



El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

“(…) creemos que en los casos en que estos contratos en los que las máquinas operan automáticamente, aunque materialmente nos puedan generar dudas acerca de la intervención humana en el momento de la perfección del contrato, no podemos sino concluir que el contrato queda concluido por la voluntad de las partes contratantes. Esta interacción automática se gesta a partir de instrucciones creadas por el hombre en las cuales plasma su voluntad. La voluntad solo le pertenece al hombre y la máquina o el ordenador es un mero instrumento para transmitir ésta. Por más que se trate de máquinas automatizadas, éstas han requerido de una previa programación que sin duda alguna ha sido realizada por un ser humano”.

Patricia Nieto Melgarejo*

54

Resumen: En el presente artículo se realiza una definición de contratación electrónica tomando en cuenta los grandes cambios introducidos a través de la sociedad de la información. Así, en primer lugar, se hace mención a las transformaciones en la sociedad llevadas a cabo a raíz del avance tecnológico, siendo principal impulsor el uso de Internet. Posteriormente, a partir del mercado virtual y el comercio electrónico, se menciona a sus beneficios y desventajas, tales como la reducción en los costos de transacción y la inseguridad jurídica respectivamente. Luego, se define a la contratación electrónica como el acuerdo de voluntades orientado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, con la particularidad de que el consentimiento de las partes se presta por medios electrónicos. Así, se realiza una diferencia con conceptos similares como contrato informático, telemático, *on-line* y digital. Finalmente, se analizan los elementos de validez del contrato electrónico, con especial énfasis en la manifestación del consentimiento y la forma del mismo.

Palabras clave: Sociedad de la información; mercado virtual; comercio electrónico; contratación electrónica; contrato digital; contrato *on-line*.

(*) Profesora de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad San Ignacio de Loyola. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Magister en Derecho de la Globalización y la Integración - Universidad de Navarra. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad Federico Villareal. Master Iberoamericano de Estudios Jurídicos - Universidad de Navarra. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

Abstract: In this article, a definition for electronic contracts is given by taking into account the major changes introduced through the information society. Firstly, a mention of the changes in society as a result of technological progress is made, signaling the internet as the main drive. Subsequently, it mentions the benefits and drawbacks of the virtual market and electronic commerce, such as the reduction in costs of transaction and of legal uncertainty. Then, the electronic contracts are defined as the voluntary agreement aimed to create, modify or extinguish a legal relationship of patrimonial nature, with the particularity that the consent of the parties is provided electronically. Additionally, a differentiation is made with similar concepts such as telematics, online and digital engagement. Finally, the essential elements for the validity of the electronic contracts are analyzed, with special emphasis on the display of agreement and the formalities.

Keywords: Information society; virtual market; e-commerce; electronic contract; digital contract; on-line contract.

Sumario: Introducción. 1. La sociedad de la información. 2. La aparición del mercado virtual o electrónico. 3. El comercio electrónico. 4. La contratación electrónica: 4.1. Concepto de contratación electrónica; 4.2. Diferencias entre el contrato electrónico y otros similares: 4.2.1. Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato informático; 4.2.2. Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato telemático; 4.2.3. Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato *online*; 4.2.4. Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato digital; 4.3. Validez del contrato electrónico: 4.3.1. El consentimiento electrónico: 4.3.1.1. Contratación entre máquinas automatizadas; 4.3.2. Especialidades del contrato electrónico en cuanto a la forma. Conclusiones.

Introducción

La realidad tecnológica ha remecido los cimientos de nuestra sociedad a un ritmo por demás acelerado. Esta revolución digital ha hecho surgir nuevas formas y canales de comunicación y de comercio en un ciberespacio global y sin fronteras.

Nosotros hemos partido de la definición y alcances de la “sociedad de la información” porque este no es un simple concepto técnico, sino que es también el fenómeno social en el que estamos incurso, y en el que se enmarca y se asienta el tema de estudio del presente artículo. Desde el punto de vista comercial, este es el nuevo escenario en el que intervienen los nuevos o renovados actores, dentro de un nuevo mercado virtual.

En el sector económico, las nuevas tecnologías han dado lugar a la aparición del llamado “comercio electrónico”, el cual ha contribuido a la agilización y aparición de un mercado global que ha favorecido no solo a los empresarios, sino también a su contraparte: los consumidores.

Uno de los factores críticos para la extensión del comercio electrónico es que este sea capaz de garantizar unos niveles de seguridad suficientes y de proporcionar a quienes intervienen en el nuevo “mercado virtual” (empresarios, consumidores, otros operadores) la confianza necesaria para realizar las transacciones a través de procedimientos electrónicos.



El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

En suma, la contratación electrónica ha hecho posible la inserción del consumidor y de su contraparte, el empresario, en el mercado virtual.

1. La sociedad de la información

Según Alvin Toffler, la historia de la humanidad se puede entender como dividida en tres etapas a las que denomina “olas”⁽¹⁾. La primera “ola” corresponde a la utilización de la agricultura, cuando las primitivas sociedades dejan de ser nómadas y se crea un orden social. La segunda “ola” es la transición agrícola a la sociedad industrial, cuyo nacimiento puede ubicarse entre fines del siglo VIII y principios del siglo XIX (conocida como la Primera Revolución Industrial). Por último, la tercera “ola” corresponde al desarrollo de las tecnologías de la información. Actualmente, la sociedad en la que estamos viviendo está inmersa en este tercer periodo, caracterizado por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones (TIC)⁽²⁾.

Los cambios tecnológicos no son sino parte del conjunto de transformaciones sociales globales y su comprensión pasa por observar este conjunto como

un todo, cuyos elementos integrantes se concatenan recíprocamente. En este proceso de constante progresión, es de notar que las nuevas tecnologías surgen, en ocasiones, de las necesidades sociales, de tal modo que cabe afirmar que existe un auténtico proceso de interrelación entre ambos campos: el tecnológico y el social⁽³⁾.

La tecnología y la globalización son las dos fuerzas estructurales que están propiciando una revolución en la sociedad de la información, tanto en el tiempo como en el espacio. Los tradicionales conceptos de Estado-Nación, Derecho Nacional y los parámetros espaciales y temporales han sido alterados por el ambiente dinámico de la era digital que ha penetrado en todos los ámbitos de la actividad humana⁽⁴⁾.

En estos tiempos, cabe concluir que la Informática ha adquirido una importancia decisiva, no sólo en el mundo especializado de la ingeniería de sistemas, sino también en la vida cotidiana de cada individuo. Hoy en día, resulta más frecuente el uso de herramientas informáticas⁽⁵⁾ para la recopilación de información y, en general, para la comunicación.

(1) TOFFLER, Alvin. *La tercera ola*, 1979.

(2) Las TICs agrupan un conjunto de sistemas necesarios para administrar la información y, especialmente, los ordenadores y programas necesarios para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla (FUEYO, David. *Programar para el aula en la etapa de educación primaria LOE*, Lulu, Oviedo, 2010, p. 81). Los primeros pasos hacia una Sociedad de la Información se remontan a la invención del telégrafo eléctrico, pasando posteriormente por el teléfono fijo, la radiotelefonía y, por último, la televisión, Internet, la telecomunicación móvil y el GPS pueden considerarse como nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En: <<http://www.fundibeq.org/opencms/export/sites/default/PWF/downloads/gallery/methodology/tools/TIC.pdf>>. Revisado: 03 de Noviembre de 2015.

(3) CLIMENT BABERA, Juan. *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Universidad Cardenal Herrera – Fundación Universitaria San Pablo, Valencia, 2001, p. 9.

(4) MARSDEN, Christopher T. «Information and communications technologies, globalisation and regulation», en *Regulating the Global Information Society*, Routledge, London, 2000, p. 6.

(5) Las herramientas informáticas conforman la base del comercio electrónico y de la contratación electrónica, y están conformadas por las redes de ordenadores, que son los medios físicos por los cuales se transmite la información entre ordenadores. Una red de ordenadores es un conjunto de ordenadores interconectados de algún modo que permite el flujo de información entre los mismos, pero para que se produzca la comunicación entre ordenadores no se requiere únicamente la existencia de una red, sino lo que hace posible el funcionamiento de éstas (intercambio de información entre ordenadores): que contengan un mismo protocolo. El protocolo de comunicación TCP/IP, *Transmisión Control Protocol/Internet Protocol*, es el principal lenguaje de comunicación en la red, es un sistema de protocolos usado para el sistema de redes de área ancha (redes WAN). Su éxito y difusión ha dado lugar al auge de Internet; podríamos decir que Internet es un “sistema de redes de computadoras enlazadas, con alcance mundial y de continuo crecimiento, que facilita los servicios de transmisión de datos”. El surgimiento de Internet hubiera sido irrelevante si no contara con

Señala Gómez Segade que:

la sociedad de la información se asienta, en primer término, sobre la convergencia de instrumentos y medios técnicos suficientemente conocidos y útiles socialmente, como el sistema telefónico, la radiodifusión, los satélites de comunicaciones, las bibliotecas o las bases de datos accesibles a distancia (...) el segundo pilar sobre el que se asienta la sociedad de la información son las nuevas tecnologías, en particular la informática y las telecomunicaciones, junto con otras técnicas como la comprensión de datos o el encriptado⁽⁶⁾.

Como bien señala Guisado Moreno⁽⁷⁾, la sociedad de la información (expresión acuñada por las normas de nueva hornada disciplinadoras del comercio electrónico) viene a ser el contexto donde generalmente se desenvuelven el moderno comercio electrónico y, más ampliamente, los genéricamente denominados “servicios de la sociedad de la información”⁽⁸⁾. En esta línea, puntualiza López

Amonís Gallego que “La sociedad de la información es aquella en la que existe un cierto grado de generalización en el empleo de equipos y aplicaciones electrónicas, en el procedimiento automatizado de datos y en las comunicaciones telemáticas”⁽⁹⁾.

Por nuestra parte, podemos decir que la sociedad de la información es concebida como un motor de nuevos cambios. Esta se apoya en las nuevas tecnologías ya que surge como resultado del avance tecnológico de las telecomunicaciones y la informática, tales como el empleo de equipos y programas informáticos y la utilización de Internet. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la sociedad de la información no está limitada al Internet, aunque sin duda, éste ha desempeñado un papel muy importante como un medio que facilita el acceso e intercambio de información y datos.

2. La aparición del mercado virtual o electrónico

Todas las sociedades buscan desarrollar un crecimiento económico de acuerdo a sus necesidades, y esto solo se logra aprovechando todos

múltiples aplicaciones que hacen de ella una herramienta tecnológica informática necesaria, como son: la *World Wide Web*, conocida como la telaraña mundial o WWW, la cual puede definirse como el sistema mundial de hipertexto que utiliza a Internet como mecanismo de transporte, donde el usuario navega con sólo dar *clicks* en vínculos, lo que hace que aparezca en pantalla otro documento (que también contiene vínculos). El correo electrónico, el cual permite al usuario enviar y recibir mensajes, puede almacenar e imprimir los contenidos que transmiten bajo este sistema, los cuales suelen presentarse en forma de texto, y se suelen acompañar muchas veces de ficheros de toda clase, incluso multimedia. El chat, por su parte, es un sistema que permite conversaciones entre dos o más usuarios en tiempo real. La idea básica es que lo que se escribe con el teclado aparece en la pantalla de los demás usuarios.

- (6) GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. «El comercio electrónico en la sociedad de la información», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio (Dir.): *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 22.
- (7) GUISADO MORENO, Ángela. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 46.
- (8) La legislación española, en la Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, define en su anexo «A» al «servicio de la sociedad de la información» o «servicios» como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Asimismo, para la Ley, el concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Cabe aclarar, tal como lo señala GUISADO MORENO, que no existe una equivalencia en términos absolutos entre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, toda vez que los primeros se corresponden con una realidad más amplia que la del puro comercio electrónico que, por definición, va a implicar un intercambio concertado y eventualmente ejecutado a través de medios electrónicos. GUISADO MORENO, Ángela. Op. cit., p. 55.
- (9) LÓPEZ-MONIS GALLEGU, Mónica. «Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico», en MATEU DE ROS, Rafael y LÓPEZ-MONIS GALLEGU, Mónica (Coords). *Derecho de Internet: la ley de servicios de la sociedad e la información y el comercio electrónico*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 28.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

los recursos tecnológicos y económicos que brinda la humanidad. Con el desarrollo de la economía, no solo se contribuye a mejorar el nivel adquisitivo de la sociedad, sino también al incremento de la calidad de vida a nivel social e, incluso, cultural.

La aparición de la economía electrónica es un claro ejemplo del desarrollo económico mediante el empleo de los medios tecnológicos y, en definitiva, es la que está abriendo camino hacia un mercado global donde el tráfico comercial electrónico puede desarrollarse a nivel nacional o internacional, sin que existan fronteras geográficas que lo impidan. Nora Dominique⁽¹⁰⁾ precisa que la economía electrónica será el eje que permitirá desarrollar ventajas comparativas en el ciberespacio. Éste facilita la apertura de nuevos mercados con cualquier país del mundo, permitiendo que se genere riqueza a través de bienes intangibles originados por el constante desarrollo de las sociedades.

Nos encontramos así ante un nuevo escenario: el denominado “ciberespacio”, un mundo virtual en el cual no existen fronteras físicas. Como se ha señalado, el concepto de ciberespacio hace referencia a la idea de un mundo virtual que se desarrolla cada día en paralelo al real, de una manera de información electrónica disponible por consulta con solo presionar una tecla. Es un mundo fascinante, incluso para las personas ajenas a la informática, y es

el motivo principal que atrae a muchos usuarios en la navegación por Internet⁽¹¹⁾.

La aplicación electrónica en el mercado busca reducir costos de transacción⁽¹²⁾ en la fabricación y, sobre todo, comercialización de los bienes y/o servicios, pudiendo prescindir de intermediarios y permitir el acceso instantáneo al servicio del consumo, así como generar una nueva forma de trabajo (el denominado “teletrabajo”), o ser una herramienta de perfeccionamiento del trabajo mismo. Esto es así porque en la medida en que las labores tradicionales evolucionen, la economía electrónica se fortalecerá y, paulatinamente, formará un mercado electrónico que se expandirá y afectará a los países del mundo, al venderse servicios y bienes con valor añadido comercializados por vía electrónica.

En la actualidad, podemos distinguir dos tipos de mercado que conviven y que, en algunos casos, se complementan entre sí. Cada uno de estos goza de características diferentes, tanto en lo que se refiere a su funcionamiento como al papel de los agentes que lo componen. Se trata de los mercados tradicionales o convencionales y de los mercados electrónicos o virtuales.

El mercado convencional se basa en la interacción física entre un vendedor y un comprador, también en un lugar físicamente determinado. El contacto entre ambos permite que el vendedor tenga un mayor

(10) DOMINIQUE, Nora. *La Conquista del ciberespacio*. Editora Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, p. 277.

(11) ZICCARDI, Giovanni. Il diritto in Internet: Ciberspazio e risorse giuridiche per il professionista del diritto. Mucchi, Roma, 1999, p. 65. Para este autor, «il concetto di ciberspazio, è l'idea di un mondo virtuale che si sviluppa ogni giorno accanto a quello reale, di una miniera di informazione elettroniche disponibili per la consultazione alla pressione di un tasto, è un concetto sicuramente di grande fascino anche per il mondo non prettamente informatico, ed è statu il motivo principale che ha attratto molti utenti nella sfera della navigazione in Internet».

(12) Los costos de transacción son los costos en los que tenemos que incurrir para celebrar un contrato. Estos incluyen los costos de negociación, los costos para encontrar información relevante, los costos de hacer cumplir los contratos, los costos de encontrar opciones adecuadas y de elegir entre ellas, entre otros. Véase: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. «Los costos de transacción». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162. Precisamente un estudio de cómo el derecho de desistimiento facilita los costos de transacción en las ventas a distancia realiza RUIZ MUÑOZ, Miguel. «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal. Algunos aspectos metodológicos». En *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al prof. J. F. Duque*, Universidad de Valladolid-Caja Duero, Valladolid, 1998, vol. II, pp. 1108 y ss.

conocimiento de las necesidades del cliente y, por lo tanto, pueda utilizar las herramientas necesarias para atraerlo hacia su o sus establecimientos, y hacia los bienes que comercializa. Por otro lado, la “física” de ese mercado permite al cliente apreciar las cualidades del bien, incluso probarlo, compararlo con bienes de otras características presentes en el establecimiento, etcétera. La comunicación, además, personaliza la relación y facilita que el comprador pueda conocer las ventajas y desventajas de cada uno de los bienes que cubre su necesidad.

Por su parte, el mercado virtual o electrónico se fundamenta en las nuevas tecnologías y, contrariamente al mercado convencional, permite que las transacciones comerciales se realicen sin importar el lugar físico donde se encuentren el comprador y el vendedor e, incluso, que la transacción se lleve a cabo en distintos momentos en el tiempo. En este mercado se produce el fenómeno de la “desgeografización”, en el que no existen las fronteras entre los países: todos podemos contratar, el mercado se amplía. Ello genera una mayor demanda de los bienes o servicios y la reducción de los precios de los mismos. En otras palabras, se puede decir que el mercado se convierte en un mercado virtual, donde la distancia geográfica de las partes no impide la posibilidad de contratar.

El Índice *Global Retail E-Commerce* de 2015⁽¹³⁾, el cual está basado en un estudio creado para ayudar a las cadenas de distribución a desarrollar estrategias comerciales de éxito e identificar oportunidades de inversión, ha tomado en cuenta las barreras y los compromisos que todo ello implica. Después de quedar segundo detrás de China en 2013, Estados Unidos sube al primer

puesto gracias a un crecimiento continuo y a la mejora de la confianza de los consumidores. El crecimiento del comercio electrónico en el país creció en 2014 en un 15%.

En Sudamérica, pese a que México entra en el puesto 17º, Brasil y Argentina caen abruptamente debido a su desaceleración macroeconómica. Las dificultades en sus infraestructuras esenciales –logística y transporte en Brasil, y la regulación gubernamental en Argentina– pueden obstaculizar el crecimiento del comercio electrónico en el futuro. En Europa, los resultados son positivos: Reino Unido (3º), Alemania (5º) y Francia (6º) suben un escalón. Por su parte, Bélgica (sube 15 puntos hasta el puesto 9º), Dinamarca (sube 12 puntos hasta el puesto 15º) y España (entra en la clasificación en el puesto 18º) registran grandes avances.

Según cifras de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), el comercio electrónico en el país alcanzó los S/. 1000 millones de soles en el año 2013, lo que representa un incremento del 60% frente al monto obtenido en el 2012 (S/. 611 millones). Se estima que la base de compradores de productos y servicios en portales virtuales llegaría a 3.5 millones de peruanos a fines del presente año.

Ahora bien, la doctrina ha puesto de relieve que el mercado virtual facilita las transacciones, pero introduce una serie de inseguridades: identidad del vendedor, originalidad y credibilidad de las comunicaciones electrónicas, perfeccionamiento del contrato, características del bien, etcétera. Por otro lado, del mismo modo que se eliminan costos de transacción, se aumentan y encarecen enormemente los costos de ejecución (entrega de los bienes, costes de devolución, entre otros); por lo tanto, no todo implica ventajas en esta manera de realizar

(13) El Índice *Global Retail E-Commerce* de A.T. Kearney clasifica a los países más atractivos para la venta electrónica en una escala de 0 a 100 puntos.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

comercio⁽¹⁴⁾. De hecho, las diversas normas existentes sobre la materia lo que buscan es eliminar estas incertidumbres. Así, las normas sobre firma electrónica otorgan la seguridad acerca de que las comunicaciones electrónicas suponen verdaderas declaraciones de voluntad, imputables a su emisor electrónico⁽¹⁵⁾; o las normas sobre comercio electrónico obligan al prestador de servicios a identificarse, a informar al “ciber usuario” acerca de las características del producto, y a calificar la aceptación electrónica como verdadero contrato; así como a permitir un desistimiento si, llegado el bien, este no responde a lo que esperaba el cliente. Precisamente, a esta última cuestión dedicamos el presente trabajo.

3. El comercio electrónico

El comercio electrónico es, en estos momentos, un concepto que está revolucionando la percepción

de los escenarios en los que se desarrollan las iniciativas empresariales y los mercados financieros. Los elementos que lo configuran se encuentran ligados al avance de la tecnología de la información, la cual, a través del uso de Internet y demás herramientas informáticas, permite la creación de nuevas relaciones comerciales entre los agentes económicos.

De conformidad con Mateu de Ros, el comercio electrónico constituye un fenómeno jurídico y se concibe como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet. Representa un fenómeno en plena expansión con datos de crecimiento extraordinarios en número de conexiones, clientes y operaciones⁽¹⁶⁾.

- (14) Son numerosos los trabajos que ponen de relieve las ventajas y los inconvenientes de este mercado electrónico, en contraposición con el convencional. Pueden consultarse: MADRID PARRA, Agustín. «Contratación electrónica». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid, 1996, T. III, pp. 2958 y ss.; PAZ-ARES, Cándido. «El comercio electrónico (Una breve reflexión de política legislativa)». En MATEU DE ROS, Rafael; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (coords). *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 85-93; MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia. «Comercio electrónico». En BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (coords). *Cursos sobre protección jurídica de los consumidores*. McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 247-270; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VERGEZ, Mercedes. «Especialidades de la contratación mercantil», en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio (Drs).. *Curso de Derecho Mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, vol. II, pp. 74-82; BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 113 y ss.; CUESTA RUTE, José María y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. «Marco general de la contratación mercantil». En CUESTA RUTE, José María (Dr)., VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (Coord).. *Contratos mercantiles*, T. I, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 25-109.
- (15) Son numerosos los trabajos existentes acerca de la firma electrónica, véanse por ejemplo: MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas-Universitat de les Illes Balears-Govern Balear, Madrid, 1998; MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia. *La ley de firma electrónica*, Civitas, Madrid, 2000; ILLESCAS ORTIZ, Rafael. «La firma electrónica y el RD Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *Derecho de los Negocios*, N.º. 109, oct. 1999, pp. 1-14; ALONSO UREBA, Alberto y ALCOVER GARAU, Guillermo. «La firma electrónica», en MATEU DE ROS, Rafael; CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coords).. *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 175-205; MONTAGUD CASTELLÓ, Enrique. «Eficacia jurídica de la firma electrónica», en MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coords).. *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 267-279; GALINDO, Fernando. «Los servicios de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas», en *La Ley*, 1997-1, pp. 62-67; GARCÍA MÁZ, Francisco Javier. «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º. 652., may.-jun. 1999, pp. 765-790; DÍAZ FRAILE, Juan María. «El documento electrónico y la firma digital. Su regulación en la Unión Europea», en *Noticias CEE*, octubre 1999, pp. 9-30.
- (16) MATEU DE ROS, Rafael. «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», en: MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coords).. *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 29.

Asimismo, según Davara Rodríguez:

(...) por comercio electrónico podemos entender tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras o la consulta de información con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sinnúmero de actividades de similares características realizadas por medio de los medios electrónicos⁽¹⁷⁾.

Por su parte, Guisado Moreno, desde una perspectiva iusprivatista, señala que se entiende por comercio electrónico aquel que abarca las transacciones comerciales electrónicas –compraventa de bienes y prestación de servicios realizados entre empresarios, o bien entre empresarios y consumidores–, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, básicamente Internet; así como también las negociaciones

previas y posteriores estrecha y directamente relacionadas con aquellos contratos (ofertas contractuales, contra ofertas, pago electrónico)⁽¹⁸⁾. En esta misma línea se sitúa García Del Poyo, que caracteriza el comercio electrónico como “el intercambio electrónico de datos e informaciones correspondientes a una transacción con contenido económico”⁽¹⁹⁾. O, en palabras de Jijena⁽²⁰⁾, el comercio electrónico es el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o de un pedido electrónico de bienes tangibles, que pueden ser multimedia: consistir en imágenes, textos y sonidos. Por otro lado, para Espinoza Céspedes⁽²¹⁾, el comercio electrónico es definido como el conjunto de actividades e intercambios de naturaleza comercial que practican los cibernautas, en tiempo real y por medios electrónicos, a través del uso de redes.

Dentro del ámbito de los textos normativos internacionales, una definición amplia de comercio electrónico es la que recoge el comunicado de la

(17) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho informático*. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 187 a 188. En igual sentido, DAVARA ASESORES establece por separado qué es comercio, y que implica que este sea electrónico: «[...] en un sentido amplio, es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación comercial y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecuencia del fin comercial, con el resultado de la actividad que está desarrollando», DAVARA & DAVARA Asesores Jurídicos. *Microsoft bCentral Factbook: Comercio Electrónico*. Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001, p. 45. Adicionalmente, establece que no se trata únicamente de compras realizadas por Internet, sino que puede ser cualquier tipo de intercambio de información, ofertas, publicidad o anuncios, sin que sea necesario que se realice la transacción en su totalidad.

(18) GUISADO MORENO. Op. cit., p. 59.

(19) GARCÍA DEL POYO, Rafael. «Aspectos mercantiles y fiscales del comercio electrónico». En: ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Dr).: *Derecho del comercio electrónico* (Primeras jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid). La Ley, Madrid, 2001, pp. 477-478.

(20) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *Comercio Electrónico y Derecho*. Ponencia Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 1.

(21) ESPINOZA CÉSPEDES, José Francisco. *Contratación Electrónica e Informática Jurídica*. Editora Rao S.R.L., Lima, 2000, p. 32. Una concepción amplia también puede verse en Marie IASONI, para quien el comercio electrónico está constituido por el conjunto de transacciones realizadas por medios electrónicos. Este se presenta esencialmente bajo dos formas: de Negocio a Consumidor *business to consumers* (B2C) y el Negocio a Negocio, *business to business* (B2B), dimensión que no tiene precedente en el mercado. *Comercio Electrónico, Aspectos Legales*: Editorial Portocarrero, Lima, 2002, p. 19. PIAGGI entiende por comercio electrónico al conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medio electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen. Vendría a ser un sistema global que utiliza redes informáticas, y en particular Internet, la cual permite crear un mercado electrónico (operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes, e incluye todas las operaciones necesarias para completar operaciones de compra y venta, matching, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etcétera); todo ello en condiciones de seguridad y confidencialidad razonables. PIAGGI, Ana I. «El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios», en: ALTERINI, Atilio A, DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (Drs).. *Instituciones de Derecho privado – Contratación contemporánea*, vol. II, Temis, Bogota, 2001, pp. 68-69.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

Comisión de las Comunidades Europeas, el cual señala que

Se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto. De forma más estricta, entendemos en este estudio que debe circunscribirse a las transacciones comerciales electrónicas, es decir la compra venta de bienes o prestación de servicios, así como las negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales (p. ej., pagos electrónicos), desarrolladas a través de los mecanismos (como el correo electrónico, o el World Wide Web, ambas aplicaciones de Internet, o el EDI Electronic Data Interchange, en vertientes comerciales)⁽²²⁾.

Para la Organización Mundial del Comercio (OMC), se entiende por la expresión “comercio electrónico” la producción, distribución, comercialización, venta y entrega de bienes y servicios por medios electrónicos⁽²³⁾.

El comercio electrónico, entendido en sentido estricto, cubre, principalmente, dos tipos de actividades: la petición electrónica de bienes materiales que se entregan a través de canales tradicionales como el correo o los servicios de mensajería (comercio electrónico indirecto, que depende de factores externos, como la eficacia del sistema de transporte); y la petición, el pago y la entrega en línea de bienes y servicios intangibles, como programas informáticos,

revistas electrónicas, servicios recreativos y de información (comercio electrónico directo, que aprovecha todo el potencial de los mercados electrónicos mundiales)⁽²⁴⁾.

En definitiva, y como menciona De La Garza Goroestieta:

El comercio electrónico viene a ser un envolvente conjunto de herramientas de tecnologías de información, así como de estrategias de negocios destinadas a favorecer la realización de prácticas comerciales de forma electrónica. Cabe señalar que también el término comercio electrónico se usa para designar las operaciones que personas, empresas, organizaciones y gobiernos efectúan en línea, por medio de tiendas virtuales o portales electrónicos⁽²⁵⁾.

Tras esta exposición de posturas doctrinales, podríamos resumir como elemento común de las distintas concepciones de comercio electrónico que se parte del concepto genérico de comercio como toda aquella actividad que tiene por objeto o finalidad el intercambio de bienes o la prestación de servicios⁽²⁶⁾, y que será electrónico cuando dicho comercio se realiza por medio de herramientas electrónicas (redes electrónicas abiertas: Internet; o cerradas: EDI), facilitando así la actividad económica comercial.

Cabe mencionar que, de esta manera, el comercio (tanto internacional como nacional) enfrenta una paradoja. Por un lado, se presentan oportunidades

(22) COMISION EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, COM, N°702, Bruselas, 2003, pp. 7-10.

(23) Definición obtenida del punto 3 del párrafo 1 del Programa de Trabajo de la OMC.

(24) MARTINEZ NADAL, Apol•lònia. Op. cit., p. 31.

(25) DE LA GARZA GOROESTIETA, Mario. «Internet y comercio electrónico». En *Internet: el Medio Inteligente*. México, 2000, p. 229.

(26) Con respecto a la actividad que se desarrolla a través del comercio electrónico, son muy diversas e incluyen comercialización de bienes y servicios, suministro en línea de contenido digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónico, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestaciones de servicios en línea, contrataciones públicas, comercialización directa al consumidor y servicio posventa.

nunca antes vistas para aprovechar la globalización de los mercados; y, por otro lado, éstos se vuelven complejos, transformándose de manera sustancial y abrumadora (reduciendo o ampliándose, imponiendo y suprimiendo barreras, diversificando negocios o concentrándolos, etcétera), tornándose, con seguridad, en altamente competitivos entre sí. Por lo mismo, a decir de Sarra, lo que se ha venido a conocer con el nombre de “globalización de la economía” viene a significar la universalización de la dispersión de la tecnología, de los gustos de los clientes y consumidores, de las estrategias comerciales (pensar global, actuar global) y de los efectos en las estructuras mercantiles⁽²⁷⁾. En definitiva, viene a significar una conexión fusionada con la información con el propósito de generar procesos de comunicación uno a uno, uno a muchos y muchos a muchos.

Desde el punto de vista de las empresas, la utilización de alguna de estas modalidades de venta implica una importante disminución de costos. Esto, en la medida que permite operar prescindiendo de uno de los elementos más gravosos en este sector, el cual viene a ser la disposición de un local comercial, y a la par, brinda la posibilidad de la internacionalización del comercio, con un lógico crecimiento en el número de consumidores.

Desde el punto de vista del consumidor, estos sistemas de venta presentan el atributo principal de la comodidad de la realización del acto de compra desde el propio domicilio, evitando desplazamientos y disminuyendo considerablemente el tiempo empleado para dicha contratación. Por ello, resultan especialmente atractivos para compradores cuya movilidad se encuentra mermada por algún motivo, o que tienen su residencia alejada de los núcleos comerciales importantes (población rural). También es de destacar la mayor amplitud de horarios dispuesta

por muchas de las empresas que practican esta modalidad comercial, llegando a admitir pedidos ininterrumpidamente. Esta circunstancia puede resultar atractiva para aquellas personas que cuentan con escaso tiempo disponible para acudir al establecimiento comercial, como aquellos en que el horario laboral coincide con el de comercio.

4. La contratación electrónica

La contratación electrónica se viene a presentar como una nueva forma contractual y una nueva forma de realizar intercambio de bienes y de servicios. La importancia adquirida a través de los años la ha convertido en una materia de interés jurídico por su creciente y constante aplicación práctica, transformándose así en uno de los ejes fundamentales a través de los cuales se produce el intercambio de riqueza en la sociedad.

Este advenimiento de la contratación electrónica se debe a los medios de comunicación electrónicos, pues gracias a ellos 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 geográficas, generando así un nuevo mercado en donde las personas, mediante el uso de sus ordenadores, compran, venden, donan, arriendan e intercambian bienes y servicios, realizando cualquier tipo de contrato y haciendo que la riqueza circule en el ambiente electrónico. Además, se debe tener presente que para la validez en la celebración de un contrato electrónico no es preciso el previo acuerdo de las partes contratantes sobre la utilización o el empleo de medios electrónicos para manifestar su voluntad.

En la legislación peruana, se resolvió la inclusión de la contratación electrónica con las modificatorias

(27) Cfr. SARRA, Andrea. *Comercio electrónico y Derecho*. Buenos Aires, 2000, p. 279.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

introducidas al Código Civil por la Ley N° 27291 en lo que concierne al artículo 141° y al artículo 1374°. Además, fue adicionado el artículo 141° - A del mismo cuerpo normativo⁽²⁸⁾.

4.1 Concepto de contratación electrónica

Son múltiples las definiciones que se han formulado por la doctrina con respecto a la contratación electrónica. Para Davara Rodríguez, la contratación electrónica “es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”⁽²⁹⁾.

Guisado Moreno, por su parte, hace una definición de contratación electrónica confeccionada a partir del concepto de comercio electrónico en sentido estricto. Así, nos dice que es aquella modalidad de contratación de bienes o servicios realizada a distancia entre sujetos que pueden o no intervenir con carácter profesional en el tráfico, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y comunicación, particularmente Internet, como

instrumento más representativo de la actual revolución tecnológica⁽³⁰⁾.

Para Flores Doña, por contratación electrónica se hace referencia a los contratos que, independientemente de su naturaleza jurídica (compraventa, arrendamiento, entre otros), u objeto (bienes y derechos), “se celebran sustituyendo el ‘lenguaje oral y escrito’, que preside la contratación privada tradicional, por el ‘lenguaje electrónico’, (...) esto último esencial para ‘instrumentar las declaraciones de voluntad contractual’”. Todas estas modalidades en las denominadas “tecnologías de la información” han provocado cambios radicales en las relaciones patrimoniales entre las personas dentro de sus actividades comerciales⁽³¹⁾.

Clemente Meoro, por su parte, señala que los contratos electrónicos son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos. Pero esta definición es considerada demasiado amplia porque hay muchas formas de contratación en la que intervienen elementos electrónicos, como las que se dan con el uso del teléfono o del fax. Por ello, es mejor recurrir a un sentido estricto de los contratos electrónicos, que defina como tales a aquellos que se celebran mediante el uso de ordenadores a través

(28) “Artículo 141º.- Manifestación de voluntad.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 141º-A.- Formalidad.- En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión una versión íntegra para su ulterior consulta.

Artículo 1374º.- Conocimiento y contratación entre ausentes.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerle.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

(29) DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*, Op. cit., p. 166.

(30) GUIADO MORENO, Ángela. Op. cit., p. 116.

(31) FLORES DOÑA, María de la Sierra. *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*. Edersa, Madrid, 2002, p. 18.

de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos⁽³²⁾.

Con respecto al calificativo de “electrónico” aplicado a un contrato se deben plantear, por lo menos, tres interrogantes. En primer lugar, ¿es igual hablar de medios o de procedimientos electrónicos? La segunda cuestión es si cabe la equiparación de los significados de “contrato electrónico” y el “contrato propio del comercio electrónico”. Por último, tenemos que plantearnos si todo contrato electrónico debe entenderse como contrato concluido a distancia.

En cuanto a la primera cuestión, cuando se habla de “procedimientos electrónicos”, se está haciendo referencia a un fenómeno más amplio que el correspondiente a los medios informáticos. Los procedimientos electrónicos comprenden la comunicación mediante Internet, Intranet, fax, télex; y la denominación “medios informáticos” se restringe a la comunicación que se realiza por medio de una herramienta informática y a través de un ordenador⁽³³⁾. Por eso, como señalábamos anteriormente, sería equívoco decir que contrato electrónico es todo

aquel celebrado por medios electrónicos; debe circunscribirse al realizado mediante herramientas informáticas y por medio de ordenadores.

En cuanto a la segunda interrogante, somos de la idea de que el comercio electrónico tiene como base a la contratación electrónica, pero no se trata de una equiparación de términos, puesto que los dos conceptos son diferentes. Son términos que se relacionan pero que no se asemejan por completo. El comercio electrónico comparte características con la contratación electrónica, pero definitivamente se trata de una figura jurídica más amplia y multidisciplinaria⁽³⁴⁾.

Y con lo que respecta a la última interrogante, responderemos diciendo que, por regla general, un contrato electrónico es considerado contrato a distancia, lo cual es sumamente relevante a efectos de la aplicación de la legislación defensiva del interés del consumidor. Sin embargo, se debe tener en cuenta que dentro de los contratos a distancia existen algunos celebrados mediante medios electrónicos que permiten la comunicación inmediata o instantánea entre las partes del contrato⁽³⁵⁾. Dicho de

(32) CLEMENTE MEORO, Mario. «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», RdPat, Nº 4, Pamplona, 2000, pp. 61-62. De la misma manera, MENÉNDEZ MATO señala que el contrato electrónico es aquel que para su conclusión emplea medios o procedimientos electrónicos. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. Bosch, Barcelona, 2005, p. 163.

(33) Parece que el adjetivo “electrónico” se limita a la aplicación de sistemas de tratamiento o almacenamiento de datos, como son las herramientas informáticas de Internet, quedando excluidos el fax y el teléfono, pero definitivamente, por su naturaleza, estos también son medios de comunicación electrónica y, por tanto, serían susceptibles de ser el medio para la realización de un contrato electrónico.

(34) La definición de “comercio electrónico” parte del concepto genérico de “comercio”, el cual es considerado como toda aquella actividad que tiene por objeto o finalidad el intercambio de bienes o la prestación de servicios y que será electrónico cuando dicho comercio se realiza por medio de herramientas electrónicas (redes electrónicas abiertas: Internet o cerradas: EDI), facilitando así la actividad económica comercial. El legislador comunitario no nos da una definición expresa de lo que es el comercio electrónico. No obstante ello, en la Directiva 2000/31/CE (de 8 de junio de 2000) relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, nos da un alcance del comercio electrónico como un servicio que brinda la sociedad de la información. Asimismo, la Ley 34/2002, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), que transpone la Directiva 2000/31/CE al Derecho español, tampoco nos da una definición de comercio electrónico y, prácticamente, reproduce lo señalado en la referida Directiva.

(35) No nos referimos a servicios prestados en presencia física del prestador y del destinatario en los cuales se emplean dispositivos electrónicos: por ejemplo, la consulta y compra del cliente de un catálogo de productos dentro de un establecimiento comercial o la reserva de billetes y posterior compra de un pasaje de avión por medio de una red de ordenadores dentro de una agencia de viajes, en presencia física del cliente. En estos casos, al ser el cliente quien realiza la transacción en presencia física de profesional o, en su caso, su empleado, estos contratos son electrónicos, porque se realizan por medio de mecanismos electrónicos; pero no serán contratos a distancia ya que se celebran en presencia física de las partes contratantes.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

otra forma, y como veremos en el siguiente capítulo, todo contrato electrónico es “a distancia” aunque, en muchos casos, la perfección del contrato se realiza como si las partes estuvieran presentes, por existir una comunicación simultánea.

Por nuestra parte, para dar una definición de contratación electrónica nos remitimos a la definición de contrato. Así, señalamos que la contratación electrónica es el acuerdo de dos o más personas que se obligan entre sí o respecto de otra u otras, para crear, modificar o extinguir un relación jurídica de carácter patrimonial (como puede ser dar alguna cosa o prestar algún servicio), con la particularidad de que el consentimiento de las partes se presta por medios electrónicos, los cuales pueden permitir o no, según sea el caso, una comunicación inmediata de las partes.

Por último, es preciso señalar que se consideran parte de la contratación electrónica a aquellos contratos que se celebran mediante EDI o *Electronic Data Interchange*⁽³⁶⁾, a los cuales no nos referiremos en el presente estudio, por cuanto se refieren a

utilización de medios electrónicos en entornos cerrados.

Definitivamente, la contratación electrónica afecta la contratación tradicional, ya que se vale de medios computarizados y soportes magnéticos que almacenan documentos desmaterializados, en lugar de hacer uso del papel como soporte material del contrato, como tradicionalmente vienen realizando la mayoría de los contratantes. 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, como son: la constante reducción de los costos de transacción y la gran versatilidad de sus aplicaciones a todos los ámbitos del comercio. Por ello, esta nueva forma de contratar permite una nueva forma de adquisición de bienes y prestaciones de servicios. Asimismo, por su eficacia, la contratación electrónica crea un fuerte impacto en beneficio del hombre y la sociedad, observándose los resultados de ésta en el área económico-social.

“(…) el contrato electrónico no da origen a una nueva teoría contractual. Por lo tanto, para el estudio del mismo nos tenemos que basar en la teoría contractual ya establecida, claro está, con ciertas características especiales propias de la naturaleza del contrato”.

(36) EDI o *Electronic Data Interchange* (transferencia electrónica de datos) viene a ser un circuito cerrado o una red cerrada, por lo general usada en el comercio electrónico entre empresarios (B2B). El contrato EDI, por lo general, está precedido por un acuerdo de intercambio de datos, en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes las declaraciones. “(..). La adopción de un acuerdo de este tipo fomenta la seguridad jurídica al pactar el régimen de cuestiones carentes con frecuencia de regulación en los ordenamientos nacionales, al tiempo que recoge el compromiso de las partes de que el intercambio electrónico de datos es una vía para la formación entre ellas de contratos con la misma eficacia que los concluidos por medio del intercambio de documentos de papel (..).” DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*. Civitas, Madrid, 2002, p. 296.

Para un estudio integral de los contratos EDI, véase: JULIÁ BARCELO, Rosa. *Comercio electrónico entre empresarios: la formación y prueba del contrato electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MADRID PARRA, Agustín. “EDI (Electronic Data Interchange). Estado de la cuestión en UNCITRAL”, RDM, N.º. 207, en.-dic. 1993, pp. 115-150; MADRID PARRA, Agustín. «Anteproyecto de Ley modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos». En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, T. III, pp. 2065-2099; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Juan. *Sistemas de información en las organizaciones: el EDI en los canales de distribución*, Pirámide, Madrid, 2001; TEODORO I SADURNÍ, Jaume. *Intercambio electrónico de datos (EDI)*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994.

4.2 Diferencias entre el contrato electrónico y otros similares

Frecuentemente, el término “contrato electrónico” es asimilado al de “contrato informático”, “contrato telemático”, “contrato *online*” o “contrato digital”. Esto ocurre tanto en el lenguaje popular de los consumidores como en la redacción de obras jurídicas. Sin embargo, si bien esta equiparación de términos no resulta adecuada para denominar a este fenómeno, creemos que la mayoría de estas denominaciones no tienen diferencias muy marcadas entre sí, con excepción de la denominación de los contratos informáticos, la cual comprende un contenido distinto. Veamos las diferencias más destacadas.

4.2.1 Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato informático

Por lo que respecta a las diferencias que existen entre el contrato informático y el contrato electrónico, podemos señalar que hablamos de “contrato informático” cuando su objeto es de naturaleza informática⁽³⁷⁾, es decir, cuando el bien a transmitir se refiere a bienes informáticos, ya sean físicos (*hardware*) o lógicos (*software*). Incluso se puede hablar de prestación de servicios informáticos, esto es, aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento de la actividad informática (servicios de mantenimiento de equipos y programas, instrucción para el uso de programas,

etcétera). Ejemplos de estos pueden ser la compra de un ordenador, la compra de un antivirus, el contrato de elaboración de *software*, entre otros. Davara Rodríguez define el contrato informático como aquel cuyo objeto es un bien o servicio informático –o ambos–, o aquel en el cual una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático⁽³⁸⁾. De igual forma, Mantilla Sánchez⁽³⁹⁾ señala que los contratos informáticos son aquellos que establecen las relaciones jurídicas respecto de las prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso y/o goce de bienes informáticos, y prestar servicios informáticos.

Como se puede apreciar, la contratación informática no exige la utilización de medios electrónicos para su celebración, requisito necesario para que exista contratación electrónica. Pero cabe la posibilidad que una contratación informática puede ser a su vez electrónica, y esto sólo se dará cuando dicho contrato se realice o se concluya a través de procedimientos informáticos o de medios electrónicos⁽⁴⁰⁾.

4.2.2 Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato telemático

Nuestra segunda diferenciación se da entre las expresiones “contrato electrónico” y “contrato telemático”. Muchos autores las consideran como sinónimas, ya que las dos se están refiriendo a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual. No obstante,

(37) El término “informática” fue creado en Francia a mediados de la década de los sesenta (“Informatique”, de Infor-mation-auto-matique), con el objeto de designar las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones, extendiéndose posteriormente, y a partir de esa época, a todo el mundo. La informática debe ser entendida como el conjunto de técnicas que nos posibilitan la manipulación rápida (automática) de información.

(38) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*, Op. cit., p. 30.

(39) MANTILLA SÁNCHEZ, Catherine Ivette. “Contratos Informáticos”. En *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Lima, 2000, en: <<http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia8.html>>.

(40) Como señala DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: «La distinción entre las dos modalidades de contratación referidas no siempre estuvo clara, dado que, en un principio, la mayor parte de los contratos celebrados en Internet recaían sobre bienes, productos y servicios relacionados con el sector de las telecomunicaciones, razón ésta por la que ambos tipos de contratación llegaron a identificarse, hasta el punto de considerar que la contratación electrónica formaba parte de la contratación informática». DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Op. cit., p. 121.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

existe una diferencia muy sutil que parte del concepto de la telemática, la cual es entendida como el conjunto de aplicaciones derivadas de la integración de las tecnologías informáticas con aquellas de las telecomunicaciones y que están basadas en el intercambio de datos o en el acceso a archivos a través de redes telefónicas o de Internet.

En suma, la telemática puede ser definida como la integración de las tecnologías de la telecomunicación y la informática. De esta manera, los contratos telemáticos serían aquellos concluidos mediante el empleo de Internet o Intranet entre partes físicamente distantes. Sin embargo, como se observa, no todas las técnicas electrónicas (que no necesariamente son informáticas) de comunicación a distancia están incluidas en este contrato: se dejan a un lado las técnicas realizadas por medio de fax o vía télex. Por lo tanto, consideramos más apropiado referirnos al contrato electrónico que tiene un marco más amplio de aplicación.

68

4.2.3 Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato *online*

Con respecto a las diferencias nominativas entre el contrato *online* y el contrato electrónico, primero diremos que el contrato *online* debe ser entendido como todo aquel que ha sido perfeccionado "en línea", o sea, por intermedio de una red (Internet, Intranet⁽⁴¹⁾, Extranet⁽⁴²⁾, EDI⁽⁴³⁾). Por lo tanto, este contrato solo se limita a la contratación entre redes, ya sean públicas como es el caso de Internet, o privadas como es EDI. Se puede

apreciar, entonces, que el concepto de contrato *online* es mucho más restringido que el de contrato electrónico.

Por otro lado, la contratación *online* no debe ser equiparada al comercio electrónico *online*, ya que si bien es cierto comparten semejanzas, también mantienen diferencias sustanciales con respecto a la etapa de consumación del contrato. El comercio electrónico directo o comercio electrónico *online* es una clase de comercio electrónico que tiene por objeto la transacción de bienes intangibles, en los cuales el pedido, pago y envío se producen *online*. Son claros ejemplos de esta modalidad la compra de software y música. Como señala Fernández Fernández:

El comercio electrónico directo es aquel que puede perfeccionarse contractualmente y completarse la ejecución del contrato y la satisfacción de los contratantes únicamente a través de la red, utilizando solamente medios electrónicos. La entrega de bienes se produce sin soporte físico, únicamente a través de la Red. Por tanto, el contrato se perfecciona por medios electrónicos (título), pero también la 'cosa' o, generalmente, el servicio se entregan o satisfacen electrónicamente ⁽⁴⁴⁾.

4.2.4 Diferencias entre el contrato electrónico y el contrato digital

Por último, la diferencia respecto al contrato digital y al contrato electrónico se halla en el hecho que el contrato digital es aquel que para su conclusión necesita del

(41) Intranet es una red de ordenadores privada basada en los estándares (herramientas) de Internet dentro de un ámbito cerrado controlado, con el objetivo de mejorar la productividad de los usuarios y reducir los costos de implantación y mantenimiento de ecosistemas de información.

(42) Es la extensión de una Intranet corporativa, mediante enlaces adicionales, a los socios comerciales de la organización, ya sean clientes, distribuidores o proveedores. En otras palabras, una Extranet podría definirse como una red comercial privada virtual creada sobre Internet que enlaza a un grupo cerrado de usuarios formado por distintas organizaciones que comparten un objetivo empresarial común.

(43) *Electronic data interchange* en la nota 36.

(44) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo. Op. cit., p. 22. En igual sentido, expresa DAVARA que el comercio electrónico directo es aquel que se lleva a cabo exclusivamente a través de un medio electrónico, típicamente Internet, por lo que nos estamos refiriendo al comercio de bienes y/o servicios digitalizados. DAVARA & DAVARA, ASESORES JURÍDICOS. Op. cit., p. 45.

empleo de la firma digital⁽⁴⁵⁾, que también recibe el nombre de firma electrónica avanzada. Además, este tipo de contrato no necesita de un soporte en papel. Quedaría la duda de valorar como digital tanto al contrato concluido mediante el empleo de este tipo de firma electrónica entre partes que están físicamente a distancia, como el que tiene lugar entre partes físicamente presentes.

4.3 Validez del contrato electrónico

Como señalamos páginas arriba, el contrato electrónico no da origen a una nueva teoría contractual. Por lo tanto, para el estudio del mismo nos tenemos que basar en la teoría contractual ya establecida, claro está, con ciertas características especiales propias de la naturaleza del contrato. Corroborando lo dicho, Mateu De Ros señala: “No creemos que la contratación a través de Internet vaya a dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, pero siguen siendo válidos, quizás más que nunca

(...)”⁽⁴⁶⁾. En el mismo sentido, señala Aparicio Vaquero que la expresión “contratación electrónica” no pretende designar una categoría contractual autónoma, sino que se trata de un:

concepto bajo el cual se regulan y estudian de forma sistemática todos aquellos contratos que tienen como característica común la forma en que son concluidos: entre personas que no se encuentran físicamente en el mismo lugar y que emiten sus declaraciones negócias mediante máquinas informáticas que tienen a su disposición ⁽⁴⁷⁾.

Partiendo, entonces, de la teoría general del contrato, los elementos del contrato electrónico serán los mismos del contrato clásico, los cuales son definidos como aquellos requisitos que concurren en la formación del contrato, dotándole al mismo de eficacia y validez. Como señala Martínez Gallego, “(...) el contrato no existe propiamente hasta que se reúnen todos sus elementos constitutivos o esenciales, de modo que

(45) La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, Ley de firma electrónica, define a la firma electrónica en el artículo 3.1 y a la firma digital o firma avanzada en el 3.2. Artículo 3.1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. Artículo 3.2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

La firma digital, llamada también *signatura informática*, es la firma electrónica generada mediante criptografía asimétrica o de clave pública; es decir, se trata de un tipo de firma electrónica, caracterizada por el empleo de una determinada tecnología.

El objetivo de este sistema es conseguir las cuatro notas fundamentales que garantizan toda transacción entre ausentes: 1. Autenticidad, debido a que el emisor codificará su mensaje con su clave privada (de manera que así sólo podrá ser descodificado con su clave pública). 2. Confidencialidad, a continuación de realizar lo anterior, codificará el resultado con la clave pública del destinatario, para que así sólo él pueda descodificar el mensaje aplicando su clave privada. 3. Integridad, se asegura con la encriptación del mensaje, ya que si el emisor hubiera enviado el mensaje sin encriptarlo (únicamente acompañado de su firma electrónica), si el mensaje hubiera sido interceptado y alterado por un tercero, el resultado que obtendría el destinatario de aplicar esa versión alterada del mensaje –la función *hash*– sería distinta de la versión comprimida del emisor que se envió junto con el mensaje original. 4. No rechazo o no repudiación del contenido del documento, esto es, la facultad que impide que el autor del mismo pueda desconocer su contenido o su autoría, también se logra con este sistema, debido a la identificación perfecta del autor. Si se ha podido descifrar un documento con la clave pública asociada a una persona, necesariamente ha sido encriptado con la clave privada de la misma persona, cuyo uso está bajo su exclusivo control. Sobre todas estas cuestiones, véanse los trabajos citados en la nota 15 y, adicionalmente, VILCHES TRASSIERRA, Antonio José. *Aproximaciones a la Sociedad de la Información: Firma, Comercio y Banca Electrónica*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 24.

(46) MATEU DE ROS, Rafael. Op. cit., p. 42.

(47) APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. «Los contratos electrónicos en el derecho español. El marco establecido por la ley de servicios de la sociedad información y comercio electrónico». En: MORO ALMARAZ, María Jesús (Dir).. *Internet y comercio electrónico, Tercera jornada sobre derecho e informática*. Universidad Salamanca, Salamanca, 2002, p. 177.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

aparezca como entidad con existencia independiente, dotada de validez y eficacia en el campo jurídico”⁽⁴⁸⁾. Con respecto a este punto, tenemos que remitirnos necesariamente a los elementos esenciales del contrato en general, ya que la contratación electrónica tiene la esencia de todo contrato. Claro está que presenta ciertas particularidades, las cuales también señalaremos a continuación.

4.3.1 El consentimiento electrónico

Tradicionalmente, se considera que el consentimiento supone la concurrencia de la oferta y de la aceptación. El término “oferta” ha recibido diverso tratamiento en la doctrina y muchas veces ha sido confundido con otros conceptos de similar naturaleza con los que, si bien es cierto comparte elementos comunes, también tiene diferencias sustanciales. Así, podemos encontrar que en la teoría jurídica la oferta ha sido comparada con otros dos términos: “propuesta” y “policitación”. Sin embargo, la “propuesta”, la “oferta” y la “policitación” son figuras diferentes y deben recibir en la doctrina un trato disímil.

Por “propuesta” se debe entender a aquella invitación que una o más personas hacen a otra u otras a fin de celebrar un contrato. Esta comprende dos tipos específicos: la oferta y la policitación. La denominación “oferta” es empleada para referirse a aquella propuesta dirigida a una persona determinada, y “policitación” es la que se dirige a una persona no determinada, es decir, carece de un destinatario preciso⁽⁴⁹⁾. Desde esta perspectiva, la exposición que de sus productos realiza

en Internet un empresario no constituiría, *stricto sensu*, una oferta sino una *pollicitatio*. De todas formas, en general, la doctrina no concibe un diferente tratamiento jurídico a estas dos distintas formas de propuesta.

Ahora bien, volviendo al elemento “consentimiento”, diremos que éste es el elemento fundamental en el contrato electrónico y, en general, en todos los contratos. Este consentimiento viene a ser la coincidencia (“común sentir”) 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. Como señala la doctrina, el consentimiento debe ser entendido de dos maneras distintas, las cuales son el fondo y la forma de un mismo fenómeno. El consentimiento, entendido en su aspecto de fondo, es la coincidencia de voluntades declaradas, mientras que en su aspecto de forma es la conformidad de la oferta y la aceptación⁽⁵⁰⁾.

Con respecto a los contratos celebrados por vía electrónica, éstos siguen las reglas y lineamientos del Código Civil⁽⁵¹⁾. Las partes pueden manifestar su voluntad de contratar de la manera que consideren más conveniente para ellas, en virtud del principio de libertad de forma que rige en el Derecho privado, y esto mismo es aplicable para el contrato electrónico. Como se ha señalado:

El consentimiento electrónico constituye, en sí mismo, una modalidad especial de declaración de la voluntad negocial, cuya validez no está supeditada a un

(48) MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva María. *La Formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 19.

(49) OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo. *Teoría General del Contrato*. Temis, Santa Fé de Bogotá, 1994, p. 147. Esta discusión terminológica nos lleva a señalar que el concepto “propuesta” es el término genérico que comprende tanto a la oferta propiamente dicha, que es aquella dirigida a personas determinadas, como a la policitación, dirigida a personas no determinadas.

(50) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Primera Parte*. T. I, PUCP, Lima, 1996, pp. 124-125.

(51) Creemos que este reconocimiento expreso no habría sido necesario, justamente por la normativa general contenida en el Código Civil. Pero recurrir a esta fórmula de estilo tampoco es desacertado, ya que evita malas interpretaciones sobre el particular.

contrato escrito previo o posterior, ni a la traslación de aquel consentimiento a un soporte informático ni a la utilización de una firma electrónica, ni a la justificación escrita posterior a la celebración del contrato ni a ningún otro requisito formal. En consecuencia, cualquier contrato para el que el ordenamiento jurídico no exija forma escrita, así como también aquellos contratos para los que la ley pide forma documental privada, son susceptibles de ser celebrados electrónicamente⁽⁵²⁾.

Ello permite que el consentimiento dado por medios electrónicos no consista, necesariamente, en una declaración de voluntad telemática escrita (tecleada) por el cliente en su terminal: es suficiente el acto (gesto) de expresión de la voluntad realizada a través de la orden (*enter o click del mouse*) de aceptación del contrato. Asimismo, la declaración de voluntad negocial por Internet se traduce en una orden (el “pedido electrónico”) que es jurídicamente eficaz en sí y por sí misma: el acuse de recibo electrónico de la orden por parte del prestador del servicio (*e-mail*, aviso en pantalla) electrónico es, sin duda, una medida de constatación oportuna, pero no un elemento del proceso de perfección del contrato telemático del que dependa la eficacia legal de la declaración de voluntad⁽⁵³⁾.

En el ámbito de los contratos electrónicos, plantea una especial problemática la contratación por parte de las personas jurídicamente incapaces. Como es bien sabido, por “capacidad de goce” se entiende la aptitud que la ley reconoce a una persona para ser titular de derechos y obligaciones; mientras que la “capacidad de ejercicio” es la facultad para usar o poner en

práctica esos derechos y obligaciones. Esta capacidad de ejercicio está sujeta a una determinada madurez de la persona. Por ello, determinar la capacidad de los sujetos intervinientes en la contratación a través de medios electrónicos es crucial para determinar la validez del contrato mismo. En efecto, la capacidad es un requisito legal de validez de todo contrato, sin el cual el acto adolece de un vicio estructural sancionado con nulidad.

Sobre el particular, llama especialmente la atención el problema de la celebración de contratos en Internet por menores de edad. Hance⁽⁵⁴⁾ plantea una hipótesis la cual consiste en que un menor se suscriba a un servicio de información de compraventa de valores utilizando la tarjeta de crédito de sus padres. El autor se pregunta, ¿significa esto que el contrato será inevitablemente nulo e inválido y no se le pagará al proveedor del servicio? Responde que, en el Derecho comparado, en principio, los padres no quedan obligados por este tipo de contratos. Sin embargo, en Francia se ha señalado que los padres quedan obligados por el acto jurídico en virtud de la llamada “teoría de la apariencia”, debido a que el menor da la apariencia de ser adulto al encontrarse en posesión de una tarjeta de crédito que normalmente está en manos de personas consideradas jurídicamente capaces.

A nuestro juicio, la cuestión deberá dilucidarse caso por caso, pero rige la regla general de la anulabilidad de los contratos celebrados por incapaces. De todas formas, esta regla vendrá matizada por dos aspectos. Uno de ellos es la especial importancia que cobrará la prueba de que realmente el contrato fue realizado por el incapaz (para lo cual no bastará, por supuesto, la declaración de los padres o de los tutores, pues con ello resultaría sencillo invalidar cualquier negocio electrónico alegando que lo realizó un menor que utilizó

(52) MATEU DE ROS, Rafael. Op. cit., p. 31.

(53) MATEU DE ROS, Rafael. Op. cit., p. 45.

(54) HANCE, Olivier. *Leyes y Negocios en Internet*. McGrawHill-Interamericana Editores, Madrid, 1998, pp. 88-90.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

el ordenador sin consentimiento de quienes ejercen su custodia). El segundo aspecto a tomar en cuenta, y aun en el difícil caso de que realmente se haya probado que el contratante fue el menor o incapaz, es que si el contrato llega a anularse, consideramos que el tercero perjudicado podría pedir una indemnización por daños y perjuicios a quienes permitieron el acceso al ordenador al menor o incapaz (daños que podrían consistir, por ejemplo, en haber enviado el objeto comprado por Internet).

Por otro lado, como solución a la problemática de poder determinar si estamos contratando con personas capaces o no, se ha establecido el uso de la firma digital. Esta tiene como principal objetivo garantizar la identificación de los sujetos y su correspondiente manifestación de voluntad.

La manifestación o declaración de voluntad puede ser exteriorizada en forma expresa o tácita, siendo los medios comunes y tradicionales de expresión la palabra, la carta, el fax, el teléfono, los comportamientos, los gestos, entre otros. En efecto, una persona puede manifestar su voluntad expresa de contratar de forma oral: pronunciando las palabras “deseo comprar” o “deseo vender”; en forma escrita: redactando un documento o, incluso, haciendo un gesto corporal de asentimiento. Asimismo, esta manifestación puede ser tácita, es decir, a través de un comportamiento que lleva a una deducción inequívoca –indubitable– de su toma de posición respecto a determinados intereses como, por ejemplo, el testador que instituye legado y posteriormente vende el bien (tácitamente revoca el legado), el heredero que dispone de la herencia, etcétera⁽⁵⁵⁾.

Por otro lado, el mero silencio del destinatario de una oferta de un contrato sólo será interpretado excepcionalmente como una aceptación tácita, pues no cabe imputar al destinatario de la oferta un deber de contestarla afirmativa o negativamente. Esto, en la medida de que éste es libre de contratar o no según su voluntad.

Con el surgimiento de Internet y ante la virtualidad de sus comunicaciones, surgió la interrogante acerca de si las manifestaciones de voluntad, o mejor dicho, si las declaraciones contractuales (ofertas, aceptaciones, contraofertas) emitidas a través de estos medios electrónicos eran válidas y eficaces jurídicamente. Es decir, si las declaraciones contractuales realizadas por medios electrónicos tenían el mismo valor que un contrato celebrado por los medios tradicionales como, por ejemplo, una carta o un fax. La respuesta a la interrogante presentada es que, definitivamente, las declaraciones de voluntad expresadas a través de los medios electrónicos son válidas, en virtud del principio de libertad de forma que rige en el Derecho privado⁽⁵⁶⁾.

4.3.1.1 Contratación entre máquinas automatizadas

Una interrogante vinculada al tema de la voluntad contractual, requisito esencial para la formación del consentimiento, es la del denominado “consentimiento electrónico”⁽⁵⁷⁾. Se trata de una función que puede añadirse a la contratación entre máquinas, la cual ocurre cuando uno de los ordenadores está

(55) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1997, p. 113.

(56) Ciertamente, la “declaración por medios electrónicos” fue contemplada con bastantes recelos en un inicio, pero rápidamente se asentó la idea de que la firma electrónica es una forma válida de declaración de voluntad. Sobre estas cuestiones, véase: RECALDE CASTELLS, Andrés. «Comercio y contratación electrónica». En *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet*, N°s. 30, 31 y 32, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida, 1999, pp. 43-44.

(57) El consentimiento realizado por medio electrónicos es llamado también “consentimiento electrónico”. No hay una diferencia real entre estos términos, pero el llamado consentimiento electrónico es entendido frecuentemente como aquel consentimiento emitido mediante las máquinas automatizadas. Como veremos, no se trata de que las máquinas posean un consentimiento sino de que esta es la forma más electrónica de consentir, MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos electrónicos*. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 34.

programado de tal manera que tenga aptitud para manifestar automáticamente una oferta, recibirla y emitir una aceptación. Así, la manifestación de la voluntad yace vinculada a un *software* o sistema electrónico previamente programado para dicho fin.

Al reflexionar sobre este tema, nos surgen ciertas dudas para poder diferenciar la voluntad de la parte contratante y aquella “emitida” por un agente electrónico (computador automático): ¿este “consentimiento” emitido por cualquier medio electrónico puede ser considerado como consentimiento, jurídicamente hablando? En todo caso, ¿esa automatización de las máquinas en la generación del contrato excluye la voluntad del hombre? ¿será suficiente la emisión de la oferta o aceptación automática hecha por la máquina u ordenador? (es decir, si el contrato queda concluido con la interacción de una oferta automática y de la contestación igualmente automática). Respondiendo a estas interrogantes, señala Barriuso Ruiz⁽⁵⁸⁾, en un criterio que parece compartir la mayoría de la doctrina, que en la manifestación de voluntad realizada por medio electrónico, el acto de voluntad determinante se encuentra en la activación del sistema, que se completa con la voluntad expresada en el momento de la programación del sistema y que subyace, por tanto, en el programa. A efectos de su validez, esto determina que desde el momento en que el contratante da por adecuado el sistema y lo activa, convalida cualquier futuro proceso del sistema que actúe fiel a su programación y sin errores. Asimismo, señala el autor que los sistemas informáticos o electrónicos transmiten, electrónicamente, la voluntad de su autor (usuario) o ayudan a ello, pero el aspecto volitivo de la intencionalidad jurídica del contrato está dado exclusivamente a un atributo humano.

En el mismo sentido, se ha hablado mucho acerca de si la máquina tiene autonomía subjetiva o no. Esto nos parece inconcebible ya que dicha afirmación

conllevaría a afirmar que las máquinas tienen voluntad, y con ello se desnaturalizaría el aspecto diferenciador que tiene el ser humano respecto de las máquinas y de los animales. Reforzando esta idea, Stiglitz afirma que:

La máquina no tiene autonomía subjetiva, sino que: a) transmite la declaración negociada emitida en el momento por los sujetos; b) ejecuta automáticamente las órdenes que el sujeto le impartió por medio de un programa insertado previamente, el que contiene instrucciones para la elaboración de la declaración final, de tal manera que ella se formará conforme a la voluntad del declarante, estampada en la programación⁽⁵⁹⁾.

Por tanto, serían suficientes la oferta y la aceptación automáticas ya que estas máquinas se encuentran previamente programadas para contestar y esta declaración no obedece de ninguna manera a la voluntad de la máquina sino, indudablemente, a la de la parte contratante. Es así que en el eventual caso que el computador cometiera un error o realizara actos no previstos, estos en principio obligarían a la persona que activó el sistema del computador. Tanto en el supuesto en el que las partes se comuniquen en forma interactiva, como en el que lo hagan automáticamente por computadoras previamente programadas, la declaración de voluntad recibida será atribuida al sujeto que la emitió.

Por nuestra parte, creemos que en los casos en que estos contratos en los que las máquinas operan automáticamente, aunque materialmente nos puedan generar dudas acerca de la intervención humana en el momento de la perfección del contrato, no podemos sino concluir que el contrato queda concluido por la voluntad de las partes contratantes. Esta interacción automática se gesta a partir de instrucciones creadas por el hombre en las cuales plasma su voluntad. La voluntad solo le pertenece al hombre y la máquina o el

(58) BARRIUSO RUIZ, Carlos. *La contratación electrónica*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 106.

(59) STIGLITZ, Rosana. *Contratos. Teoría General*. T. I, Buenos Aires, 1994, p. 36.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

ordenador es un mero instrumento para transmitir ésta. Por más que se trate de máquinas automatizadas, éstas han requerido de una previa programación que, sin duda alguna, ha sido realizada por un ser humano. Ergo, a las partes contratantes se les imputará la “voluntad” que las máquinas, previamente programadas, estén preparadas para emitir en cualquier momento, obligando así a las partes contratantes al cumplimiento del contrato.

En definitiva, y como se ha señalado con singular acierto por cierto sector de la doctrina, las dudas que plantea la validez de la declaración emitida son, en realidad, una falsa alarma o problema, toda vez que la validez de cualquier manifestación de voluntad es independiente del medio a través del cual se emite⁽⁶⁰⁾. Por lo tanto, no se puede coincidir con la idea de que los contratos generados por computadoras están exceptuados del requisito de la voluntad del agente⁽⁶¹⁾.

No plantean especialidades dignas de mención el objeto y la causa del contrato electrónico, respecto de los cuales se aplican las normas y consideraciones doctrinales y jurisprudenciales de la teoría general del negocio jurídico. Respecto de los bienes o servicios que son, generalmente, objeto de este tipo de contratación podemos decir, como lo señalamos páginas atrás al hablar del comercio electrónico directo e indirecto, que pueden ser bienes materiales o inmateriales objeto de propiedad industrial, tales como obras editoriales, musicales, imágenes, bases de datos, programas de ordenadores, etcétera. En cuanto a los servicios, éstos pueden ser: adquisición de viajes, los servicios financieros, servicios de subasta de

bienes, intermediación de bienes muebles o inmuebles, servicios jurídicos y de asesoramiento económico o financiero, servicios de información y comunicación, medios de difusión, entre otros.

4.3.2 La forma del contrato electrónico

En lo que respecta a la forma del contrato electrónico, es la manifestación externa⁽⁶²⁾ que adopta el acuerdo de voluntades la que da nacimiento al contrato. Este elemento debe ser tomado en cuenta considerando la forma de exteriorizar la voluntad y el requerimiento de la Ley de una forma determinada para la validez del contrato. Hay formalidades (o solemnidades) que exige la ley que deben cumplirse a fin de dar validez al acto o al contrato, bajo sanción de nulidad o ineficacia. Por ende, cuando estamos ante un contrato solemne, no bastará que se hayan tomado en cuenta todos los presupuestos constituyentes para la formación del contrato, sino que también el mismo debe perfeccionarse por vía del cumplimiento de ciertos requisitos que hacen que la eficacia misma del contrato dependa de la forma y la observancia de elementos solemnes (protocolización ante Notario Público, o la inscripción en un Registro Público) que van a darle validez al acto.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento se consagra el principio de libertad de forma en la contratación y se establece la regla que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento entre las partes. De esta manera, se torna innecesaria la forma escrita como premisa, como instrumento o como condición de eficacia del contrato, salvo en los casos en que la ley obliga una forma expresa bajo sanción de nulidad.

(60) PAZ-ARES, Cándido, SAEZ LACAVE, M^a Isabel y BERMEJO GUTIERREZ, Nuria. «La emisión de la declaración de voluntad en Internet». En: PERALES SANZ, José Luis (Dr.). *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 112.

(61) BRIZZIO, Claudia. «Contratos informáticos y contratos por medios informáticos», en ALTERINI, Aníbal (Dir.). *Contratación Contemporánea. Contratación Moderna Derechos del consumidor*, Palestra-Temis, Bogota, 2001, pp. 79-112.

(62) La forma que adquiere el acto está ligada al elemento externo y objetivo de la manifestación de la voluntad. La forma es expresión externa que adopta la manifestación de la voluntad, la cual se exterioriza de alguna manera adoptando una forma, ya sea expresa o tácita. En el primer caso será expresa, cuando se evidencia mediante signos entendibles e inequívocos como idiomas, códigos, mímicas, etcétera; todas ellas codificadas o establecidas, tanto escritos como verbales; y será tácita, cuando se deduce de actos o comportamientos que hacen inferir la voluntad del agente.

No obstante la regla de la libertad de forma del contrato, en la práctica, por razones de seguridad jurídica, se prefiere tener un documento, ya sea público o privado, que respalde o pruebe la existencia de la contratación. De hecho, en la contratación con consumidores, la regla es más bien la constancia escrita de la contratación como medio de defensa del consumidor al constar, tanto su consentimiento, como las características esenciales del negocio por él celebrado.

La contratación electrónica no escapa a dicha medida ya que el ánimo de las partes de dejar constancia del hecho para el futuro se hace presente también en esta clase de contratación. Sin embargo, debido a la naturaleza inmaterial de la contratación electrónica, el instrumento de prueba cambia, puesto que frente al tradicional documento escrito aparece uno nuevo que es llamado “documento electrónico”. El documento electrónico es aquel documento proveniente de la elaboración electrónica y, por ello, de un documento informático. Mas si bien es cierto que tiene su origen en la informática, esta idea debe ser matizada y concretada⁽⁶³⁾.

Debemos indicar que un documento no se debe identificar con un único soporte, como señala Davara Rodríguez. El documento es tal, tanto si se encuentra en un soporte papel, o en cualquier otro tipo de soporte apto para su naturaleza⁽⁶⁴⁾. Lo relevante no es el soporte en sí, sino la forma de elaboración, emisión o reproducción en otros soportes del documento. Por eso, como señala Cervello Grande⁽⁶⁵⁾, el concepto de documento electrónico es mucho más restringido que el de documento “en

general”, ya que se limita a aquel contenido y almacenado en soportes o equipos informáticos.

El mencionado autor entiende por documento electrónico a una representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos, como un disquete, un CD-ROM, una tarjeta inteligente, etcétera; y que consiste en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre⁽⁶⁶⁾. En un sentido más amplio, se ha defendido que el documento electrónico ha de entenderse no sólo como aquel que se halla en soporte informático, sino aquel que, o bien se halla en soporte electromagnético (lo que conllevaría a abarcar aquellos que se encuentran en soporte óptico y auditivo, además de los que se encuentra en soporte informático), o bien sobre el cual, de cualquier forma, haya intervenido la informática en su elaboración.

A nuestro entender, el concepto de documento electrónico sólo abarcaría a aquellos documentos creados por el ordenador. Por esta razón, Carrascosa López le da al ordenador la denominación de “elaborador”, ya que éste, en base a ciertos parámetros y datos, y según un adecuado programa, decidirá en un supuesto concreto el contenido de la regulación de intereses objeto de un determinado contrato.

Dejando a un lado la problemática en torno al documento electrónico, las peculiaridades de la contratación electrónica hacen que la forma, de cierta manera, sea

(63) CARRASCOSA LÓPEZ, Javier. *La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*. Comares, Granada, 1999, p. 45.

(64) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *De la autopista de la Información a la Sociedad Virtual*. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 38.

(65) CERVELLÓ GRANDE, José María. «La prueba y el documento electrónico», en MATEU DE ROS, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coords).. *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 393. De forma meramente enunciativa señalamos algunos: el correo electrónico, los ficheros electrónicos que se mantienen en el ordenador, ya sea que contengan imágenes, sonido o textos; y aquellos que se encuentran en soportes informáticos como son los disquetes y el CD- Rom. A esta lista podemos agregar las memorias USB, que son una suerte de un disco duro extraíble del ordenador, ya que actúa como un aparato periférico.

(66) CERVELLÓ GRANDE, José María. Op. cit., p. 393. En la misma línea HERRERA, B. Rodolfo. *Derecho Informático*. La Ley Santiago de Chile, 1999, pp. 31-33.

El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual

tomada muy en cuenta como un valor probatorio. Y ello no por una determinada forma especial que adopten los contratos electrónicos, sino por el hecho de que los mismos se realizan a través de medios electrónicos. Al respecto, nos indica Vega Vega que el contrato electrónico, al no tener un soporte físico como el papel, impone la necesidad de someterlo a un formalismo propio del medio. Ahora bien, tal exigencia formal no es tanto para determinar la validez del contrato (forma o solemnidad *ad solemnitatem*), sino más bien para acreditar la existencia del contrato (forma o solemnidad *ad probationem*)⁽⁶⁷⁾.

Además, este mismo autor señala que la forma en la contratación electrónica no se adapta a una visión clásica del formalismo contractual. Estaríamos en presencia más bien de un formalismo indirecto⁽⁶⁸⁾.

En definitiva, una forma especial en el contrato electrónico no es exigible como un elemento indispensable para la validez del contrato. Sin embargo, debido a lo peculiar que resulta la contratación electrónica, la confirmación documental de la contratación realizada que se emplea tendría un valor probatorio e instrumental que serviría para permitir la consulta posterior del contrato realizado. No obstante, como es obvio, el contrato se celebra en el momento en que la aceptación es conocida por el oferente, bastando que ésta revista la forma electrónica para que se pueda concebir la contratación electrónica⁽⁶⁹⁾.

Conclusiones

Uno de los cambios más significativos que se han producido con la inserción de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad se manifiesta en el ámbito de los contratos, con la aparición de la contratación

electrónica. Este presenta nuevas peculiaridades con respecto a su aplicación y alcance.

La contratación electrónica no da origen a una nueva teoría contractual. Para ella, siguen siendo válidos los principios clásicos del Derecho Patrimonial Privado. Por lo tanto, para el estudio de la misma nos tenemos que basar en la teoría contractual ya establecida, teniendo en cuenta ciertas características especiales de estos contratos, claro está. Un ejemplo de ello es el hecho de que son celebrados entre personas que no se encuentran físicamente en el mismo lugar y que emiten sus declaraciones negociales mediante medios electrónicos de diversa naturaleza que pueden permitir la comunicación inmediata de las partes contratantes.

En suma, la incorporación de las TIC en la contratación y, en general, en la vida económica y social supone una serie de ventajas, como por ejemplo: mayor y mejor información al alcance de todos, más transacciones económicas (lo que repercute en un crecimiento de la economía) y, por lo tanto, una mejora en la calidad de vida de las personas. No obstante, también origina una serie de incertidumbres en el mundo jurídico sobre las cuales el Derecho, obedeciendo a su carácter dinámico, no puede permanecer ajeno, y 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. 

(67) VEGA VEGA, José Antonio. Op. cit., p. 122.

(68) VEGA VEGA, José Antonio. Op. cit., p. 122- 123. En el mismo sentido, BARRIUSO señala, en cuanto a la forma del contrato, que ésta es libre o voluntaria, no existe ningún impedimento. No obstante, también señala que "sin embargo, existen verdaderos impedimentos para la contratación electrónica en aquellos casos en que la forma o el procedimiento sea consustancial a los efectos o existencia del contrato, en aquellos casos en que siendo potestativo de las partes, la exigen o acuerden *ad probationem*; en aquellos otros cuya fuerza ejecutiva está condicionada a la forma; o cuando se necesite o se requiera inscripciones en los registros públicos". BARRIUSO RUIZ, Antonio. Op. cit., p. 99.

(69) MORENO NAVARRETE, Miguel Angel. Op. cit., p. 36.