluntad de vinculación jurídica separa nítidamente los contratos de aquellos otros acuerdos que puedan haberse dejado en un campo puramente social o puramente moral”.³⁴

- Debe ser Inequívoca: En el sentido de que no debe dar lugar a interpretaciones diversas. En la misma línea el Artículo 14 de la Convención de Viena, exige precisión en la oferta, encargándose además, de determinar en qué consiste la precisión exigida al señalar: “Una propuesta es suficientemente precisa si indica las

³³ Díez Picazo, Luis, **Anuario de derecho civil, la Formación del contrato**, pág. 284.

³⁴ **Ibid.** Pág. 285

mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. La Característica de la precisión se relaciona estrechamente con la exigencia de la determinación de la oferta que a continuación se verá.

- La oferta debe ser completa y determinada: Es decir, debe contener todos los elementos esenciales del futuro negocio, de modo que con la simple aceptación el contrato sea perfecto.

En tal sentido, la literal b) del Artículo 2.201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, prescribe que la oferta debe contener términos y cláusulas suficientes para formar un contrato.

- La forma de la oferta en principio es libre: La manifestación de voluntad que constituye la oferta puede, en principio, exteriorizarse por cualquier medio.

En esta materia, según se ha dicho, rige el principio general de libertad de forma, sin embargo, como excepción podrá ser exigida cierta forma para la oferta (solo para ésta, y no para la aceptación) o para el contrato, en cuyo caso también ha de observarla la oferta.

Además, según se ha señalado, la oferta es una declaración de voluntad recepticia destinada por naturaleza a recabar la aceptación de otro sujeto con la finalidad de perfeccionar un negocio jurídico bilateral, de lo que se colige que será presupuesto de

validez de la misma la circunstancia de que llegue efectivamente a conocimiento del destinatario de la misma.

Es importante recordar que “lo que caracteriza a una declaración de voluntad recepticia es la circunstancia de haber sido emitidas con la finalidad de llegar a un destinatario, las cuales para ser plenamente eficaces exigen, a diferencia de las declaraciones no recepticias, que lleguen a conocimiento del destinatario de la misma. Por tal motivo si por cualquier causa la oferta no llega a conocimiento del destinatario, más que una revocación de la oferta, se habrá producido un supuesto de interrupción del proceso formativo”, según señala Martínez Gallego.³⁵

La oferta, como se sabe, no es una declaración de voluntad que produzca efectos perpetuamente, sino que tiene una vigencia determinada.

La vigencia de la oferta estará subordinada principalmente a la aceptación o rechazo de la misma y a la revocación que, en su caso, pudiera ejercitar el oferente, como también a una serie de otras causas específicas que no es del caso tratar con profundidad.

- ¿Oferta electrónica o invitación a ofertar?

Para que una comunicación electrónica constituya oferta bastará con que contenga los elementos esenciales del contrato (determinando con claridad el objeto del mismo) y no

³⁵ Martínez Gallego, Eva. **La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación**, pág. 70.

establezca reservas de ningún tipo. En el derecho inglés, por ejemplo, se requiere que la oferta sea comunicada conteniendo términos suficientemente claros.

El desarrollo del *common law* ha sido ligeramente distinto en Estados Unidos, donde existe un requisito adicional de que dicha oferta esté dirigida a una persona determinada (*identified offeree*).

Se ha venido aceptando en los sistemas del *common law* que la publicidad de un producto o servicio no satisface los requisitos esenciales de la oferta y se califica, por ello, como una mera invitación a negociar. El principio se ha aplicado con éxito al comercio electrónico y es hoy generalmente aceptado en dichos sistemas que la presentación de productos o servicios en un sitio web constituye una *Invitatio ad offerendum*. A pesar de ello, puede establecerse una importante excepción en derecho inglés, por equiparación con las máquinas automáticas, en los casos en que un sistema informático pueda proveer directamente el servicio objeto del contrato, como puede ser la descarga de una canción. Esta excepción ha sido tomada en cuenta en las *Electronic Commerce Regulations*, que transponen la Directiva del Comercio Electrónico (DCE) en el Reino Unido.

Apréciase que la oferta al público es difícilmente posible en Estados Unidos, exceptuando el caso de las ofertas de recompensa, a las que solo una persona podría responder.

Este no es el caso en nuestro sistema, en el que es comúnmente aceptado por la doctrina (Luis Diez-Picazo) que una oferta puede estar dirigida al público, siempre y cuando contenga todos los elementos esenciales del contrato. Mas relevantes aún son en este sentido las disposiciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI), cuyo Artículo 27 atribuye la oferta a la parte encargada de confirmar mediante correo electrónico la recepción de un pedido; presumiblemente el prestador, siendo práctica extendida el envío de correos electrónicos automatizados con este objeto.

Esta situación hace posible que la presentación de un determinado producto o servicio en un sitio web constituya una oferta válida en Guatemala y se considere una invitación a negociar en Inglaterra y Estados Unidos. Como veremos más adelante, esto requerirá unos análisis específicos de los pasos y tecnologías empleados en la contratación.

Una excepción a estas discrepancias puede encontrarse en lo que a la venta internacional de bienes muebles se refiere, en la **Convención de Viena de 1980**, que se adhiere al criterio norteamericano al especificar en su **Artículo 14**: “1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas

determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

Por último es conveniente mencionar la situación particular existente en el caso de las subastas electrónicas, normalmente consideradas como una solicitud de ofertas en forma de pujas. Esta categorización es perfectamente coherente con todos los sistemas analizados, pues ni se conoce aún a la persona destinataria de la oferta ni el precio u otras cualidades esenciales de la contratación han sido aún fijados. A la puja seguirá la posibilidad otorgada al subastador de no proceder a la venta, en subastas con reserva, o estar obligado a aceptar la oferta, en subastas sin reserva.

- Oferta a través de páginas web.

Ahora bien, en las páginas web encontramos información sobre productos que se encuentran a la venta, de los cuales se informa el precio, la forma de pago y las características del producto. ¿Estos datos pueden considerarse una oferta o estamos ante una invitación a ofertar?

Se debe analizar si se trata de un contrato dirigido a los consumidores, donde existe en la misma página la posibilidad de aceptar, estando en este caso ante una oferta. Si es necesario que el visitante envíe una propuesta que será posteriormente aceptada por el proveedor, estamos ante una invitación a ofertar. Es necesario analizar cada caso concreto.

La oferta incluida en la web debe contemplar los siguientes aspectos: La identidad del proveedor, las características especiales del producto, el precio con impuestos incluidos, y en forma separada los gastos de transporte, la forma de pago, modalidades de efectuarse la entrega o la forma de ejecución y el plazo de validez de la oferta.

“Es aconsejable añadir la advertencia de que el plazo de validez de la misma se extenderá al tiempo en que permanezca en la web sin modificar, de manera que no se podrán cursar pedidos que se acojan a las condiciones de ofertas anteriores, cuando se haya producido una modificación en la oferta que aparezca en la web en el momento del pedido”.³⁶

- En la formación del consentimiento electrónico ¿se requiere que la oferta sea necesariamente electrónica?

Está claro que si la oferta y la aceptación se producen por cualquier medio electrónico estaremos dentro del contexto del negocio jurídico electrónico, mientras que si ambas se expresan a través de medios tradicionales nos situaremos fuera del contexto de las nuevas tecnologías, pero ¿qué sucede si sólo la aceptación es electrónica?

El problema planteado ya ha sido tratado en doctrina, con el objeto de determinar el carácter electrónico o no de un contrato, concluyéndose que si la oferta es electrónica y la aceptación no lo es, el contrato no tendrá la calidad de electrónico, ya que lo esencial

³⁶ Rivas, Ribas Alejandro. **Aspectos jurídicos del comercio electrónico en internet**, pág. 72.

será que el perfeccionamiento del contrato sea electrónico y eso ocurrirá en el momento de la aceptación de la oferta.

De lo dicho se deduce que, en el caso contrario, esto es, cuando la oferta haya sido efectuada por medios no electrónicos pero la aceptación se hubiere realizado por tales medios, se podrá considerar que el consentimiento ha sido electrónico y por tanto, el negocio o el contrato, en su caso, también.

- Algunas consideraciones especiales sobre la oferta electrónica.

No toda la amplia oferta de productos y servicios a la que es posible acceder por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, principalmente vía internet por páginas web, puede ser considerada como una oferta de celebrar un contrato, en la gran mayoría de casos nos encontraremos con ofertas comerciales que no alcanzan a constituir oferta de celebrar contratos sino que tendrán el carácter de publicidad o la naturaleza jurídica de invitaciones a ofrecer.

En efecto, la exhibición de un producto o servicio, unido al precio del mismo por medio de las nuevas tecnologías, especialmente vía página web, puede asimilarse a la exhibición de un producto o servicio en una estantería, la que en algunos países del *civil law* se considera oferta o propuesta, a condición de que sea indicado el precio: así por ejemplo, en Francia y Suiza, en donde ha sido el propio legislador el que ha dirimido las dudas al respecto, estableciendo en el Artículo siete, párrafo tres, Código de las Obligaciones, que “En general, vale como oferta la exposición de mercaderías

con indicación de precios.” Lo contrario sucede en el ámbito del derecho alemán e italiano, donde esa exposición no constituye sino invitación a proponer.

Considerar la exhibición de un producto o servicio con indicación del precio como una invitación a proponer es la solución preferida tanto por los países del common law como los países ex socialistas, y es la conclusión que puede deducirse de la regulación realizada en el derecho común guatemalteco, toda vez que la doctrina señala en forma prácticamente unánime que la oferta debe contener la conciencia seria de voluntad del declarante de querer obligarse contractualmente con carácter definitivo.

Si tal conciencia seria no se evidencia de manera clara, no cabe por medio de la interpretación o la analogía atribuir el carácter de oferta de celebrar un contrato a la exhibición de determinadas mercaderías y servicios con indicación del precio, y por tanto, conceder a tal declaración de voluntad las consecuencias jurídicas atribuidas por la ley a aquella voluntad capaz de conformar un negocio jurídico.

En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su Artículo 14.2 exige términos explícitos a la voluntad que quiera ser considerada oferta de contratar, al disponer: “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

Respecto de los requisitos que deben exigirse a la oferta electrónica, también debe entenderse que, la voluntad expresada a través de las nuevas tecnologías de la

información, como voluntad que es, deberá cumplir los mismos requisitos que cualquier oferta negocial.

Es así, como en este caso la oferta deberá ser completa y contener todos los elementos necesarios para entender perfeccionado el negocio con la sola declaración de voluntad del aceptante.

2.2.2. La aceptación electrónica

Frente a la propuesta, el destinatario puede rechazarla, guardar silencio –actitud que se equipara a la anterior-, puede modificarla y también puede aceptarla.

“La aceptación es la manifestación de voluntad del destinatario de la propuesta, que admite la oferta recibida, la aprueba y se conforma con ella; se trata de una segunda manifestación de voluntad que se enlaza con la primera para formar el consentimiento”.³⁷

La aceptación electrónica se define como aquella declaración unilateral de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y dirigida al oferente a través de medios de comunicación y/o medios informáticos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por él. Con su declaración queda obligado a celebrar el contrato en los citados términos.

³⁷ Gamarra, Jorge. **Tratado de derecho civil uruguayo**. Tomo XI, pág. 117.

Al igual que la oferta, la aceptación debe contener claramente la intención de contratar.

- Requisitos esenciales de la aceptación de acuerdo a la doctrina.

De acuerdo a la doctrina se puede afirmar que los requisitos esenciales de la aceptación son:

- “Debe ser pura y simple en el sentido de no condicionada, y coincidente en todas sus características esenciales con la oferta.”³⁸

Si la aceptación es condicionada se entenderá como una nueva oferta, o contraoferta, realizada esta vez al primer oferente, que será considerado nuevo destinatario de la segunda oferta.

Reafirmando la misma regla general, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional prescribe en su Artículo 19.1 que “La respuesta a una oferta que pretenda ser aceptación y que contenga adiciones, limitaciones y otras modificaciones se considerará como oferta rechazada y constituirá una contraoferta.” No obstante, la misma Convención al recoger criterios más modernos dispone, en el apartado segundo del mismo Artículo, que “La respuesta a una oferta que pretenda ser aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente a los expresados en la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora

³⁸ Albaladejo, **Ob. Cit;** pág. 394.

injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido”³⁹

➤ “Debe suponer una voluntad de contratar seria o definitiva”.⁴⁰

No basta cualquier respuesta a la oferta, ya que: “No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorpore la voluntad contractual, aún cuando en ellos no haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibo de la oferta, la expresión de interés que ella puede haber despertado en el destinatario o cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación”⁴¹

La aceptación constituye la consumación de un negocio jurídico con consecuencias jurídicas que pueden ser importantes, por lo que la voluntad de obligarse por parte del aceptante debe existir claramente. Debe existir tanto la voluntad de consentir en el negocio jurídico específico, como también la voluntad de exteriorizar el querer interno para el perfeccionamiento del negocio.

³⁹ La misma Convención se ocupa, en una evidencia de técnica legislativa adecuada, de los elementos que se considera pueden alterar sustancialmente la oferta. Entre ellos, se menciona en el Artículo 19.3 los elementos adicionales o diferentes relativos al precio, al pago, a la calidad y cantidad de la mercadería, al lugar y la fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias.

⁴⁰ Gete-Alonzo, María, **Manual de derecho civil II, teoría general del contrato**, pág. 576.

⁴¹ Díez-Picazo, **Ob. Cit**; pág. 20.

- Debe exteriorizarse a través de cualquier medio idóneo que no necesariamente debe ser el mismo que el utilizado para formular la oferta.

“Tal declaración, en virtud del principio de libertad de forma, puede ser efectuada de cualquier modo, pero deberá necesariamente producirse electrónicamente por constituir el elemento esencial para situarnos dentro del ámbito del negocio jurídico electrónico.”⁴²

La acepción también, de acuerdo a las reglas generales que gobiernan la teoría del negocio jurídico, puede ser materializada en virtud de una declaración de voluntad expresa o tácita. Para que exista aceptación tácita, se requiere que los actos del destinatario de la oferta, en su consideración objetiva y social, signifiquen conformidad con la oferta.

Al respecto, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional permite en términos explícitos la aceptación tácita, señalando además, algunos ejemplos sobre el asunto, al disponer en su Artículo 18.3 que: “En virtud de la oferta, de prácticas o de usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente.

⁴² Díez-Picazo, **Ob. Cit**; pág. 20.

- Debe ser tempestiva.

Es decir, producirse mientras la oferta esté vigente, esto es, antes de que haya sido revocada o haya caducado por cumplimiento del plazo o condición establecida para su vigencia.

En principio, una aceptación intempestiva carece de toda eficacia, sin embargo puede suceder que el oferente siga interesado en la celebración del negocio, en cuyo caso la doctrina propone dos soluciones contrarias: “Considerar la eventual aceptación eficaz, a pesar del retraso, o estimar que es una contraoferta que precisa de una nueva aceptación”.⁴³ En general, puede afirmarse que tanto la doctrina como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional permiten al oferente la posibilidad de considerar perfeccionado el negocio en virtud de una aceptación tardía bajo determinadas condiciones.

Sobre la tempestividad de la oferta, la doctrina acostumbra a preguntarse por la situación que puede producirse en el caso de que no se haya fijado plazo para la validez de la oferta, concluyendo, en líneas generales, que la aceptación se ha de emitir y llegar a conocimiento del oferente en un “plazo razonable”, misma solución seguida en el Artículo 18.2 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional.

⁴³ Martínez Gallego, **Ob. Cit.**, pág. 94.

- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente como declaración de voluntad recepticia que es.

Como puede deducirse, de todo lo dicho no basta, por regla general, que la aceptación haya sido emitida sino que será necesario que llegue efectivamente a conocimiento del oferente mientras la oferta esté vigente, ello salvo excepciones que se han revisado al tratar sobre la tempestividad de la aceptación.

- Necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta (regla del espejo)

Para que la contestación de una oferta constituya aceptación ha de coincidir con todos los términos de la primera sin ninguna variación; cualquier modificación, sea por añadido o por cambio, de los términos de una oferta convierte la aceptación en una contraoferta. En el mundo del Common Law, esta concepción recibe el nombre de *mirror-image rule* (regla de la imagen en el espejo), porque la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en un espejo: exacta.

Si la oferta y la aceptación no coinciden, en virtud de la regla anterior, ésta última pasa a ser una contraoferta; luego el cumplimiento del oferente equivale a una aceptación de aquella contraoferta, a pesar de esa falta de coincidencia. El contrato se rige entonces por los términos de la aceptación-contraoferta, que son los términos de la oferta inicial, más los añadidos en ésta (que pueden ser simples términos adicionales o incluso contrarios a alguno de la oferta inicial). De esta manera, el contrato queda regido por la última propuesta en el tiempo. La única excepción a esta situación consiste en el

rechazo expreso por parte del oferente de los términos de la contraoferta. Ahora bien, como lo normal en la práctica es que el oferente sea el comprador y que el aceptante sea el vendedor, quien realiza la posterior propuesta es este último. Con lo cual, la doctrina contractual tradicional tiende a favorecer al vendedor.

- ¿Se acepta la voluntad tácita para formar el consentimiento electrónico?

La declaración de voluntad tácita se diferencia de la expresa, ya que mientras en esta última se dice, empleando alguna clase de lenguaje dirigido específicamente a la declaración de voluntad negocial, en la tácita la voluntad se infiere de hechos, como un proceso lógico que se funda en el principio de responsabilidad del sujeto que actúa, puesto que si este ha creado una situación que puede dar a entender una voluntad a terceros, debe responder de su conducta, aceptando las consecuencias negociales que tal conducta pudiera haber generado.

El requisito esencial, consensuado en doctrina, para entender que nos encontramos ante una voluntad tácita, consiste en la exigencia de que la conducta o comportamiento del sujeto del que se infiere o deduce la voluntad sea concluyente -*facta concludentia*-, en el sentido de que sea inequívoco y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada.

De acuerdo a las explicaciones dadas y siguiendo las principales definiciones doctrinales, se puede decir que la voluntad es tácita cuando se infiere o deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta de un sujeto. Tal noción es

usualmente adoptada en doctrina y, aceptada además, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y se tendrá por válida para el análisis de las hipótesis de declaración de voluntad electrónica tácita.

Con todo, debe advertirse que la calificación fáctica del carácter concluyente de un determinado comportamiento –en caso de desacuerdo entre las partes- será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello a las reglas de la lógica, toda vez que la determinación de la voluntad tácita consiste en un proceso de inferencia o deducción a partir de determinadas premisas configuradas en este caso, por el propio comportamiento del sujeto.

- ¿Qué sucede con el silencio como forma de aceptación?

Respecto al silencio como manifestación de voluntad, tal como sucede en la teoría clásica del negocio jurídico, el silencio mantenido a través de las nuevas tecnologías, por regla general, no significará nada, a excepción de que la inactividad de la parte se dé dentro de un contexto del que quepa deducir alguna voluntad en términos concluyentes tal como se explicó para el caso de la voluntad tácita, pues el silencio, en los casos que supone una expresión de voluntad, constituye además de la presunta, otra especie calificada de voluntad tácita.

Para que el silencio pueda considerarse declaración de voluntad deberá haber sido previamente considerado o previsto como hecho condicionante de una relación jurídica,

para que en el caso en que se realice en los términos previamente delimitados, genere las consecuencias jurídicas previstas nacimiento de derechos y obligaciones.

La determinación de las consecuencias jurídicas del silencio debe hacerse específicamente para cada caso, pues como regla excepcional que es, su aplicación es de derecho estricto. Tal determinación podrá haberse realizado por medio de la ley o a través del acuerdo previo de las partes. Sin acuerdo previo el silencio, excepcionalmente, solo podrá tener valor en la contratación entre presentes, si concurren circunstancias que hagan indudable el sentido del silencio en cuanto declaración de voluntad.

Cualquier duda en la determinación del significado del silencio o de las consecuencias que éste deba generar, deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración, toda vez, que la regla general es que el silencio no constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada, es que si lo suponga.

CAPÍTULO III

3. El momento de formación del consentimiento electrónico.

3.1. La perfección del negocio jurídico electrónico.

Aspectos generales:

Un aspecto relevante en la contratación electrónica es determinar cuándo se considera perfeccionado el contrato.

La particularidad reside en que el intercambio de la oferta y la aceptación se producen entre computadoras, a veces sin la intervención del hombre en el momento del envío del mensaje de datos portador de la declaración de voluntad, generalmente entre lugares distintos y distantes, muchas veces en forma casi instantánea, pero otras mediando un lapso entre oferta y aceptación.

Ello genera al derecho ciertos problemas a resolver, de entre los cuales se hará referencia al momento en que se considera formado el consentimiento y cuándo emitidas o recibidas las declaraciones de voluntad.

El principio a aplicar es que el derecho común de los contratos no es derogado. Para que se forme el consentimiento contractual es necesaria una oferta aceptada.⁴⁴

Cuando el consentimiento no se forma de manera instantánea el interrogante siguiente a responder es cuándo se considera aceptada la oferta. En el derecho clásico se han propuesto cuatro teorías o sistemas: De la declaración, de la expedición, de la recepción, y del conocimiento; la aplicación de una u otra dependerá de la legislación aplicable al contrato o, en su caso al convenio que rija al contrato.^{45 46}

Como se ha indicado, el contrato puede ser celebrado entre personas presentes y no presentes, dependiendo del medio adoptado para emitir las manifestaciones de voluntad. Ahora bien, la utilización de los medios electrónicos, y concretamente internet, permite también exponer la posibilidad de celebrar contratos entre presentes y no presentes en la red, dependiendo de la tecnología utilizada.⁴⁷ Esto es así, puesto que el intercambio electrónico de datos puede funcionar de forma instantánea e

⁴⁴ El Artículo 1521 del Código Civil guatemalteco, manifiesta: “**Proposición de Contrato.** La persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo...”. En el mismo sentido el Código Civil argentino, en su Artículo 1144, expresa: “El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra.

⁴⁵ Las partes pueden convenir cuándo considerarán que la oferta o la aceptación tienen eficacia, aún apartándose del derecho común aplicable al contrato. La posibilidad de convenios sobre el punto es limitada cuando se trata de contratos de consumo; v.g. Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre Comercio Electrónico), permite ciertos convenios sobre información mínima y exigencias de comunicación, salvo cuando los contratantes sean consumidores (Arts. 10 y 11).

⁴⁶ El Código Civil argentino, en su Artículo 1154, adopta el sistema de la expedición, lo que trae no pocos problemas y generó propuestas de reforma.

⁴⁷ Barceló, Julia R, **Comercio electrónico entre empresarios**, pág. 316.

interactiva, o de manera que exista cierto margen de tiempo importante, desde minutos a horas.

3.2. Teorías doctrinales para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

En relación con los contratos celebrados entre partes distantes, se han expuesto varias teorías con respecto al momento de formación del contrato. Primero se desarrollarán dos teorías.

3.2.1. Teoría de la emisión o declaración.

En ella el momento decisivo es la emisión por el aceptante de su declaración de voluntad, pues a partir de entonces se entiende que coexisten las declaraciones de voluntad (oferente-aceptante), tomando como ventaja la celeridad, puesto que aún sin la aceptación ser conocida por el oferente, el aceptante podría comenzar a ejecutar el contrato, mediando solo una comunicación de dicho comienzo.

3.2.2. Teoría de la cognición.

En esta se sitúa la perfección en el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente, dado su carácter recepticio. Como expresara Gómez Laplaza, “las declaraciones de voluntad concurren”⁴⁸

Ambas teorías han sido objeto de críticas por la doctrina, y se consideran muy certeras, pues ¿Cómo encontramos vinculados por lo que ignoramos? Y aún con la solución brindada por la segunda teoría ¿Sería justo que por causas imputables al oferente éste no conociere de la aceptación diligentemente realizada y por tanto no se perfeccione el contrato? Todo ello amén de los inconvenientes probatorios.

Por estas razones surgen otras dos teorías, denominadas intermedias:

3.2.3. Teoría de la expedición.

Donde no solo se requiere la emisión de la declaración de voluntad por el aceptante sino de su envío al oferente, y sería a partir de entonces que el contrato se entiende perfeccionado, pues ya el aceptante hizo lo debido, lo cual podría probar con gran facilidad. Como indica Díez-Picazo: “...mientras la declaración de voluntad de

⁴⁸ Gómez Laplaza, M.C, **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, pág. 126.

aceptación se mantiene dentro del círculo o ámbito del propio aceptante, debe ser considerada como ineficaz para determinar la existencia de un contrato”⁴⁹.

3.2.4. Teoría de la recepción.

En ella lo importante es el hecho de que la voluntad expresada llegue al ámbito de intereses del oferente, o sea que se presente la real posibilidad de su conocimiento, si éste actuase diligentemente.

En la primera de ellas podría cuestionarse la posibilidad de recuperar la aceptación, e incluso su irrevocabilidad, y la segunda, como expresa Gómez Laplaza, “Plantearía problemas el hacer depender la conclusión del contrato de un hecho material.”⁵⁰

Lo importante radicaré en la posición adoptada por cada derecho positivo (siempre con carácter supletorio a la autonomía de la voluntad de las partes). En derecho comparado existe predominio de las teorías intermedias, siendo acogida la expedición por el Código Civil Argentino,⁵¹ Artículo 1,154, y de la recepción por el Código Civil

⁴⁹ Díez-Picazo. **Ob.cit**, pág. 94

⁵⁰ Gómez Laplaza, **Ob. Cit**; pág. 128.

⁵¹ No obstante, el actual proyecto argentino de Código Civil recoge en el Artículo 915: “CONCLUSIÓN DEL CONTRATO. El contrato se forma con la oferta y la aceptación. El contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente.”, acogiéndose entonces a la teoría de la recepción.

mexicano para el Distrito Federal, Artículo 1807⁵², y el Código de Comercio de Colombia, Artículo 864.⁵³

La perfección del contrato puede presentar problemas, no solo por el lapso entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario, sino también cuando éste existe entre oferta y aceptación.

En los contratos por correspondencia, los momentos de oferta y aceptación necesariamente tienen que separarse. Primero existe el momento en que se hace la oferta y se envía el despacho que la contiene, luego aquel en que la otra lo recibe, lo conoce y envía a su vez el despacho contentivo de la aceptación, y aquel otro en que la aceptación es recibida y conocida por el oferente.

El Artículo 1262.2 del Código Civil español, anterior a su modificación del año 2002 a tenor de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE), se refiere a la aceptación hecha por carta, considerada como contratación entre ausentes, dado que el medio escogido para manifestar la voluntad supone una dilación temporal relevante entre la oferta y la aceptación.

⁵² Artículo 1807: “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los Artículos precedentes.”

⁵³ Artículo 864. “(...) Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los Artículos 850 y 851.”

Como se explica, el Artículo 1262.2 del Código Civil español, soluciona el problema en caso de dilación temporal entre emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente y acoge el criterio de la cognición.

Según Gómez Laplaza, el segundo párrafo del Artículo citado, “simplemente da una solución a un problema específico que no se da en la contratación entre presentes. En ésta es indiferente si el contrato se perfecciona al emitir la declaración de aceptación o al conocerla el destinatario, ya que coinciden los momentos, o son jurídicamente irrelevantes.”⁵⁴

El Código de Comercio de España, en la modificación del Artículo 54 hace alusión a dos teorías distintas, la cognición y la expedición, esta última para los contratos celebrados por dispositivos automáticos, formulación que resulta llamativa al diferenciar su regulación de los celebrados entre partes distantes, lo cual es recogida en el primer párrafo. Dicha modificación expresa lo siguiente:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

⁵⁴ Gómez Laplaza, **Ob. Cit**; p. 129.

Como se evidencia, con esta modificación se han acogido los criterios de la doctrina cuando reconoce que “las consecuencias injustas para el aceptante de una demora en el conocimiento de la aceptación, imputables al oferente, deben ser suavizadas acogiendo los criterios sostenidos por la teoría de la recepción.”⁵⁵

En tal sentido, la jurisprudencia española ha acogido criterios de la teoría de la recepción, siendo suficiente que se pruebe que la declaración ha podido ser conocida por el destinatario, teniendo éste que asumir la carga de la prueba en contrario.

El Artículo 310 del Código Civil cubano⁵⁶ reconoce el momento de perfección cuando las partes manifiestan su voluntad, lo cual sería válido en una contratación entre partes presentes, pero al dar lectura al Artículo 317, segundo párrafo, del propio cuerpo legal, cuando el acto se realiza por carta u otro medio de comunicación, se obliga el aceptante desde que emite su voluntad y el oferente desde que llega ésta a su conocimiento, siguiendo el criterio de la cognición. A este respecto, Alberto Blanco opinó que, ante las dificultades que suscitaría la prueba de un hecho psicológico cual el conocimiento de la aceptación, “mucho más lógico parece entender o que la recepción es suficiente o presumir por ella el conocimiento de la aceptación.”⁵⁷

⁵⁵ Díez-Picazo, L, **Fundamentos de derecho civil patrimonial**, pág. 214.

⁵⁶ Artículo 310: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad.”

⁵⁷ Blanco, Alberto, **Curso de obligaciones y contratos**, tomo II, pág. 130.

Esta solución civil trae una discrepancia con el ámbito mercantil, cuando el Artículo 54 del Código de Comercio cubano establece, para el caso de contratos celebrados por correspondencia, la perfección desde que se emita la aceptación (teoría de la emisión).

“Tales discrepancias han encontrado argumentos en que las teorías de la emisión y de la expedición son más factibles al dinamismo del tráfico mercantil, mientras que las demás se adaptan mejor a la contratación civil”.⁵⁸

Se es del criterio que el momento de perfección entre presentes queda regulado en el Artículo 310 del Código Civil cubano. Sin embargo, cuando se está en un contrato realizado entre partes distantes debe estipularse tal momento desde que el oferente tiene la posibilidad de conocer la aceptación, acogiéndose en este caso a la teoría de la recepción, tal y como se propone en el Proyecto cubano de Decreto-Ley “De la Contratación Económica”⁵⁹ el que según su disposición final segunda, podrá ser de aplicación supletoria a otros contratos en lo no previsto para ellos por sus normas especiales y el derecho común. Este aspecto resultaría controvertible. Para que ésta legislación especial sea utilizada en un contrato civil, las partes deberán expresar su acogimiento, partiendo del carácter dispositivo de estas normas; en caso contrario sería inaplicable.

⁵⁸ Uría, R, **Derecho mercantil**, pág. 57.

⁵⁹ Proyecto cubano de Decreto Ley “De la Contratación Económica”, Artículo 16: “La aceptación de la oferta del contrato ha de ser categórica y sin reservas, perfeccionándose el contrato desde el momento en que el asentimiento llegue al oferente.”

En textos legales internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (UNCITRAL) y los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se sigue el criterio de la recepción, al entenderse que es el que mejor se asocia con los principios de la buena fe, de autorresponsabilidad y confianza.

Esto se justifica porque la llegada o recepción hacen efectivas las declaraciones de voluntad, efectividad que ha de situarse en el momento en que llega al ámbito de intereses del destinatario, sin perjuicio de que éste haya llegado efectivamente a conocerla o no.

Otro problema que se debe resolver sería el supuesto en que la aceptación llegase retrasada o no llegase al poder del oferente por causas ajenas al aceptante. Esto pudiera darse en el ciberespacio por los riesgos propios del correo electrónico.⁶⁰ En este caso, plantean diversos ordenamientos, como el alemán o el suizo, que el oferente podría quedar vinculado, excepto que manifieste inmediatamente al aceptante dicha demora o no arribo, si no valdría la aceptación como hecha tempestivamente.

Si el aceptante ha hecho todo aquello que estaba a su alcance para que el oferente conociera su declaración, y si este último pudo y debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si las hubiere conocido, aunque no haya sido así real y efectivamente.

⁶⁰ Entiéndase como los eventuales congestionamientos de la red, presencia de piratas informáticos que impiden la recepción del mensaje contenido de la manifestación o que éste llegue distorsionado.

En los contratos celebrados entre partes distantes, como se ha podido observar, se necesita un equilibrio mayor entre las partes contratantes, y esto lo permite la teoría de la recepción, pues no es el oferente el único beneficiado. Esta corriente favorece el tráfico jurídico de los negocios, fin esencial de la contratación, por lo que debiera crearse una norma dentro del Código Civil guatemalteco, dentro de las disposiciones relativas a los contratos, que acoja la teoría aquí definida.

3.3. Contratación entre presentes y contratación a distancia.

Frecuentemente al contrato de formación instantánea⁶¹ se han contrapuesto una serie de medios utilizados por las personas físicamente no presentes, de los cuales unos se equiparan a la contratación entre presentes y otros hacen que se configure la contratación entre no presentes. Estos medios son: Correspondencia postal, teléfono, radio, fax o télex, correo electrónico y páginas web.

a. Contratación entre presentes:

Existen varios criterios que se siguen para determinar cuando un contrato celebrado entre personas que no están físicamente presentes, puede no obstante, considerarse como un contrato entre presentes:

⁶¹ Se define como aquel en que existe la posibilidad real de producirse el intercambio oferta-aceptación-constitutivo del consentimiento- de manera inmediata. Su uso excluye la posibilidad de revocar la oferta o retirar la aceptación.

- La oralidad: Se consideran en este caso aquellos medios que a través de la comunicación inmediata permiten obtener un conocimiento instantáneo de la conclusión del contrato. Se refiere al teléfono y a la radio.

La contratación electrónica goza de una naturaleza mixta. Por un lado, tiene la característica de la inmediatez de la contratación entre presentes, pero al mismo tiempo los contratantes están en espacios geográficos diferentes, propio de la contratación entre distantes. No obstante, la jurisprudencia establece que los contratos concluidos por teléfono serán considerados como contratos entre presentes.

- Comunicación ininterrumpida: Se tratará de un contrato entre presentes, siempre que las partes se sirvan de un medio de transmisión que les permita una comunicación ininterrumpida. Dentro de estos se consideran los concluidos por teléfono, radio, fax o télex, y actualmente podrían encuadrarse los celebrados vía chat o telefonía IP.

La transmisión por línea telefónica de documentos puede calificarse como una contratación entre personas distantes, puesto que cumple con el criterio de la existencia de una diferente ubicación espacial de las partes, y como una contratación entre presentes por la inexistencia de lapso entre la emisión de la aceptación y la recepción de la misma. Algunos autores consideran que debe tratarse como una contratación entre presentes; otros, por el contrario, consideran que debe tratarse como una contratación entre personas distantes, por considerar que existe un lapso entre la

emisión de la declaración y su efectiva recepción y por la distancia que existe entre los contratantes.

b. Contratación entre personas no presentes o distantes:

Esta contratación hace alusión a la contratación por correspondencia y otros medios análogos, entre los que se cuenta al telégrafo, el correo electrónico y las páginas web.

De igual forma, en relación con el télex, telefax, y correo electrónico, a pesar de los criterios apuntados, existe una decisión del Tribunal Supremo español que considera que estos medios se equiparan a la contratación por medio de correspondencia, misma que se entiende como una contratación a distancia o entre personas no presentes.

c. Contratación electrónica:

El contrato electrónico ha sido definido por el anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (ALCE), del 18 de enero de 2001, como “Todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.”

Como se ha indicado, el contrato puede ser celebrado entre personas presentes y no presentes, dependiendo del medio adoptado para emitir las manifestaciones de

voluntad. Ahora bien, la utilización de los medios electrónicos, y concretamente de internet, permite también exponer la posibilidad de celebrar contratos entre presentes y no presentes en la red, dependiendo de la tecnología utilizada. Esto es así, puesto que el intercambio electrónico de datos⁶² puede funcionar de forma instantánea o interactiva, o de manera que exista cierto margen de tiempo importante, desde minutos a horas.

3.3.1. ¿Constituyen realmente los supuestos negociales electrónicos una modalidad de contratación entre ausentes?

Si se partiera de la clasificación de contratos entre presentes o ausentes, los contratos electrónicos se encontrarían dentro de la categoría de los contratos entre ausentes, ya que no hay presencia física entre las partes para la celebración del contrato. La característica principal de la contratación electrónica es la ausencia física de las partes en la perfección del negocio. Las partes no están presentes en la conclusión del contrato pero, a diferencia de la tradicional contratación entre ausentes por correspondencia, en la contratación electrónica se puede hablar, aunque no en términos absolutos, de contratación entre ausentes en tiempo real.

La idea que inicialmente se tenía de la contratación entre presentes estaba estrechamente ligada a la presencia física de los contratantes. En efecto, durante la celebración del contrato, ambas partes se encontraban frente a frente, una realizaba la oferta y, la otra parte, la aceptaba inmediatamente, con lo cual no se admitían

⁶² Se refiere al Sistema EDI (*Electronic data interchange*)

intervalos para la contestación, ya que todos los actos se realizaban con inmediatez. Pero esto no se presentaba en todos los contratos. En este tipo de contratación (entre ausentes), el contacto físico de las partes desaparece debido a la interacción electrónica, que les permite realizar transacciones para poder satisfacer sus necesidades, sean éstas de bienes o servicios. Pero partiendo de la inmediatez de la comunicación entre las partes, se puede concluir que la presencia física no es una condición necesaria para que exista comunicación inmediata. La característica de la contratación electrónica, en la mayoría de los casos, es la instantaneidad al momento de la celebración del contrato, a pesar de que las partes se encuentren ausentes. En internet, lo mismo que en la contratación telefónica directa, no hay distancia temporal (que es lo decisivo) sino mera distancia física, fenómeno que resulta accesorio, y también aparece con frecuencia en la contratación convencional.

No hay, por tanto ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y a menudo, mucho más libre y espontánea que la presencia personal, física o material. A esta modalidad nueva de encuentro, de concurrencia presencial de voluntades, a la reunión virtual de los contratantes y la prestación del consentimiento "*On-line*" el derecho no puede ofrecer una respuesta rígida y uniforme sino la solución mas acorde con la naturaleza de cada negocio jurídico, con independencia del carácter civil o mercantil del contrato.

Por ello, se considera que no todo contrato electrónico es un contrato entre ausentes (contratación no inmediata) ya que al hablar de los contratos “*click wrap*”⁶³ realizado en páginas web interactivas, nos estamos distanciando de las teorías de los momentos por los que pasan las declaraciones de voluntad del oferente y el aceptante que conforman la contratación bajo comunicación no inmediata, esto debido principalmente a la naturaleza de los medios empleados, que asemejan la contratación electrónica a la contratación entre personas presentes, en la que la oferta y la aceptación se producen inmediatamente y en la contratación electrónica en tiempo real.

3.3.2. La integración del consentimiento en los contratos entre ausentes.

El consentimiento es el elemento fundamental en el contrato electrónico y, en general, en todos los contratos. Es el consentimiento de las partes, el cual viene a ser la coincidencia de las declaraciones contractuales, oferta y aceptación, o el acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Estas declaraciones de voluntad han de recaer sobre el objeto y la causa que han de constituir el contrato.

Sin embargo, una de las principales críticas a la contratación por medios electrónicos la constituye, precisamente, la dificultad para explicar la forma en que ha de unirse la voluntad de las partes que los utilizan.

⁶³ Son aquellos contratos que se perfeccionan con solo hacer “*click*” en cualquier vínculo o casilla, y se les ubica entre los contratos de adhesión o por adhesión. Los términos y condiciones de estos contratos no son negociables, y con ellos ocurre lo mismo que cuando se accede a una página web.

Resulta importante la determinación del momento en que se reúne el consentimiento en este tipo de contratos entre personas distantes físicamente, con el fin de resolver sobre las siguientes circunstancias:

- Para determinar la ley aplicable en caso de conflicto de leyes en el tiempo.
- Para apreciar si las partes son capaces.
- Para determinar la fecha de la transmisión del riesgo en caso de que se pierda la cosa objeto del contrato.
- Para señalar el inicio del plazo de ejercicio o prescripción de ciertas acciones de nulidad o rescisión.
- En caso de quiebra, para saber si el contrato fue celebrado dentro del período sospechoso.
- Por último, por lo que ve a la revocación de la oferta, “mientras el contrato no se perfeccione, puede revocarse por muerte del oferente o por declaración de su voluntad.”⁶⁴

La contratación entre ausentes supone la transmisión de la oferta o de la aceptación por medio de un intermediario vivo o mecánico, siempre y cuando la distancia o el

⁶⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**, pág. 339.

tiempo fueran bastantes para que exista un interés práctico en determinar en qué momento se celebró el contrato.

El Código Civil guatemalteco considera la posibilidad de que se celebren contratos a través del teléfono y los considera celebrados entre presentes. La doctrina en forma unánime también se ha inclinado a considerar que se trata de un contrato entre presentes, a pesar de que no cabe duda de que desde el punto de vista del lugar en que se celebra, se trata de un contrato entre personas que se encuentran distantes, sin embargo, “existe en este tipo de contratos la posibilidad material de discutir en el mismo acto la oferta y la aceptación, tal y como si los contratantes estuvieran uno frente al otro.”⁶⁵

En el mismo sentido y seguramente debido a que los legisladores consideraron que existe una presencia de las partes por estar en contacto directo por las vibraciones fono eléctricas, la ley determina que la propuesta hecha por este medio debe considerarse entre presentes.⁶⁶ A esta oferta debe corresponder una aceptación lisa y llana para integrar el consentimiento, lo mismo ocurre en los contratos celebrados por medio de Telefonía IP y chat. En cambio, las negociaciones hechas por correo, telégrafo, télex, radiograma, correo electrónico, página web (no interactiva), se consideran realizadas

⁶⁵ **Ibid**; p. 275.

⁶⁶ Artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal mexicano.

entre ausentes y reciben un tratamiento distinto, ya que las partes no están en contacto directo, y no existe la inmediatez de la comunicación.⁶⁷

Dejando a un lado la comunicación telefónica, que como ya se mencionó, se considera una comunicación inmediata como la que se da entre presentes, nuestros legisladores se ven en la necesidad de crear disposiciones legales que normen la contratación por medio de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, medios de comunicación que actualmente agilizan el comercio.

3.4. Validez del contrato electrónico.

Para que el contrato electrónico tenga validez deben concurrir en la formación del contrato todos aquellos requisitos que lo dotan de eficacia y validez; el contrato no existe propiamente hasta que se reúnen todos sus elementos constitutivos o esenciales, de modo que aparezca como entidad con existencia independiente, dotada de validez y eficacia en el campo jurídico.

Con respecto a este punto, es necesario remitirse a los elementos esenciales del contrato en general, ya que la contratación electrónica tiene la esencia de todo contrato, aunque claro, presenta ciertas particularidades.

No considera el sustentante del presente trabajo que la contratación a través de internet vaya a dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, pero sí que siendo

⁶⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, **Derecho de las obligaciones**, pág. 226.

válidos, quizás mas que nunca, varíen los principios clásicos del derecho patrimonial privado. Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación, en el que esos principios han de ser revisados y actualizados a la luz de una realidad tecnológica que rompe con una tradición de siglos en lo que se refiere al modo y a la forma en que las personas se conocen, se ponen en contacto, se relacionan, negocian y contratan, modifican, revocan, pagan, cumplen o incumplen sus obligaciones y reclaman sus derechos. Un nuevo modo desconocido, hasta ahora, de prestar el consentimiento a un acto o negocio jurídico, diferente tanto de la forma verbal como de la forma escrita.

3.5. Reglas generales para la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico.

Según lo hasta ahora expresado, el criterio general que parece prevalecer en la doctrina respecto de las nuevas tecnologías es que, no importando la distancia física entre las partes, la contratación electrónica, en principio, debe ser considerada una especie o modalidad de contratación entre presentes, aunque no en todos los casos.

Así las cosas, resulta que la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento en el negocio jurídico electrónico no presentará problemas, al menos en la mayoría de las hipótesis de contratación electrónica.

Siguiendo las reglas formuladas para la contratación entre presentes, “el consentimiento se entenderá perfeccionado en el mismo momento en que se emita la aceptación ya que este será el instante en que conocerá la aceptación el oferente,

coincidiendo, en consecuencia, las diferentes fases en que puede encontrarse la aceptación, entiéndase, las etapas de declaración, emisión, recepción y conocimiento.”⁶⁸

Respecto a las situaciones negociales electrónicas que son consideradas como una especie de contratación entre ausentes, básicamente el correo electrónico, lo cierto es, según se ha puesto de manifiesto, que la extraordinaria rapidez con que se desplazan las comunicaciones telemáticas minimiza las diferencias constatadas en el pasado entre personas distantes, haciendo en los hechos prácticamente inútil tal distinción, pues, en los casos de contratación electrónica, el momento de la declaración o emisión coincidirá, en la gran mayoría de casos, con el de la recepción, o al menos, la diferencia entre ambos momentos no podrá ser considerada un espacio de tiempo jurídicamente relevante, por lo que será perfectamente posible calificar casuísticamente algunos procesos negociales, aún por correo electrónico, como instantáneos y por lo tanto, entre presentes. Sin perjuicio de lo antes señalado, y considerando la posibilidad de que en el correo electrónico pueda transcurrir un lapso jurídicamente relevante de tiempo entre la aceptación y el conocimiento o recepción de la misma por el oferente, parte de la doctrina se inclina por considerar tal clase de contratación como un proceso negocial sucesivo o interrumpido y, por tanto, entre ausentes.

En el caso particular del correo electrónico, el instante de la declaración será el momento en que el mensaje de correo electrónico sea enviado por el servidor de la

⁶⁸ Martínez Gallego, **Ob. Cit**; pág. 114.

cuenta de correo electrónico del aceptante, difiriendo tal instante con el de recepción del servidor del correo electrónico del oferente por un intervalo insignificante de tiempo, haciendo de escaso valor práctico, aún en este caso, la aplicación de las reglas generales relativas a la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

CAPÍTULO IV

4. Legislación comparada relativa a la formación del contrato por medio de las nuevas tecnologías de la información y la realidad nacional en la materia.

4.1. Momento de perfeccionamiento del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el derecho comparado.

España:

En España la ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en lo que respecta al momento de formación del contrato, en el Artículo 23, remite al Código Civil al disponer que: “Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este título, por los Códigos Civil y de Comercio, y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos...”. El Código Civil español, por su parte, regula la formación del consentimiento, más específicamente en lo relacionado al momento de perfeccionamiento del contrato su Artículo 1262 al disponer que: “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”, pudiendo adscribirse el sistema adoptado por tal cuerpo legal a la denominada teoría del conocimiento. Aunque el perfeccionamiento del negocio mediante el conocimiento de la aceptación es más lento y en algunos casos puede dar lugar, como se ha dicho, a situaciones injustas.

Con el propósito de atenuar los efectos negativos advertidos desde un comienzo en la teoría del conocimiento, recogida como se ha dicho en el Artículo 1262 del Código Civil español, jurisprudencia y doctrina optaron por atenuar los efectos negativos atribuidos a la teoría de la cognición, y recurrieron para ello a la teoría de la recepción que, como se indicó, no considera necesario que el oferente haya conocido efectivamente la aceptación emitida por el destinatario de la misma, sino que sólo exige que la aceptación haya sido recibida, esto es, haya llegado al ámbito u órbita de conocimiento del oferente.

Para la adopción de la teoría de la recepción a partir del Artículo 1262 del Código Civil español, se recurrió a diversos argumentos entre los que pueden ser destacados los siguientes.

- a. Principio de responsabilidad, en virtud del cual la toma de conocimiento se equipara a la posibilidad de la misma y la imposibilidad de la que sea culpable el destinatario. Quien participa de un proceso de formación del consentimiento a distancia realizando ofertas, debe, como una exigencia mínima de conducta diligente, revisar las comunicaciones que lleguen a su órbita de conocimiento.
- b. Las denominadas presunciones judiciales, con apoyo en el principio de normalidad -que es una consecuencia, a su vez, del principio de responsabilidad-, ya que a través de ellas: “Se puede presumir que quien recibe una declaración de voluntad de la que era destinatario (caso del oferente respecto de la aceptación), en circunstancias tales que lo normal es que hubiese tenido conocimiento de su

contenido, la conoció efectivamente”, continúa el párrafo citado diciendo; “En definitiva, si el oferente no llega a probar que por causa no imputable a él no llegó a tener conocimiento de la aceptación llegada a su círculo de intereses, se equipara el sistema del conocimiento al de la recepción.”

- c. Argumentos de texto legal que tienen su base en el mismo Artículo 1262 del Código Civil español, pues se ha considerado que: “si su intención (la del legislador) hubiera sido aplicar de manera estricta la teoría de la cognición, habría establecido que el oferente queda vinculado <desde que tuvo conocimiento> de la aceptación y no <desde que ésta llegó a su conocimiento>”.

Sin entrar a calificar la intención del legislador en el momento de redacción de la norma, parece que la expresión “desde que llegó a su conocimiento” no significa, “desde que efectivamente conoció”, como erróneamente lo interpretó la primera doctrina, siendo razonablemente sostenible la tesis de que el texto legal admite la aplicación de la teoría de la recepción, sobre todo si se considera que la interpretación de las leyes deben hacerse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, según dispone al Artículo 3.1 del Código Civil español, recogiendo de ese modo un criterio finalista en la interpretación de la ley.

Como se puede apreciar, doctrina y jurisprudencia, en el caso español, lograron ajustar, la ley vigente, utilizando adecuadamente la interpretación y optaron por la teoría de la recepción. Además adoptaron un rol activo en la creación y adaptación del derecho a las nuevas circunstancias que les corresponde vivir.

Uruguay:

El ordenamiento jurídico uruguayo establece la teoría de la recepción, concretamente en el Artículo 1265, numeral 1º. Del Código Civil, el cual dice: “El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente”.

“El concepto de recepción ha sido precisado por la doctrina uruguaya, refiriéndolo al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta; o lo que es lo mismo, cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario.”⁶⁹

Argentina:

El Código Civil argentino acoge la teoría de la expedición, al indicar en su Artículo 1154 que: “La aceptación hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente.”

No obstante, el actual proyecto argentino de Código Civil recoge en el Artículo 915: “CONCLUSIÓN DEL CONTRATO. El consentimiento se forma con la oferta y la aceptación. El contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente”, acogiéndose en este caso a la teoría de la recepción.

⁶⁹ Gamarra, Jorge. **Tratado de derecho civil uruguayo**, pág. 137.

México:

El Código Civil mexicano para el Distrito Federal, regula en su Artículo 1807: “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los Artículos precedentes”

Como se puede apreciar, la legislación mexicana también se inclina por la teoría de la recepción.

Colombia:

En Colombia lo relativo al momento de formación del contrato se encuentra regulado en el Código de Comercio, específicamente en el Artículo 864, el que manifiesta: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y **en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.**”

Venezuela:

El Artículo 1137 del Código Civil Venezolano regula que: “El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte”. Dicha disposición recoge claramente la teoría del conocimiento como momento de perfección del contrato.

Contratación internacional:

En el ámbito de la contratación internacional, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías prescribe en su Artículo 18.2, que “la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento **llegue al oferente**.”

La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente.

Como puede apreciarse, **el Artículo 18.2 de la Convención de Viena ha optado por el criterio vinculado a la recepción de la aceptación** por parte del oferente para la determinación del momento de perfección del contrato.

El criterio seguido por la Convención de Viena corresponde a la tendencia “de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como norteamericanos”, circunstancia que queda confirmada en el Artículo 2:205 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en el que bajo el epígrafe de: “*Time of conclusion of the contract*”, se señala en su apartado 1º. Que, si una aceptación ha sido enviada por el destinatario de la oferta se concluye el contrato cuando la aceptación llega al oferente.

4.2. Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) relativos a contratación internacional.

Del análisis realizado en el numeral anterior se concluye que en cuanto al momento de perfección del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, las diferentes legislaciones acogen distintas teorías; unas se decantan por la teoría de la emisión, otras por la teoría de la expedición, en algunos casos adoptan la teoría del conocimiento, pero en su mayoría toman la teoría de la recepción.

En el caso de la legislación guatemalteca no se indica cuál es la teoría que se acoge, lo cual, a criterio del ponente, priva de certeza jurídica las relaciones contractuales entabladas por estos medios.

Afortunadamente para el derecho, dentro del campo de lo jurídico, se propugna la globalización mediante la elaboración de normas legales y regulaciones que tienden a ser internacionales mediante los procesos de unificación del derecho. La labor llevada a cabo por organismos internacionales generalmente termina en instrumentos normativos, como son los convenios o tratados marco. Esta labor, que amerita la convocatoria y asistencia de los países potencialmente suscriptores no siempre culmina en la incorporación de los acuerdos a los distintos sistemas de derecho. Por ello se favorece la labor de unificación mediante la creación de reglas contenidas en instrumentos blandos, flexibles, adaptables a los cambios producidos por las

innovaciones tecnológicas. Este es el caso de los Principios de Unidroit, formulados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Es importante tomar en consideración que los Principios de Unidroit constituyen un mecanismo jurídicamente idóneo para ayudar al desarrollo de las actividades comerciales internacionales, actividades que en la actualidad son realizadas comúnmente por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Es por ello que a continuación se realiza un análisis de algunos de los principios de Unidroit que tienen relación directa con el tema objeto del presente trabajo: el momento de perfeccionamiento del contrato.

Artículo 1.2 (Libertad de forma).

“Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluso los testigos.”

Este Artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes.

Este principio que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos, toma especial importancia en el ámbito de la relaciones del comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez y por una

combinación de conversaciones, telefaxes, contratos en papel, correo electrónico y comunicaciones vía internet.

No obstante, las partes pueden acordar la necesidad de observar una forma específica para celebrar, modificar o extinguir su contrato, que podrían realizar durante la formación o el cumplimiento del mismo. A este respecto véase los Artículos 2.1.13, 2.1.17, y 2.1.18 de los mencionados principios.

Artículo 1.10 (Notificación)

“(1) Cuando sea necesaria una notificación, esta se hará por cualquier medio apropiado, según las circunstancias. (2) **La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.**⁷⁰ (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal. (4) A los fines de éste Artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.”

Este Artículo establece el principio de que cualquier clase de notificación de intenciones (declaraciones, demandas, solicitudes, etc.) exigidas por una disposición en particular de los principios no se encuentran sujetas a ningún requisito formal en especial, sino que pueden realizarse por cualquier medio adecuado a las circunstancias. El

⁷⁰ La negrita es propia del sustentante.

significado de “adecuado” dependerá de las circunstancias de cada caso (en el caso del presente trabajo las que se realizan en el contexto de las nuevas tecnologías) y, en particular, de la disponibilidad o la seguridad de los diversos medios de comunicación, como también de la importancia y/o urgencia del mensaje que debe ser enviado.

En lo que respecta a todo tipo de notificación, los principios adoptan el llamado principio de la “recepción”. Esto significa que la notificación no será efectiva hasta que llegue a su destinatario. Algunas disposiciones de los principios hacen referencia a este requisito. Véase los Artículos 2.1.3(1), 2.1.3(2), 2.1.5, 2.1.6(2), 2.1.8(1), 2.1.10, 9.1.10, y 9.1.11.

Artículo 2.1.1 (Modo de perfección)

“El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.”

Una idea fundamental en los principios es que el acuerdo de las partes es en sí mismo suficiente para perfeccionar el contrato. Los conceptos de oferta y aceptación han sido tradicionalmente utilizados para determinar el momento en que éste se ha verificado. Este Artículo y capítulo dejan en claro que los principios conservan estos conceptos como herramientas esenciales para el análisis de la formación del contrato.

Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)

“(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario de la oferta que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción por sí solos, no constituyen aceptación. (2) **La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.**⁷¹ (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.”

De acuerdo al párrafo (2), la aceptación de la oferta surtirá efectos en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. En cuanto a la definición de “llegar”, véase el Artículo 1.10(3). El motivo para adoptar el principio de la “recepción” en lugar del de la “expedición” obedece a que resulta más sensato localizar el riesgo de la transmisión de la notificación de aceptación en el aceptante que en el oferente, puesto que el aceptante es el que escoge el medio de comunicación, el que mejor conoce cuáles medios de comunicación son especialmente arriesgados o tardíos, y quien, en consecuencia, se encuentra en mejor capacidad para tomar las medidas necesarias para asegurarse que la aceptación llegue a su destino.

⁷¹ La negrita es propia del sustentante.

4.3. Realidad nacional en cuanto a contratación electrónica.

La información nos rodea y es una realidad que parece irreversible. Está en todos los aspectos de la vida del hombre. Sin la informática nuestra sociedad, como la mayoría de sociedades del mundo, colapsaría.

No hay duda respecto de que los contratos celebrados por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en Guatemala son formalmente válidos, ya que nuestro Código Civil ha establecido como regla la libertad de forma de los contratos, en su Artículo 1517, donde se establece que “Hay contrato cuando dos o mas personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” Disposición que permite la creación de contratos atípicos o contratos por medios electrónicos.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y las Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008, del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centro América el 23 de septiembre de 2008; en el Artículo 15. Formación y validez de los contratos, preceptúa: “En la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación una o mas comunicaciones electrónicas.” Mientras en el Artículo 16. Reconocimiento de las comunicaciones electrónicas por las partes, preceptúa que: “En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de una comunicación electrónica, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad

u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de comunicación electrónica”

La creación de la ley para regular los contratos electrónicos, hace que los usuarios de plataformas de telecomunicaciones tengan la certeza jurídica de los actos comerciales que en éstas se realicen. Guatemala recientemente ha emitido su Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y las Firmas Electrónicas pero dicha ley, como el Código Civil, no regula el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico; por lo que es necesaria la legislación comparada para poder definirlo y encuadrar los actos contractuales locales en base a los estudios realizados por los expertos en la materia.

Por lo tanto, el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, debe ser incuestionablemente aceptado como una forma válida para la celebración de los contratos.

La formación de este contrato consensual no difiere, como se ha dicho, de la formación de los contratos en general; esto es, requiere de una oferta y una aceptación, como lo manifiesta el Código Civil en sus Artículos 1521 al 1523 para los contratos convencionales, que serán manifestaciones de voluntad expresadas por medios electrónicos entre personas que están comunicadas a través de sistemas informáticos interconectados. La manifestación se realiza mediante un simple “*click*” del *mouse*.

Este contrato, podrá ser juzgado como celebrado entre ausentes o presentes según las circunstancias del caso. Si el negocio se concretara por operaciones *on line* (Comunicación interactiva o simultánea), se entenderá que es un contrato entre presentes pues la aceptación es inmediatamente conocida; en cambio será considerado entre ausentes si la aceptación no es emitida *on line*, o si la comunicación no se realiza en forma simultánea.

Pero en cuanto al tema que interesa al presente trabajo, el momento de perfección del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, **se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico carece de una norma que lo regule de manera elocuente, por lo que no existe, en opinión del sustentante, certeza jurídica en cuanto al momento en que inician las obligaciones para las partes.**

No obstante lo anterior, el Artículo 1523 del Código Civil, Decreto Ley No. 106 regula que: “Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta.”

Dicha disposición, como puede apreciarse, acoge la teoría de la recepción para contratos convencionales entre ausentes, y está en sintonía con la mayoría de legislaciones en cuanto al momento de perfección del contrato se refiere, pero no incluye dentro de su texto, aquellos contratos celebrados por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

4.4. Los retos del derecho guatemalteco frente a la contratación electrónica.

El derecho, obedeciendo a su carácter dinámico, no puede permanecer ajeno al cambio tecnológico, éste debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas del uso de las nuevas tecnologías de la información. Preocupa, como ha quedado planteado, ante la irrupción de la informática en la sociedad y su influencia sobre las relaciones jurídicas, la necesaria elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho a tal impacto, el cual produce, sin duda, una importante transformación en el conjunto del orden jurídico tradicional.

Con respecto a las cuestiones jurídicas que se suscitan de la contratación electrónica, es de destacar la pérdida de control real de los estados nacionales ya que este tipo de comercio no se limita a ser aplicado dentro de un solo estado. Es así que de establecerse regulaciones nacionales diferentes se perderían las virtudes y ventajas de la generalización del sistema. Dicho de otro modo, estas fórmulas de comunicación informática, en toda su plenitud y con muy diferentes localizaciones territoriales, son esencialmente incompatibles con las tradicionales regulaciones nacionales vinculadas por el principio de territorialidad de las leyes. La alternativa jurídica lógica es evidentemente el recurso al derecho internacional para establecer la ordenación del sistema y resolver los conflictos que se suscitan, lo que plantea no pocas dificultades, derivadas de la extensión de los sistemas y el elevado número de países que deben intervenir en ello.

Sin embargo, la tendencia que se observa en estos momentos es la alternativa del establecimiento de las reglas jurídicas mínimas e imprescindibles, dejando que la extensión del fenómeno evolucione por sí misma y, en definitiva se autorregule, como de hecho y en la práctica ha venido sucediendo en los primeros estados y etapas del sistema.

Por otro lado, no se pretende establecer que los cambios producidos por la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito del comercio vengán a remover los cimientos del derecho privado de obligaciones y contratos, que se debe mantener intacto en lo esencial, pero ello no supe la necesidad de establecer normas específicas a través de las que se desenvuelvan las relaciones contractuales mantenidas en los contextos electrónicos, configurados hoy como auténticos mercados virtuales que demandan una reglamentación adecuada de acuerdo a sus características.

En cuanto a los retos sociales y culturales es indudable que la globalización de los mercados y la rápida expansión de las tecnologías de la información y las comunicaciones, proporcionan claros beneficios y ventajas en el comercio, pero asimismo se crean algunos riesgos, ya que dan lugar a nuevos contextos comerciales con los que las personas no están completamente familiarizadas. Los negocios de hoy dependen cada vez mas de los sistemas informáticos, por lo que se han hecho particularmente vulnerables, por falta de seguridad jurídica en estas transacciones.

Para finalizar, no se puede dejar de señalar que el desarrollo y la aplicación de la contratación electrónica en nuestro país es aún incipiente, ya que a pesar de las

múltiples ventajas que ésta presenta, en su expresión máxima, el comercio electrónico, lamentablemente la inserción de esta clase de comercio está llena de múltiples problemas de índole jurídico y social, que se pueden resumir en dos palabras “inseguridad y desconfianza”, esto debido a que este tipo de comercio se aleja de la idea de comercio tradicional a la que estamos acostumbrados.

Para lograr una mejor calidad de vida tanto individual como colectiva, ya no basta con saber leer o escribir, hoy es un deber dominar y aplicar las TIC en nuestra vida cotidiana, aprovechando sus beneficios. Usualmente somos reacios al cambio, pero en la medida que éste es sinónimo de desarrollo no podemos ignorarlo sino sumarnos a él.

CONCLUSIONES

1. Existen reglas particulares que sirven para determinar el momento de formación del contrato, pero en estos días la doctrina nacional e internacional ya no estima suficiente estas reglas, especialmente por el creciente carácter transnacional de la contratación electrónica y las características especiales de la misma.
2. Si se intenta determinar el momento de perfección del contrato electrónico, a través del empleo de los principios tradicionales, puede afirmarse que la gran mayoría de los medios electrónicos de transmisión de voluntad pueden ser considerados una especie de contratación entre presentes, por constituir procesos inmediatos de formación del consentimiento en los que no es posible apreciar espacios de tiempo jurídicamente relevantes.
3. Debido a las mínimas diferencias que en la actualidad pueden notarse entre el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico, según la teoría de la emisión y de la recepción, es que la doctrina nacional considera acertadamente que la Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas acoge el criterio de la teoría de la recepción, (aunque la ley no lo regule expresamente) en concordancia con la tendencia doctrinal y normativa de carácter internacional que acoge mayoritariamente tal teoría.
4. Para el caso que en Guatemala se decidiera legislar sobre el momento de formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías de la

información y las comunicaciones (siguiendo las claras tendencias de globalización mundial), adscribirse a la teoría de la recepción es lo mas adecuado, ya que tal teoría es la adoptada por los principales proyectos de unificación del derecho privado y considerada, también por la doctrina mayoritaria, como la teoría que ofrece mas ventajas con respecto a la seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

1. Presentar al Congreso de la República, por medio de un ente con iniciativa de ley, una reforma al Decreto 47-2008, Ley para el reconocimiento de las Comunicaciones y firmas electrónicas, o al Decreto Ley Número 106 Código Civil, que regule taxativamente que la teoría de la recepción determina el momento de perfeccionamiento del contrato celebrado por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, con el objeto de dotarlo de certeza jurídica.
2. El Estado de Guatemala debe tomar en cuenta que la mayoría de los negocios jurídicos que se desarrollan por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones tienen la característica de realizarse sin la existencia de un contacto físico directo entre quien oferta un bien o servicio y quien lo demanda, lo que hace evidente la necesidad de dar solución a los múltiples problemas de tipo jurídico que originan situaciones de inseguridad en la transmisión de la información y en la correcta identificación de las partes contratantes.
3. Al comparar la situación actual en Guatemala con la existente en otros ordenamientos jurídicos, se debe avanzar hacia una regulación especializada en contratación electrónica, tal como ocurrió en los países de la Unión Europea con la Directiva 2000/31/Ce, bloque normativo que supera por mucho a la legislación nacional existente actualmente en la materia.

4. Que el Estado de Guatemala unifique esfuerzos con otros estados para crear tratados y convenios internacionales; pues el mayor problema se encuentra en las contrataciones de carácter internacional debido a la diversidad de legislaciones y a la inexistencia de tratados que regulen la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil, introducción y parte general**. Decimo quinta edición, José María Bosch Editor. Barcelona, 2001.
- BARCELÓ, Julia R. **Comercio electrónico entre empresarios**. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Introducción al derecho de las nuevas tecnologías**.
- BLANCO, Alberto. **Curso de obligaciones y contratos**, tomo II. La Habana: Ed. Cultural, 1974.
- BRIZZIO R. Claudia, **Globalización y debilidad jurídica, en obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana**, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Parrot, 2001.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M.A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**, p. 5. Granada: Comares, 1997.
- CUBILLOS, Ramiro y RINCÓN CÁRDENAS, Erick. **Introducción jurídica al comercio electrónico**, Bogotá, editorial Gustavo Ibáñez, 2002.
- DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de derecho informático**. Pamplona, Tercera Edición, ed. Aranzadi. 2001
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: ed. Civitas. 1997.
- DIEZ-PICAZO, Luis. **Anuario de derecho civil, la formación del contrato**, Madrid. 1995.
- DIEZ-PICAZO, L. **Fundamentos de derecho civil patrimonial**, Tomo I. Madrid: Civitas. 1993.
- FERRARI, Franco. **La formación del contrato, atlante de diritto privato comparato**. Madrid: ed. Fundación Cultural del Notariado. 2000.
- FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid, Editorial Fundación Cultural del Notariado.

- GAMARRA, Jorge. **Tratado de derecho civil uruguayo**. Tomo XI, Tercera edición.
- GETE-ALONZO, María, **Manual de derecho civil II, teoría general del contrato**. Madrid: Marcial Pons, 3ª. Edición. 2000.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.C. **Comentarios al código civil y compilaciones forales**, Tomo XVII. 1993.
- GUTIÉRREZ GÓMEZ, María Clara. **Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico, en grupo de estudios en internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática**, Internet, Bogotá, Legis, 2002.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **Derecho de las obligaciones**, 5ª. Edición. México, editorial Cajica, 1976.
- ILLESCAS ORTÍZ, Rafael. 1999. **El comercio electrónico: fundamentos de derecho y el principio de equivalencia funcional**. En el boletín de inflación y análisis macroeconómico, No.56.
- ILLESCAS ORTÍZ, Rafael. **Incidencia de la informática en el seguro y el reaseguro del nuevo milenio**. Memorias del VI Congreso Ibero-Latinoamericano de derecho de seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y PARRA LUCÁN, María Ángeles. **Curso de derecho civil (II), derecho de obligaciones**. Madrid: Ed. Colex. 2000.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva. **La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación**. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2000.
- MATEU DE ROS, Rafael. **El consentimiento y el proceso de contratación electrónica, contratación electrónica y firma digital**, ed. Aranzadi, Pamplona.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. La buena fe en la etapa precontractual**. Buenos Aires, editorial Abeledo Parrot, 2001.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. 1999, **Contratos electrónicos**. Madrid, Ed. Marcial Pons.

PEÑA VALENZUELA, Daniel y BURGOS PUYO, Andrea. **El contrato de diseño, desarrollo y hosting de un sitio en internet**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. **Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica**, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Departamento de Derecho de los Negocios, 2000.

RIVAS, Ribas Alejandro. **Aspectos Jurídicos del comercio electrónico en internet**. Editorial Aranzadi, segunda reimpresión, octubre 2000.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. **Notariado y contratación electrónica**, Consejo General del Notariado. Madrid.

SILVA RUIZ, Pedro. **Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales, en Contratación contemporánea**, tomo II.

URÍA, R. (1997). **Derecho mercantil**, 24ª. Edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales

VÁSQUEZ GARCÍA, Ramón José, **Tecnología y formalización contractual, en Informática y derecho**, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, UNED, Centro Regional de Extremadura, 2000.

www.wikipedia.org;2009, consultado el 22 de julio de 2010.

Legislación:

Código Civil argentino, Ley No. 340 del Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Buenos Aires 25 de septiembre de 1869.

Código Civil cubano, Ley No. 59 de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba.

Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Código Civil guatemalteco, Decreto Ley No. 106. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia.

Código Civil para el Distrito Federal mexicano, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

Código Civil uruguayo, Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay, actualizado el 26 de febrero de 2010.

Código Civil venezolano, número 2.990 extraordinario, del Congreso de la República de Venezuela.

Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 del Presidente de la República de Colombia, 1971.

Código de Comercio de España, del 24 de noviembre de 1885.

Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI).
Secretaría de Estado, de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.
España.

Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de la comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y las Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Proyecto Argentino de Código Civil.

Proyecto cubano de Decreto Ley “de la Contratación Económica”.