

**UNIVERSIDAD AMAZONICA DE PANDO**  
**ÁREA DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES**  
**PROGRAMA DE DERECHO**



**TESIS DE GRADO**

**“NECESIDAD DE INTRODUCIR EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL  
BOLIVIANO COMO MEDIO DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD”**

Tesis de Grado presentada para obtener el  
grado académico de Licenciado en  
“Derecho”

**UNIV. Dublar**

**Cobija-Bolivia**  
**2014**

**UNIVERSIDAD AMAZONICA DE PANDO**  
**ÁREA DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES**  
**PROGRAMA DE DERECHO**



**TESIS DE GRADO**

**“NECESIDAD DE INTRODUCIR EL CONTRATO ELECTRÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL  
BOLIVIANO COMO MEDIO DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD”**

Tesis de Grado presentado para obtener el  
grado académico de Licenciado en  
“Derecho”

**UNIV. Dublar Mayna Silva**

**TUTOR: Oscar Felipe Melgar Saucedo**

**Cobiza-Bolivia**  
**2014**

## **Dedicatoria**

Este trabajo se lo dedico de todo corazón a mis familiares, ya que ellos fueron los que hicieron posibles la realización de mis sueños.

### **Agradecimientos**

- A Dios porque es quien desciende a nosotros para darnos su amor. Al aceptarlos, se convierte en nuestra fortaleza y nosotros en sus hijos y herederos. Sólo la fe en Él es útil.
- A mis familiares por haber colaborado en todo lo que necesité.
- A los docentes, por los conocimientos y enseñanzas transmitidas.
- Y a todos los que de una u otra forma colaboraron para alcanzar este objetivo.

## Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
MARCO METODOLÓGICO .....	2
1.1. Planteamiento del problema.- .....	2
1.1.1. Situación problemática.- .....	2
1.1.2. Formulación del problema.-.....	2
1.2. Objetivos de la investigación.- .....	2
1.2.1. Objetivos General.- .....	2
1.2.2. Objetivos Específicos.- .....	2
1.3. Justificación.-.....	3
1.4. Delimitación de la investigación.- .....	3
1.4.1. Delimitación Espacial.- .....	3
1.4.2. Delimitación Temporal.-.....	3
1.4.3. Delimitación sustantiva.-.....	3
1.5. Diseño metodológico.- .....	4
1.5.1. Tipo de investigación.- .....	4
1.5.2. Métodos y técnicas de investigación.- .....	4
1.5.2.1. Métodos de investigación.-.....	4
1.5.2.2. Técnicas de investigación.-.....	5
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	6
2.1. EL CONTRATO.....	6
2.1.1. Concepto .....	6
2.1.2. Contrato como negocio jurídico:.....	6
2.1.3. Elementos necesarios del negocio jurídico:.....	7
2.1.3.1. HECHOS .....	7
2.2. CONTRATO ELECTRONICO.....	10
2.2.1. Firmas electrónicas .....	11
2.2.2. Obligaciones del titular de la firma electrónica .....	11
2.2.3. Duración de la firma electrónica .....	12
2.3. Contratos.....	12

2.3.1.	Contratos de adhesión .....	12
2.3.2.	Perfeccionamiento de contratos electrónicos .....	12
2.3.3.	Aceptación del contrato electrónico.....	12
2.3.3.1.	Protección del usuario .....	13
2.3.3.2.	Información .....	13
2.3.4.	Contratos de consumo .....	13
2.3.4.1.	Privacidad.....	13
CAPÍTULO III .....		14
MARCO REFERENCIAL .....		14
3.1.	ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	14
3.2.	FUNDAMENTO HISTORICO.....	16
3.3.	FUNDAMENTO SOCIOLOGICO (Impacto Social).....	18
3.4.	FUNDAMENTO FILOSOFICO (PORQUÉ Y PARA QUE) .....	19
3.5.	FUNDAMENTO JURIDICO (Legislación comparada, doctrina, jurisprudencia, costumbre)	20
3.5.1.	Derecho Comparado.....	20
3.5.1.1.	Bermuda, Ley de Transacciones Electrónicas de 1999, “Exclusiones: .....	20
3.5.1.2.	Canadá, Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico .....	21
CAPÍTULO IV .....		25
DESARROLLO DEL TEMA.....		25
4.1.	DEFINICIÓN DE CONTRATO ELECTRONICO.....	25
4.2.	TIPOS DE CONTRATO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	25
4.2.1.	Contratos tipo.....	26
4.2.2.	Contratos de adhesión .....	27
4.2.3.	Condiciones generales.....	29
4.3.	ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	29
4.3.1.	Elementos objetivos.....	30
4.3.1.1.	Mensaje de datos, MD o data message.....	30
4.3.2.	La firma electrónica.....	31
4.3.3.	Sistemas de información.....	31
4.3.4.	Redes de transmisión de datos.....	31

4.4.	Elementos subjetivos. ....	32
4.4.1.	El iniciador –signatario- del mensaje de datos. ....	32
4.4.2.	El destinatario. ....	33
4.4.3.	Intermediarios.....	34
4.5.	MODALIDADES. ....	35
4.5.1.	Negociaciones uno a uno. ....	35
4.5.2.	Sitios punto com. ....	36
4.5.3.	E-market places.....	37
4.6.	CARACTERÍSTICAS .....	37
4.7.	FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	38
4.7.1.	Formación del consentimiento: oferta y aceptación .....	38
4.7.2.	Ofertas contenidas en catálogos y ofertas permanentes. ....	39
4.7.3.	Ofertas entre ausentes.....	40
4.8.	PRINCIPIOS BASICOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA .....	41
4.8.1.	Principio de equivalencia funcional. ....	41
4.8.2.	Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. 42	
4.8.3.	Principio de neutralidad tecnológica. ....	43
4.8.4.	Principio de buena fe. ....	43
4.8.4.1.	Clases.....	44
4.8.5.	Principio de libertad contractual.....	44
4.8.6.	Principio de regulación mínima.....	44
4.9.	EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRONICO .....	45
4.9.1.	Oferta contractual.....	45
4.9.2.	Aceptación de la oferta. ....	45
4.9.3.	Momento y lugar del contrato.....	45
4.9.4.	Perfeccionamiento del Contrato Electrónico.....	46
	CAPÍTULO V .....	48
	CONCLUSIONES .....	48
5.1.	CONCLUSIONES.-.....	48
	Bibliografía.- .....	50



## INTRODUCCIÓN

En la actualidad las computadoras se utilizan no solo como herramientas auxiliares de apoyo a diferentes actividades humanas, sino como medio eficaz para obtener información, lo que las ubica como un nuevo medio de comunicación.

Puede sostenerse que hoy las perspectivas de la informática no tienen límites previsibles y que aumentan en forma impresionante. Por ello ha llegado a sostenerse que la informática es hoy una forma de Poder Social.

Las partes de un contrato pueden acordar como mecanismos para dar el consentimiento, el uso de medios electrónicos.

En términos generales la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera universal, y en caso de un litigio el juez o tribunal tendrán que valerse de medios de prueba indirectos para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida.

Deben apreciarse los avances logrados en otros ámbitos como el financiero, y en general en ámbito común, para que se reconozca la utilización de medios electrónicos como una forma de manifestación de la voluntad de empresas y particulares para contraer obligaciones.

Por lo anterior se ha considerado que el sistema jurídico boliviano debe incluir las menciones necesarias para aprovechar los avances tecnológicos actuales, no solo en el ámbito comercial, sino también en otros, para que pueda lograrse una interacción y se los considere en su conjunto y no de manera aislada.

# MARCO METODOLÓGICO

## 1.

### 1.1. Planteamiento del problema.-

#### 1.1.1. Situación problemática.-

Es necesario dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa. Debe reconocerse la necesidad de contar con un marco jurídico que reconozca el uso de medios electrónicos o de cualquier otra tecnología, esto comprende la reforma y la adición al Código Civil de un nuevo marco de actuación que permita la utilización cotidiana de medios tecnológicos, especialmente del documento electrónico.

#### 1.1.2. Formulación del problema.-

¿Se puede contribuir, mediante la aceptación del documento electrónico como un medio de manifestación de la voluntad en los contratos, a que las actividades jurídico-contractuales se realicen con mayor rapidez y que para los ciudadanos sean más factibles económicamente?

### 1.2. Objetivos de la investigación.-

#### 1.2.1. Objetivos General.-

Demostrar la necesidad de contar con una legislación nacional que incorpore esta realidad jurídica - tecnológica, que se está produciendo en todas las latitudes del ámbito mundial.

#### 1.2.2. Objetivos Específicos.-

- Estudiar, el avance histórico que ha tenido el documento electrónico hasta nuestros días.

- Identificar, a través del Derecho Comparado cuales son los países que en su legislación contemplan al documento electrónico como tal.
- Cuestionar, el vacío legal en la forma de manifestación de la voluntad.
- Identificar, al documento electrónico con el efectuado en soporte papel.
- Explicar, que la firma digital es igual que la firma manuscrita.
- Estudiar, el contrato como fuente de las obligaciones.
- Analizar, los distintos tipos de contratos.

### **1.3. Justificación.-**

Tal y como se plantea el problema del presente trabajo de investigación, se considera justificado para continuar con el mismo, toda vez que se refiere a una problemática de carácter tanto mundial como nacional.

Además de que estableciendo el documento electrónico como medio de manifestación de la voluntad se logrará dar garantías jurídicas a éste tipo de contrato, el cual ofrece eficacia y rapidez en su realización.

Y que al subsanar esta deficiencia se permitirá la realización de contratos por medios electrónicos, lo cual contribuye en un ahorro de tiempo y dinero.

### **1.4. Delimitación de la investigación.-**

#### **1.4.1. Delimitación Espacial.-**

La investigación fue realizada en la ciudad de Cobija, no obstante a ello se trabajará también con información, documentos y datos nacionales; de igual manera la propuesta que se presente tendrá como ámbito al nacional.

#### **1.4.2. Delimitación Temporal.-**

La investigación fue realizada en el primer semestre de la gestión 2014.

#### **1.4.3. Delimitación sustantiva.-**

La investigación se ocupó en el manejo de doctrina, jurisprudencia en materia constitucional, materia de derecho civil y materia telecomunicaciones dentro de la

legislación nacional vigente. Así como de temas de Tecnologías de Información y Comunicaciones.

## **1.5. Diseño metodológico.-**

### **1.5.1. Tipo de investigación.-**

La investigación que se realizó seguirá un tipo de investigación aplicada, exploratoria-descriptiva-explicativa.

Se dice que fue una investigación aplicada porque lo que se buscó por medio de la presente es precisamente dar solución a una problemática vigente.

Exploratorio porque se partió identificando una problemática.

Descriptivo, pues en la realización del mismo se hará una descripción de todos los hechos que envuelven a la figura del contrato electrónico.

Finalmente la investigación fue explicativa porque se buscó establecer una relación de causa efecto en relación a la temática que se está tratando.

### **1.5.2. Métodos y técnicas de investigación.-**

#### **1.5.2.1. Métodos de investigación.-**

Para lograr el mejor desarrollo de la investigación se recurrirá a emplear tanto métodos generales como particulares:

Dentro de los métodos generales se empleará:

- Método bibliográfico; que posibilitó reunir todo el material bibliográfico referido al tema.
- Método comparativo; que fue empleado para realizar una comparación en lo que hace al tratamiento de la legislación nacional y la legislación comparada respecto al tratamiento del contrato electrónico.
- Método de la observación; por el cual se logró identificar la problemática.
- Método sistemático, que fue empleado para la conformación de la propuesta.

- Método analítico; que permitirá realizar un análisis de la situación y el contexto en el que se encuentra la problemática identificada

Así mismo se utilizará el siguiente método particular:

- Método histórico; que fue utilizado para conocer cómo ha ido evolucionando el tema de regulación del contrato electrónico.

#### **1.5.2.2. Técnicas de investigación.-**

Por el tema a tratarse se utilizó las siguientes técnicas: técnica de la observación y de la encuesta.

# MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

## 2. Intro

### 2.1. EL CONTRATO

#### 2.1.1. Concepto

Es la fuente más importante del Derecho de obligaciones; se desprende que el contrato consiste en un acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes.

La doctrina española basándose en el contenido de los artículos, define el contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial (obligaciones)

El contrato en cuanto constituye un acuerdo de voluntades con efectos jurídicos es un negocio jurídico bilateral que genera obligaciones entre las partes que lo celebran. Se caracteriza por actuar la voluntad de cada parte en consideración a un interés opuesto o diferente del que impulsa a la otra y precisamente se ponen de acuerdo para conseguirlo (realizar, modificar o extinguir una obligación). En principio no se exige una forma para que el contrato produzca sus obligaciones; una vez que el acuerdo de voluntades se exterioriza mediante el consentimiento, surge el contrato generando obligaciones ley para las partes contratantes. De esta forma, el contrato constituye una norma de origen privado garantizada por el poder público que ordena y vincula las conductas de las partes contratantes estableciendo derechos y obligaciones entre ellos que pueden exigirse coactivamente, si las partes voluntariamente no se someten a ellos.

#### 2.1.2. Contrato como negocio jurídico:

El contrato es el medio más eficaz para el intercambio de bienes y servicios. Es un negocio jurídico bilateral donde existe un acuerdo de voluntades coincidentes de las personas que consienten en obligarse para obtener los más diversos fines de la vida económica. Para ello es necesario previamente saber qué es y cómo se articula el negocio jurídico.

El negocio jurídico no está recogido explícitamente en el CC; que surge como una categoría abstracta introducida por la doctrina sobre distintas figuras y contenidos que aparecen en el código, los cuales, sin recibir la denominación de negocio jurídico coinciden con su fundamento y estructura. El CC alemán sí que tiene una regulación del negocio jurídico, por ello, se facilita la construcción de esta figura para los diferentes ordenamientos que carecen de su tratamiento específico.

### **2.1.3. Elementos necesarios del negocio jurídico:**

Primeramente, dentro del ámbito social constantemente se producen hechos que pueden ser jurídicamente irrelevantes o pueden tener repercusión jurídica porque el Derecho lo establece así. Estos hechos se llaman hechos jurídicos porque están constituidos por un hecho capaz de producir una consecuencia jurídica. A su vez los hechos jurídicos pueden clasificarse en naturales (son acontecimientos de la naturaleza donde no interviene la voluntad humana) y voluntarios (tienen su origen en la voluntad libre y consciente de las personas), se les llama actos jurídicos, que pueden ser en sentido estricto (la persona lo realiza de forma voluntaria pero los efectos que se derivan los establece la ley) y declaraciones de voluntad (actos cuyos efectos jurídicos serán aquellos que los interesados establecen, de manera que sus autores van a configurar las consecuencias jurídicas que se deriven del acto) negocio jurídico.

#### **2.1.3.1. HECHOS**

- Jurídicamente irrelevantes
- Jurídicamente relevantes (hechos jurídicos)
- Naturales
- Voluntarios actos jurídicos (lícitos o ilícitos)
- En sentido estricto
- Declaraciones de voluntad negocio jurídico

Desde otro punto de vista los actos jurídicos pueden clasificarse en lícitos e ilícitos, ambos producen efectos jurídicos, aunque de forma diferente: los lícitos son actos conforme al Derecho (fines tutelados por el ordenamiento jurídico) y los ilícitos son

contrarios al Derecho, y por lo tanto son sancionados por el ordenamiento jurídico con pena o ineficacia.

Concepto de negocio jurídico: es una declaración de voluntad (acto jurídico) a la que el Derecho reconoce el poder de originar determinados efectos jurídicos que son queridos por quienes lo celebran, según las partes que intervienen en el negocio jurídico, esto se puede clasificar en unilaterales (cuando la declaración de voluntad procede de una sola parte), plurilaterales (cuando son dos o más partes las que intervienen) y bilaterales si hay sólo dos partes.

El contrato y la autonomía de las partes: según De Castro el negocio jurídico es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad de la persona porque confiere el poder para gobernar sus propios asuntos y atender a la satisfacción de sus necesidades. El principio de autonomía de voluntad tiene su manifestación más característica en la libertad contractual. En base a ello, todo individuo con capacidad de obrar puede contratar cuando, como y con quien quiera. El principio de autonomía de voluntad señala que: los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Este principio implica que las partes tienen total libertad para celebrar o no un contrato, establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes para atender a sus intereses, adoptar la forma contractual que crean más conveniente y poder establecer los efectos que se deriven del contrato sin que la ley pueda sustituir la voluntad manifestada de los contratantes. De esta manera, mediante el consentimiento, 2 sujetos pueden quedar obligados según los pactos, cláusulas y condiciones que quieran establecer. En definitiva, la autonomía de la voluntad es el máximo exponente de la libertad contractual para regular sus propios intereses sin que el ordenamiento jurídico intervenga directamente porque se considera que la voluntad de las partes expresada en un contrato será siempre lo más adecuado y justo para los interesados ya que de forma contraria no se obligarían.

Actualmente, el principio de voluntad de la voluntad está perdiendo la fuerza que tenía porque cada vez hay un mayor intervencionismo estatal en el ámbito de la contratación, siempre con el fin de proteger a la parte más débil; también pierde

fuerza cuando se pierde total o parcialmente la libertad de celebrar un contrato, y esto ocurre con la aparición de nuevas figuras contractuales que configuran los contratos forzosos.

Clasificación de los contratos: se atiende a distintos criterios de agruparlas según los caracteres comunes de los contratos. Con la clasificación se pretende establecer un orden que permita agrupar al contrato dentro de un tipo determinado. Siempre con el fin de saber qué régimen jurídico deberá aplicar, pues según qué clase sea, le serán aplicables distintos efectos jurídicos.

Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos: esta distinción se establece atendiendo a la naturaleza del vínculo que producen los contratos. Hay que tener en cuenta que el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral porque requiere un acuerdo de 2 ó más personas para su nacimiento, por lo tanto la diferencia se refiere no al número de partes que intervienen en el contrato sino al número de obligaciones que de ellas nacen. Son unilaterales los contratos que establecen obligaciones sólo para una parte. Una parte es acreedora y la otra es deudora. Ej.: donación. Son bilaterales o sinalagmáticos los que crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. La cualidad de acreedor y deudor concurren en ambas partes.

Onerosos o gratuitos: según la finalidad que persiguen. Los onerosos son contratos donde cada parte pretende obtener una ventaja mediante una equivalencia o compensación: cada una de las partes ha de recibir una prestación de la otra. Ej.: arrendamiento: el arrendador obtiene dinero a cambio de que el arrendado disfrute de algo. Se pueden clasificar en conmutativos (se celebran determinándose las prestaciones desde un principio y de forma cierta e invariable) y aleatorios (se celebran sin determinar una o ambas prestaciones de forma cierta e invariable porque se hace depender en cuanto a su ejecución o cuantía de la suerte o del azar.

Contratos consensuales, reales y formales o solemnes: aquí se atiende a los requisitos que se necesiten para la perfección del contrato. Son consensuales los que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades consentimiento (compraventa). Son reales los que además del consentimiento necesitan para perfeccionarse la

entrega de la cosa objeto del contrato. Ej.: donación. Son formales o solemnes aquellos que además del consentimiento exigen para su perfección y obligatoriedad una forma especial de celebración, puede ser sólo la forma escrita o la escritura pública.

Contratos típicos y atípicos: se diferencian según su regulación legal. Son típicos los que tienen regulación específica en la ley (compraventa, arrendamiento...) y atípicos los que no tienen una regulación legal y han sido creados por la libre iniciativa de las partes debido a las nuevas necesidades y usos sociales, cuya admisibilidad y validez es discutible en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Pueden ser puros (carecen de regulación absoluta legal) y mixtos (combinan elementos de diferentes contratos típicos).

Nuevas categorías contractuales: son propias del Derecho moderno que se caracterizan por su peculiar manera de construirse y además por la debilitación que suponen del principio de la autonomía de la voluntad contractual. En estas clases el concepto de contrato como un acuerdo de voluntades libremente pactado quiebra en favor de una de las partes contratantes, quien de forma unilateral establece todas o algunas de las condiciones del contrato sin permitir que intervenga la otra parte a la cual sólo le queda aceptar o rehusar la celebración del contrato. Otras veces es la ley quien de forma imperativa establece todas o algunas de las condiciones del contrato. Estas categorías tienen su justificación en la contratación en masa: en el elevado número de contratación que sobre determinados bienes y servicios. Se realizan en las sociedades avanzadas. Al ser tan alto el número de contratación sería prácticamente imposible, lento y complicado atender a ciertas necesidades sociales mediante la contratación individualizada con cada uno de los sujetos interesados.

## **2.2. CONTRATO ELECTRONICO**

El uso generalizado de Internet como forma de comunicación, sin duda ha alterado la estructura del mercado, ofreciendo a las personas una nueva manera de contratar.

El contrato electrónico, de una manera sencilla se entiende como venta online, esto es, vender y comprar productos y/o servicios a través de escaparates Web. Los

productos comercializados, pueden ser productos físicos (viajes, teléfonos móviles consultas legales online...), o productos digitales (imágenes, sonidos, bases de datos, software...).

Pero el comercio electrónico, en un sentido amplio, incluye todas las actividades que se realizan antes, durante y después de la venta. Estas actividades, incluyen publicidad, negociación entre vendedor y comprador, formalización del contrato, atención al cliente antes y después de la venta.

La contratación electrónica, cuenta con unas normas que le son aplicables y cuyo fin fundamental es la protección del consumidor.

### **2.2.1. Firmas electrónicas**

Se reconoce la validez de la firma electrónica y los mismos efectos jurídicos que de una firma manuscrita.

Requisitos de una firma electrónica

Para que una firma electrónica tenga validez deberá cumplir con un mínimo de requisitos:

- Ser individual, única o vinculada exclusivamente a su titular, y capaz de ser mantenida bajo estricto control de la persona a quien pertenece y usa.
- Disponer de las seguridades necesarias que garanticen su integridad
- Ser verificable, inequívocamente mediante mecanismos técnicos de comprobación, establecidos por la ley, los Reglamentos o el acuerdo de las partes.

### **2.2.2. Obligaciones del titular de la firma electrónica**

- Actuar con diligencia para evitar toda utilización no autorizada de la firma.
- Notificar al proveedor de servicios o a los interesados, por cualquier medio, cuando exista el riesgo de que su firma sea controlada por terceros no autorizados y pueda utilizarse indebidamente.
- Asegurar la exactitud de sus declaraciones en todos sus actos.
- Cumplir con las obligaciones derivadas del uso ilegal de su firma si no ha obrado con la debida diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella,

salvo que el destinatario supiera o hubiera debido saber que la firma no era autorizada.

### **2.2.3. Duración de la firma electrónica**

La duración está sujeta a la voluntad del titular de dicha firma, de acuerdo a lo que se estableciere en la ley y sus reglamentos.

## **2.3. Contratos**

La elaboración y envío de un contrato podrá ser efectuada mediante mensajes de datos.

Estos mensajes de datos gozarán de completa validez y fuerza jurídica, sea que se trate de una oferta, la aceptación de la misma o cualquier otra forma que genere obligaciones entre las partes.

### **2.3.1. Contratos de adhesión**

En los contratos en los cuales las condiciones se encuentren preestablecidas bastará que el suscriptor cumpla con las instrucciones de adhesión establecidas en el mensaje de datos para crear obligaciones entre emisor y suscriptor.

### **2.3.2. Perfeccionamiento de contratos electrónicos**

Los contratos concluidos electrónicamente se entenderán perfeccionados cuando la declaración de voluntad del aceptante llegue a conocimiento del Oferente. Se entenderá como el lugar de perfeccionamiento del contrato el que acordaren las partes, en caso de no fijarlo, será el lugar de envío o recepción del mensaje de datos.

### **2.3.3. Aceptación del contrato electrónico**

Si alguna de las partes solicitare que previa a la aceptación legal de un documento electrónico, se deba firmar su recepción y conformidad, se entenderá que el documento electrónico no surtirá sus efectos legales mientras no se cumpla dicho requisito.

De los derechos del usuario de consumo:

### **2.3.3.1. Protección del usuario**

Se garantizan los derechos de los usuarios de servicios de certificación y de quienes actúen intercambiando mensajes de datos, o efectuando transacciones de cualquier tipo relacionadas con el acceso a Internet, Comercio Electrónico, otros medios de comunicación y Tecnologías de Información.

### **2.3.3.2. Información**

El Oferente en Internet deberá informar al usuario, en forma objetiva, oportuna, veraz y en detalle las características de lo que se está adquiriendo, para que sirva y como utilizarlo. Toda promoción o publicidad de productos en el Internet u otros medios relacionados con el Comercio Electrónico deberá regirse al cuerpo de Leyes bolivianas.

### **2.3.4. Contratos de consumo**

Luego de celebrados estos contratos, el Usuario o adquiriente tiene el derecho de desistir del contrato veinticuatro horas después de escrito el mismo. Dentro de éste término el usuario será responsable por los gastos que hubiere ocasionado al Oferente por este contrato. En caso de no notificar dicho desistimiento dentro del término señalado, el Usuario será responsable por los daños causados al Oferente.

#### **2.3.4.1. Privacidad**

Como privacidad del usuario se entiende también el derecho a la intimidad y el derecho a no recibir información o mensajes no solicitados. Para el envío o recepción de mensajes o información directamente o mediante cadenas, el usuario deberá haber suscrito una autorización expresa al iniciador o emisor del mensaje de datos. El usuario podrá solicitar en cualquier momento su exclusión de cadenas de mensajes o de bases de datos en las cuales conste inscrito. En caso de violarse la privacidad, el usuario podrá iniciar las acciones que le concede la ley.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO REFERENCIAL**

#### **3. Intro**

##### **3.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**

El comercio, actividad ancestral del ser humano, ha evolucionado de muchas maneras. Pero su significado y su fin es siempre el mismo. Según el diccionario consultor de economía, el Comercio es "el proceso y los mecanismos utilizados, necesarios para colocar las mercancías, que son elaboradas en las unidades de producción, en los centros de consumo en donde se aprovisionan los consumidores, último eslabón de la cadena de comercialización. Es comunicación y trato". En líneas generales, y con un sentido amplio, el comercio implica la investigación de mercado con el fin de interpretar los deseos del consumidor, la publicidad que anuncia la existencia del producto, la posibilidad de adquirirlo, y en qué lugar, a la vez que se utilizan los métodos de persuasión, la venta al por menor y finalmente, la adquisición por parte del público.

Según lo expuesto, a través de los años han aparecido diferentes formas o tipos de comercio. A principio de los años 1920 en Los Estados Unidos apareció la venta por catálogo, impulsado por las grandes tiendas de mayoreo. Este sistema de venta, revolucionario para la época, consiste en un catálogo con fotos ilustrativas de los productos a vender. Este permite tener mejor llegada a las personas, ya que no hay necesidad de tener que atraer a los clientes hasta los locales de venta. Esto permitió a las tiendas poder llegar a tener clientes en zonas rurales, que para la época que se desarrolló dicha modalidad existía una gran masa de personas afectadas al campo. Además, otro punto importante de esto es que los potenciales compradores pueden escoger los productos en la tranquilidad de sus hogares, sin la asistencia o presión, según sea el caso, de un vendedor. La venta por catálogo tomó mayor impulso con la aparición de las tarjetas de crédito; además de determinar un tipo de relación de mayor anonimato entre el cliente y el vendedor.

A mediados de 1960, con la ayuda de la televisión, surgió una nueva forma de venta por catálogo, también llamada venta directa. De esta manera, los productos son mostrados con mayor realismo, y con la dinámica de que pueden ser exhibidos resaltando sus características. La venta directa es concretada mediante un teléfono y usualmente con pagos de tarjetas de crédito.

A principio de los años 1970, aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban una computadora para transmitir datos. Este tipo de intercambio de información, sin ningún tipo de estándar, trajo aparejado mejoras de los procesos de fabricación en el ámbito privado, entre empresas de un mismo sector. Es por eso que se trataron de fijar estándares para realizar este intercambio, el cual era distinto con relación a cada industria. Un ejemplo conocido de esto es el caso del Supermercado mayorista Amigazo.

A mediados de los años 1980 esta empresa desarrolló un sistema para procesar órdenes de pedido electrónicas, por el cual los clientes de esta empresa emitían ordenes de pedido desde sus empresas y esta era enviada en forma electrónica. Esta implementación trajo importantes beneficios a Amigazo, ya que se eliminaron gran parte de errores de entregas y se redujeron los tiempos de procesamiento de dichas órdenes. El beneficio fue suficiente como para que la empresa Amigazo, instale un equipo a sus clientes habituales.

Por otra parte, en el sector público el uso de estas tecnologías para el intercambio de datos tuvo su origen en las actividades militares. A fines de los años 1970 el Ministerio de Defensa de Estados Unidos inicio un programa de investigación destinado a desarrollar técnicas y tecnologías que permitiesen intercambiar de manera transparente paquetes de información entre diferentes redes de computadoras, el proyecto encargado de diseñar esos protocolos de comunicación se llamó "Internetting project" (de este proyecto de investigación proviene el nombre del popular sistema de redes), del que surgieron el TCP/IP (Transmission Control Protocol)/(Internet Protocol) que fueron desarrollados conjuntamente por Vinton Cerf y Robert Kahn y son los que actualmente se emplean en Internet. A través de este proyecto se logró estandarizar las comunicaciones entre computadoras y en 1989 aparece un nuevo servicio, la WWW (World Wide Web, Telaraña Global), cuando un grupo de investigadores en

Ginebra, Suiza, ideó un método a través del cual empleando la tecnología de Internet enlazaban documentos científicos provenientes de diferentes computadoras, a los que podían integrarse recursos multimedia (texto, gráficos, música, entre otros). Lo más importante de la WWW es su alto nivel de accesibilidad, que se traduce en los escasos conocimientos de informática que exige de sus usuarios.

El desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio, y en este marco se desarrolla el Comercio Electrónico.

### **3.2. FUNDAMENTO HISTORICO**

El tránsito del Siglo XX al XXI se ha caracterizado por una auténtica revolución propiciada por el desarrollo de la tecnología digital y de las telecomunicaciones, las llamadas nuevas tecnologías, las cuales permiten la comunicación y el acceso a la información de manera instantánea, en el momento en que el usuario desee (on demand) y desde cualquier lugar del mundo, en lo que se ha venido en denominar la "sociedad de la información".

Frente a esa nueva realidad, el Derecho, como mecanismo de ordenación de las conductas humanas y de resolución de conflictos, se ha ocupado y se continúa ocupando de los problemas que genera, en el tráfico económico y jurídico, la aplicación de esas nuevas tecnologías, bien adecuando sus principios y normas jurídicas a esas nuevas realidades, bien creando, de modo excepcional, nuevas y específicas formas de protección, allí donde se observa una laguna o déficit de regulación.

Desde hace varias décadas los comerciantes han venido utilizando las TIC's<sup>7</sup> para aprovechar las oportunidades comerciales y los métodos de negocios que genera la implementación adecuada de las tecnologías en la actividad mercantil. Particularmente se han utilizado para, entre otras, publicitar productos, contactar clientes, realizar invitaciones a contratar y ofertas, perfeccionar contratos, entregar productos y prestar servicios. El uso de estos medios ha sido una práctica que en las últimas décadas ha sido recogida y respaldada<sup>8</sup> explícitamente por normas nacionales

e internacionales. No obstante, éstas no incorporan la totalidad de prácticas que surgieron y existen sobre la materia, ya que las mismas se centraron en regular los aspectos básicos para dar plena validez jurídica al uso de los mensajes de datos como otra forma de manifestación de la voluntad y medio probatorio. Adicionalmente, estas normas institucionalizaron los equivalentes funcionales de escrito, original, firma y archivos. Se ha señalado que el “eBusiness” es una forma de integrar las nuevas tecnologías de la información con estrategias de negocios. Esta combinación puede aumentar significativamente la rentabilidad y el crecimiento de su empresa”<sup>9</sup>. Si bien su desarrollo ofrece importantes oportunidades, su crecimiento y consolidación no sólo depende de la existencia de un marco jurídico pertinente. En medio de una etapa de mutación entre un mundo tradicional a un contexto digital, los factores culturales y tecnológicos cobran muchísima importancia. La falta de confianza en los mecanismos tecnológicos es uno de los principales obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico. Esto obedece a varios factores: (1) El anonimato de las transacciones electrónicas; (2) La dificultad práctica de garantizar la confidencialidad e integridad de la información; (3) El bajo acceso de las personas a las TIC’s así como el desconocimiento de la forma como éstas funcionan, y (4) la barrera cultural. Por eso, se insiste, el problema del desarrollo del comercio electrónico no es sólo tecnológico o legal, porque estamos en una etapa de transición donde aún existe mucho desconocimiento y desconfianza sobre los negocios electrónicos o virtuales. En este sentido, Reichheld y Scheffter estiman que el precio no es el elemento esencial que impulsará los negocios a través de medios electrónicos sino la confianza que se genere en los mismos. Así las cosas, es necesario reflexionar con miras a determinar si: ¿Las actuales prácticas comerciales generan un grado suficiente de confianza en los consumidores que nos permita prever una mayor aceptación y crecimiento del comercio electrónico? Seguridad y confianza son factores estrechamente ligados. De no contar con medios electrónicos seguros las actividades no crecerán en las escalas deseables. Por eso, el desarrollo del comercio electrónico dependerá, en parte, del nivel de seguridad de las aplicaciones utilizadas en el mismo. Confianza, en el contexto del comercio electrónico, puede entenderse como el hecho de tener seguridad de que la empresa y el consumidor van a realizar una transacción o cualquier actividad con las mismas o mayores garantías de las que tiene en el negocio tradicional.

### **3.3. FUNDAMENTO SOCIOLOGICO (Impacto Social).**

Los antecedentes de la contratación abierta se sitúan en los años setenta, con la introducción del intercambio electrónico de fondos entre Entidades financieras (EFT). Esta aplicación se desarrollará en España a partir de 1976, a través del Sistema Nacional de Compensación Bancaria 8. La progresiva utilización de las redes de comunicaciones cerradas en las relaciones contractuales entre las grandes empresas, a través del Sistema de Intercambio Electrónico de Datos (EDI) 9 y la mensajería electrónica 10, dejan paso a la red abierta de Internet 11; primero en EEUU hacia mediados de los años ochenta y, después, al resto de los países desde finales de dicha década, alcanzando actualmente una actividad empresarial a nivel mundial. Por ello, la posibilidad de realizar contratos electrónicos en el ámbito de una red de comunicación de acceso restringido o libre y, consiguientemente, la distinción entre contratación cerrada y abierta.

La normativa electrónica se dirige principalmente a las actividades de promoción y contratación realizadas en -redes de telecomunicaciones abiertas, como Internet-. No obstante, el origen de la misma se sitúa en la contratación cerrada; que hace veintetreinta años era la única. Es una contratación primordialmente interempresarial, denominada -business to business- (B2B) 12, por desenvolverse entre empresarios (y/o profesionales) o entre estos y la Administración Pública (B2PB) 13; ordinariamente para simplificar trámites o pasos en un determinado negocio (cuestiones relacionadas con la gestión de suministradores; de existencias y de distribución de envíos -tales como factura, fecha de embarque, nombre del transportista, código de envío-; de pagos), con el consiguiente ahorro de costes en sus relaciones.

Estas relaciones jurídicas interempresariales (o de los empresarios con la Administración pública) se basan en acuerdos concluidos entre ellos (o en disposiciones reglamentarias, en el caso de la Administración); en virtud de los cuales se asume el compromiso de transmitir electrónicamente los datos y documentos relacionados con las actividades de dichos organismos- 14, que de esta manera, sustituyen el -soporte documental tradicional, en papel-, por el -soporte informático. En

ambos casos se trata de un sistema cerrado, tanto por el acceso restringido al mismo (mediante el uso de claves privadas), como por las características de su operatividad.

En cuanto a la contratación electrónica interempresarial: a) tiene su origen en un - Acuerdo entre las partes interesadas-, por lo que se trata de una decisión institucionalizada y organizada en el ámbito de la actividad que las empresas desarrollan; b) en la práctica se desenvuelve en una red de comunicación aislada y desconectada de cualquier otra. Red que, en virtud del acuerdo interempresarial, ha supuesto el establecimiento de un -puente electrónico- entre sus respectivos sistemas informáticos, haciéndolos compatibles entre sí y, consiguientemente, susceptibles de transmitir o transferir automáticamente en soporte electrónico, toda la documentación generada en su contratación (factura en soporte electrónico); c) el régimen jurídico de la contratación electrónica cerrada no ha planteado serios problemas: en primer lugar se rige por las disposiciones contractuales, esto es, las contenidas en el Acuerdo marco interempresarial y conforme al principio de autonomía de la voluntad imperante en el Derecho de la contratación privada de todos los países; d) no obstante, el elevado coste y la complejidad técnica de la compatibilización de los sistemas informáticos justifica su relativa utilización empresarial hasta que más recientemente se ha podido adaptar a Internet.

Las relaciones electrónicas entre empresarios y la Administración (conocida como - Business to Public Bodies-) está adquiriendo importancia en los últimos años, no sólo para el envío de los formularios relativos al cumplimiento de las obligaciones tributarias y sociales por parte de las empresas (formularios TC2 a la Tesorería de la SSSS; impuestos IRPF a la Agencia Tributaria).

### **3.4. FUNDAMENTO FILOSOFICO (PORQUÉ Y PARA QUE)**

El uso adecuado de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's) contribuye al desarrollo de la gestión empresarial contemporánea. La economía bajo el contexto de la sociedad de la información está "basada en un potencial de crecimiento de la productividad sin precedentes, como resultado de la extensión de los usos del Internet a toda clase de empresas y en operaciones de toda índole". Estudios sobre la materia han establecido que el comercio es grande y seguirá creciendo<sup>2</sup> de

manera que las empresas que se nieguen al uso de las TIC's en sus estrategias de negocios quizá estén incurriendo en un "suicidio comercial".

Como ha sucedido con otras instituciones mercantiles, el marco jurídico del comercio electrónico es fruto de usos y prácticas comerciales que progresivamente han alimentado la estructura y el funcionamiento jurídico de los negocios realizados a través de la utilización de mensajes de datos. Algunas de esas prácticas han sido explícitamente incorporadas en el "marco normativo formal". Otras, por su parte, no forman parte del mismo pero siguen teniendo plena aceptación y uso rutinario en las relaciones comerciales. El comercio electrónico comprende las "cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar". En la gestión empresarial, el comerciante debe considerar los aspectos jurídicos que involucra su actividad. No hacerlo podría ocasionarle problemas legales que se traducen en sanciones económicas, pérdida de oportunidad de negocios, de tiempo y hasta de la libertad si la conducta realizada es considerada como delito.

Goodger afirma que "tratar de abarcar todo lo que está pasando en el mundo de Internet y el e-commerce es como tratar de beberse un lago". Por eso, el objetivo de estas notas es muy sencillo: presentar y comentar los ejes temáticos de la regulación del comercio electrónico y realizar algunas reflexiones sobre la empresa y la contratación electrónica con particular referencia a los clickwrap y los webwrap agreements. En ciertos casos se destacarán los retos que plantea el crecimiento del comercio electrónico en nuestra sociedad y se sugerirán elementos que deberían considerarse a la hora de diseñar e implementar políticas estatales para el desarrollo de la sociedad de la información y la economía digital.

### **3.5.FUNDAMENTO JURIDICO (Legislación comparada, doctrina, jurisprudencia, costumbre)**

#### **3.5.1. Derecho Comparado.**

##### **3.5.1.1. Bermuda, Ley de Transacciones Electrónicas de 1999, "Exclusiones:**

1) La Parte II (requisitos legales respecto de los registros electrónicos) y la Parte III (comunicación de registros electrónicos) no se aplicarán a ninguna norma de ley que exija el escrito o la firma para las siguientes circunstancias:

a) la creación, ejecución o revocación de un testamento o un instrumento testamentario;

b) la transmisión de bienes inmuebles o el traspaso de todo interés en bienes inmuebles.

2) El Ministro podrá disponer mediante reglamento que la presente Ley, o las disposiciones de la misma que se especifiquen en el reglamento, no se aplicarán a ninguna clase de transacciones, personas, asuntos u objetos especificados en el reglamento.”

### **3.5.1.2. Canadá, Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico**

La [autoridad competente] podrá, [por vía legal], especificar las disposiciones o requisitos de derecho interno [del Estado promulgante] a los que no será aplicable la presente ley.

3) La presente ley no se aplicará respecto de:

a) los testamentos y sus codicilos;

b) los fideicomisos creados por testamentos o por codicilos testamentarios;

c) los poderes, en la medida en que lo sean respecto de los asuntos financieros o de cuidado personal de un particular;

d) los documentos que crean o transfieran intereses en bienes raíces y que exijan su registro para su efectividad respecto de terceros.

4) Salvo en lo relativo a la Parte III, la presente ley no se aplicará a los instrumentos negociables, incluidos los títulos valores negociables.

5) Nada de lo dispuesto en la presente ley limita la aplicación de cualquier disposición de ley que autorice, prohíba o reglamente expresamente la utilización de documentos electrónicos.”

Unión Europea, 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) “Artículo 9 Tratamiento de los contratos por vía electrónica:

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

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

a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;

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

c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;

d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.”

Hong Kong, China, Ordenanza N° 1 de 2000 (Ordenanza sobre comercio electrónico)

Materias excluidas de la aplicación de las secciones 5, 6, 7, 8 y 17 de la presente ordenanza en virtud de su sección 3:

1. La creación, ejecución, variación, revocación, reactivación o rectificación de un testamento, codicilo o cualquier otro documento testamentario.

2. La creación, ejecución, variación o revocación de un fideicomiso (excepto los fideicomisos resultantes, los implícitos y los impuestos por la ley).

3. La creación, ejecución, variación o revocación de un poder.
4. La confección, ejecución o la confección y ejecución de cualquier instrumento que haya de ser sellado o endosado en virtud de la Ordenanza sobre el Timbre (Cap. 117) que no sea un documento de contrato al que esté vinculado un acuerdo en virtud de la sección 5A de esa ordenanza.
5. Las condiciones de las concesiones públicas y los arrendamientos públicos.
6. Toda escritura, transmisión de propiedad u otro documento o instrumento por escrito, decisiones judiciales y litispendingias a que se hace referencia en la Ordenanza sobre Registro de la Propiedad Inmobiliaria por los que puedan verse afectados cualesquiera parcelas de terreno, fincas urbanas o locales en Hong Kong.
7. Cualesquiera cesión, hipoteca o gravamen legal de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza de Transmisión Patrimonial y Propiedad Inmobiliaria (Cap. 219) o cualquier otro contrato vinculado a bienes inmuebles o a intereses en bienes inmuebles o que afecte a su traspaso.
8. Los documentos por los que se efectúe un gravamen flotante previsto en la sección 2A de la Ordenanza sobre el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (Cap. 128).
9. Juramentos y declaraciones juradas.
10. Declaraciones presentadas en el registro mercantil.
11. Decisiones judiciales (además de las citadas en la sección 6) o mandamientos judiciales.
12. Mandamientos librados por un tribunal o un magistrado.
13. Instrumentos negociables.”

Irlanda, Ley sobre comercio electrónico de 2000

10. 1) Las secciones 12 a 23 se aplicarán sin perjuicio de:
  - a) La ley que rija la creación, ejecución, modificación, variación o revocación de
    - i) testamentos, codicilos o cualesquiera otros instrumentos testamentarios a los que sea aplicable la Ley de Sucesión de 1965,
    - ii) fideicomisos, o
    - iii) poderes indefinidos,

- b) La ley que rija la forma en que se puede crear, adquirir, ceder o registrar un interés en bienes inmuebles (incluido un derecho de arrendamiento en esos bienes inmuebles), excepto los contratos (timbrados o no) de creación, adquisición o cesión de esos intereses,
- c) La ley que rige la prestación de declaraciones juradas o que exige o permite la utilización de declaraciones juradas para cualquier fin, o
- d) Las normas, prácticas o procedimientos de juzgados o tribunales, salvo en la medida en que lo puedan prescribir los reglamentos previstos en la sección 3.

11. Todas las disposiciones de la presente ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de

- a) Las leyes relativas a la imposición, recaudación o cobro de tributos u otros impuestos gubernamentales, incluso derechos, multas o penas,
- b) El Reglamento de 1996 (títulos no certificados) de la Ley de Sociedades de 1990 (S.I. N° 68 de 1996) o cualquier reglamento promulgado en sustitución de ese reglamento,
- c) La ley de Testimonio Penal de 1992, o
- d) La ley de Crédito al Consumo de 1995 o los reglamentos promulgados en virtud de esa ley y las Comunidades Europeas.”

Estados Unidos de América, Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas “Sección 3. Ámbito de aplicación:

- a) Salvo que la subsección b) disponga otra cosa, la presente Ley se aplica a los registros electrónicos y las firmas electrónicas relacionados con la transacción.
- b) La presente [Ley] no se aplicará a una transacción en la medida en que esté regida por:
  - 1) una ley que rija la creación y ejecución de testamentos, codicilos, o fideicomisos testamentarios.

## **CAPÍTULO IV**

### **DESARROLLO DEL TEMA**

#### **4. LLLL**

##### **4.1. DEFINICIÓN DE CONTRATO ELECTRONICO.**

En sentido estricto, trata de aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Frente a esta noción, existe una amplia, que incluye dentro de la categoría a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos (aunque no sean ordenadores, como el fax, telex y teléfonos).

Por su parte Miguel Davara Rodríguez, expresa que puede entenderse por contratación electrónica “aquella que se realiza mediante la utilización de algún “elemento electrónico” cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y real sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.

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

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

##### **4.2. TIPOS DE CONTRATO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

En la contratación electrónica, debemos señalar que es muy frecuente encontrar en los sitios de comercio electrónico, sean B2C o B2B, un capítulo o páginas que contienen "Términos o Condiciones Generales de Uso y Contratación", en los cuales, en forma unilateral, el sitio web expone las condiciones de uso de la información, así como establece condiciones especiales para usar y contratar a través del sitio. Algunas de estas "instrucciones" incluso llegan a señalar que la sola lectura de ellas importa una aceptación de tales términos y condiciones, lo que claramente constituye un abuso de su parte, porque primero debe conocerse tal información para poder aceptarla o no. En todo caso, esas declaraciones no tienen un efecto práctico real patrimonial, por cuanto aún no existen cobros automáticos por el sólo hecho de hacer esa "visita".

La contratación electrónica presenta otra problemática cual es la determinación de que tipo o tipos de contratos se utilizan a la hora de suscribir los contratos acordados. Analizarlo tiene relevancia por cuanto la definición importa la aplicación de regímenes de protección distintos para los contratantes.

Dadas las características recién anotadas sobre la contratación electrónica, parece necesario analizar los tipos de contratos que se dan en la contratación dirigida, es decir, aquella en que una de las partes ejerce mayor control que la otra sobre las posibles condiciones que contendrá el contrato.

Para ello seguiremos el análisis ya tradicional de la doctrina, que distingue en este campo los contratos tipo, los contratos de adhesión y las condiciones generales. Como plantea Tomasello, los contratos tipo establecen condiciones generales para contratar que luego normalmente se reflejarán en contratos de adhesión[2]. Sin embargo, a pesar de que esta figura se da comúnmente en la práctica, debe analizarse cada una de estas fórmulas por separado ya que no son iguales ni necesariamente van unidas. Por su parte, dentro de la temática de los contratos de adhesión, la idea de las cláusulas abusivas es la que resulta más relevante hoy en día.

#### **4.2.1. Contratos tipo.**

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

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

Estos contratos se fundamentan en las nuevas necesidades de la economía, la contratación en masa, y presentan como grandes críticas la falta de negociación entre las partes, y la imposición de la parte más poderosa, normalmente quien redactó el contrato, de las condiciones a la otra. En consecuencia, lo que preocupa es que puede que no exista un real acuerdo de voluntades. Sin embargo, la libertad contractual en este caso se da en aceptar o rechazar el contrato. Otras veces, se pueden introducir modificaciones, a veces manuscritas, en estos contratos, o conservar espacios en blanco que deben ser llenados conforme el acuerdo de las partes.

Lo característico de estos modelos está en la simplificación de las transacciones y la reserva de sus ventajas, y no en un deseo de controlar la actividad de los particulares. "La fabricación en serie y la necesidad de racionalización han traído consigo una estandarización de los vínculos contractuales." Para explicar los contratos tipo, dan como ejemplos los contratos de compraventa internacionales que estandarizan terminología (incoterms). Ahora bien, los contratos de adhesión se diferencian de los contratos tipo porque los primeros no necesariamente son masificados, predispuestos e impresos. Muchos lo serán, pero también existen contratos por adhesión uno a uno.

#### **4.2.2. Contratos de adhesión**

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

ALESSANDRI señala que la única particularidad de estos contratos está en esta aceptación en bloque, pero en los demás, la formación del consentimiento, el lugar y forma, la eficacia del contrato, etc., se rige por las reglas generales. Agrega que "la ley no ha exigido, para la eficacia de un contrato, que éste sea el resultado de la libre discusión de los interesados, ni que ambas partes tengan igual intervención en su génesis; sólo exige que ambas consientan."

Se suele vincular al contrato de adhesión con la contratación a cláusulas y condiciones generales. Sin embargo su naturaleza es diversa. "El contrato de adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento. Esta oferta puede contener condiciones generales, si cumple los requisitos de anticipación y generalidad de éstas, pero puede limitarse, como usualmente ocurre en transacciones simples, a la fijación de la cosa y el precio"[6]. Será frecuente, en la contratación electrónica, suscribir contratos de adhesión, con o sin condiciones generales.

No entraremos a analizar la naturaleza jurídica ni las teorías de los contratos por adhesión, los que se encuentran plenamente aceptados tanto por la doctrina como por la legislación chilena.

En cuanto a sus características, TOMASELLO señala que el contrato por adhesión se caracteriza, entre otras, por:

- "la oferta se realiza a la colectividad o a un grupo indeterminado de personas y se ve concretada posteriormente cuando se celebra el contrato con un sujeto particular;
- el contrato es más obra de aquel contratante que tiene y ejerce una posición privilegiada respecto del otro,
- la oferta no puede ser discutida, (...) no se admite discusión alguna de aquéllas (cláusulas) que han sido redactadas a favor del oferente, y que es precisamente lo que le atribuye al contrato una fisonomía propia."

LÓPEZ SANTA MARÍA los caracteriza por su generalidad, permanencia y minuciosidad, significando esto último que la oferta es detallada, encontrándose reglamentados todos los aspectos de la convención.

Son estas últimas cláusulas minuciosas, detalladas y no discutidas las que generan problemas. Alessandri estimaba que los abusos que podían originar podían ser corregidos por el juez, posición que ha sido desarrollada y sustentada por Ma. Victoria BAMBAC[7] y Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA y no ha sido sino hasta hace poco que, mediante la Ley de Protección al Consumidor, el tema ha sido zanjado, aunque no del todo.

#### **4.2.3. Condiciones generales.**

"Se trata de cláusulas o disposiciones redactadas de antemano, de manera abstracta, para ser empleadas después en una serie ilimitada de contratos concretos". No necesariamente tienen su origen en contratos tipo, aunque estos son la fuente más frecuente de condiciones generales. También se definen como "el conjunto de reglas establecidas por una empresa o grupo de empresas, constitutivas del contenido total o parcial de los contratos que han de celebrar en el desarrollo de sus actividades".

Se diferencian de los contratos tipo y de los contratos por adhesión en que las cláusulas generales son previas a la celebración del contrato e incluso pueden estar fuera de éste, en un documento aparte que se cita en el contrato. Ahora bien, "la mera vigencia o redacción de las cláusulas generales no determina su vinculación normativa; requieren de una aceptación voluntaria por el cliente. Mientras ello no suceda, constituyen una oferta a persona indeterminada, cuyo valor jurídico tiene relevancia cuando se le incorpora como contenido de un determinado contrato"[8].

#### **4.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**

Podemos distinguir dos grupos de elementos, los objetivos, que son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica (mensaje de datos o MD, norma técnica de estructuración

del MD, firma electrónica, sistemas de información y redes de transmisión de datos), y los subjetivos, que son los sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos mediante contratación electrónica (iniciador del MD, destinatario del mismo, intermediarios y el proveedor de servicios de certificación electrónica).

#### **4.3.1. Elementos objetivos.**

##### **4.3.1.1. Mensaje de datos, MD o data message.**

Un mensaje de datos es principalmente información. Dicha información constituirá una declaración de voluntad o de ciencia en función de su contenido y de la intención de quién la genera y firma. Además la información se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares, y sólo en la medida en que dicho tratamiento tenga lugar en la declaración de voluntad del emisor adquiere la categoría de MD. Si dicho tratamiento no tiene lugar, la comunicación no adquiere la categoría de MD.

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

La libertad de configuración del mensaje por parte del iniciador es nula, ya que su libertad se restringe a la determinación del contenido de los huecos que presenta el mensaje en cuestión, requiriéndose que aquellos sean completados para que el EDI adquiera integridad. Esta estructura tiene su fundamento en que la frecuencia de su empleo en el tráfico negocial y la importancia de su contenido hace conveniente someter a una forma o formato electrónico riguroso, preciso y fácilmente utilizable por los sujetos, lo que evita errores innecesarios. Además, los MD sólo generan derechos y obligaciones entre las partes si constituyen perfectos EDI. A estos efectos, la convención para el uso de la norma técnica específica ha de existir antes de la emisión del

mensaje y obliga a sus contratantes a su uso con forma de MD, por lo que las partes que la vayan a utilizar han de conocer su existencia, características y empleo, así como deberán dotarse del equipo necesario para llevarlo a cabo (hardware y software).

#### **4.3.2. La firma electrónica.**

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

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

#### **4.3.3. Sistemas de información.**

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

#### **4.3.4. Redes de transmisión de datos.**

Son los equipos electrónicos bajo el control de las partes contratantes que se comunican entre sí haciendo llegar a las partes las voluntades negociales desde el oferente al aceptante o viceversa, conduciendo a la perfección electrónica del contrato. En la LGT se distingue entre red de telecomunicaciones (telefónica, Internet,...), red pública (directorío bibliotecario, por ejemplo) o red privada

(Intranet). Internet es el sistema de contratación electrónica por antonomasia, ya que es creciente el uso de transacciones operadas mediante correo electrónico o directamente de las páginas Web en la red.

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

#### **4.4. Elementos subjetivos.**

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

##### **4.4.1. El iniciador –signatario- del mensaje de datos.**

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

- Es la persona física o jurídica que envía o genera un mensaje de datos.
- La identidad del iniciador debe encontrarse en el texto del mensaje de datos, no en un documento electrónico o no electrónico distinto del mensaje de datos generado o enviado.
- Exigencia de que en el MD conste una firma electrónica avanzada o no avanzada, ya que no existe ningún otro medio para lograr que en el MD quede identificado su iniciador. La identificación es un factor determinante de la atribución de su contenido a persona concreta y con fuerza probatoria: sin identificación no es válido el MD como prueba en juicio.
- El MD es equiparable a la correspondencia, facturas y demás documentos (contables...) mercantiles.
- El iniciador debe actuar por cuenta propia, con independencia de que se trate de persona física o jurídica. También se considerará jurídicamente iniciador al tercero por cuya cuenta actúa quién

materialmente lleva a cabo la expedición de los mensajes, con independencia de que ostente o no su representación. En la legislación comparada aparece la española que desarrolla el contenido de la Directiva 1999/93[9] en su artículo 8.3 permite la identificación del iniciador de modo parcial e incompleto tanto en el mensaje de datos como en el certificado de firma electrónica avanzada, cuya finalidad es mantener la privacidad del contratante en un entorno abierto, sin perjuicio de que posteriormente, en caso de incumplimiento o reclamación, se requiera a dicho contratante electrónico para ser completamente identificado.

- Podemos hablar de iniciador incluso cuando el acto o archivo electrónico no tenga destinatario externo ajeno a la esfera de control de dicho iniciador. Esto se debe a la existencia de actos electrónicos internos que actúan sólo en entorno cerrado e intranets. Se recoge la posibilidad de que las anotaciones contables electrónicas sean transformadas en datos electrónicos.
- Debemos concluir destacando que el simple archivo de un mensaje de datos no convierte en iniciador al individuo, sino que lo es el que genera o envía el mensaje para su posterior archivo.

#### **4.4.2. El destinatario.**

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

- Factor positivo: el destinatario debe ser la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, por lo que es éste el que posee la absoluta facultad de designar a su destinatario, y como consecuencia, quién conozca y reciba un mensaje de datos sin ser designado en su contenido como destinatario del mismo no adquirirá derecho ni obligación alguna derivada del mismo.
- Factor negativo: en la que el destinatario no puede ser nadie designado a título de intermediario respecto al mensaje de datos.

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

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

#### **4.4.3. Intermediarios.**

Debemos inicialmente diferenciar dos tipos de intermediarios para lograr una definición perfecta. Por un lado se encuentran los intermediarios cerrados, que son aquellos cuyo acceso potencial por los usuarios con fines comerciales está limitado a un acuerdo previo con él mismo. Los abiertos son aquellos con accesibilidad general por todo usuario o futuro contratante con terceros.

Además, existen varias funciones que cumplen los distintos intermediarios:

- Transporte de los mensajes de datos del emisor al destinatario.
- Acceso a las redes para llevar a cabo dicho transporte.
- Servicios relacionados directamente con el transporte de los mensajes de datos.
- Servicios de certificación de firma electrónica.

Pero jurídicamente no se establecen contratos de intermediación. Los intermediarios se obligan a prestar servicios relacionados con el mensaje de datos de forma continua (acceso Web, Internet, e-mail,...), y se prestan simultánea y de forma acumulativa.

Por todo ello es difícil establecer responsabilidad de internet, sobre todo por la dificultad de prueba que ello acarrea. No obstante, si la prueba se practica, la responsabilidad del operador que produjo la pérdida o error del mensaje de datos se concreta en indemnización por daños y perjuicios que deberá ser declarada judicialmente.

#### **4.5. MODALIDADES.**

A continuación se hace un breve esbozo de las formas más comunes de intercambio de bienes y servicios en la web. La imaginación de las personas y la evolución de las tecnologías, así como los resultados en el mercado constituyen un continuo aliciente a los cambios en esta materia.

No nos referiremos a los aspectos territoriales de este tipo de contratación, que dadas sus características, puede ser nacional o transfronteriza (como se suele denominar), en cuyo caso, los aspectos de determinación de la legislación aplicable se complican. Sin embargo, se mantienen las formas o tipo de negociaciones.

##### **4.5.1. Negociaciones uno a uno.**

La contratación electrónica puede revestir diversas modalidades, a través de contactos directos por correo electrónico, persona a persona, en cuyo caso estamos frente a una contratación directa en que la voluntad se expresará en momentos diferidos y luego constará en uno o más documentos (e-mail de ida e e-mail de vuelta), entendiéndose que se trata de un contrato consensual que no debe revestir otra formalidad que el acuerdo de las partes sobre los términos del contrato.

En esta categoría también pueden incluirse los denominados C2C, consumers to consumers, una forma de hacer negocios a través de sitios web o sitios punto com que ponen a disposición del público la posibilidad de publicar bienes que desean vender o comprar, y las reglas o normas bajo las cuales se opera, que usualmente se realiza a través de remates. El sitio web es un lugar de intercambio, pero la relación de las personas es uno a uno.

#### **4.5.2. Sitios punto com.**

Las tiendas virtuales, que hemos llamado genéricamente "sitios punto com"[10], son el lugar o la forma más común en que los consumidores, personas naturales, realizan transacciones electrónicas para la adquisición de bienes de consumo o servicios. Es la modalidad llamada B2C business to consumer.

La particularidad de este medio es que constituyen catálogos de productos que si se desea adquirir deben seguir una serie de pasos hasta solicitar la adquisición y envío, normalmente pasando primero por un registro de datos del cliente y autorizando la forma de pago. Algunos de estos procesos son totalmente automatizados por la parte del vendedor o prestador de servicios, por lo que surgen dudas respecto de la voluntad de las partes. A mi juicio, tal voluntad por parte del vendedor existe desde el momento en que montó en negocio y puso a disposición del público los bienes y servicios[11]. El tema que sí cobra importancia en este punto es si dicha puesta a disposición del público constituye una oferta en los términos del artículo 105 del Código de Comercio o es el adquirente quien hace la oferta de adquirir, consideración determinante para el momento de la formación del consentimiento y de la legislación y jurisdicción aplicable.

El comercio electrónico de bienes y servicios se diferencia del comercio material, entre otras cosas, en que el proveedor puede tener una existencia exclusivamente virtual, sin una contraparte física. Es más, un sitio web no requiere tener personalidad jurídica. Basta con inscribir un nombre de dominio cosa que puede hacer cualquiera para que luego un tercero cree y de contenido al sitio. Es por ello que han surgido iniciativas que dan seguridad y certeza tecnológicas a los consumidores, como los certificados electrónicos de sitio seguro. Estos sitios punto com pueden ser la cara virtual del comercio establecido o bien el único canal de comercialización de bienes y servicios de una persona o empresa. Este aspecto cobra importancia para efectos de las responsabilidades que surgen de las transacciones, cómo hacerlas efectivas, y en este sentido, se puede señalar que la legislación chilena es insuficiente en materia de información que de los proveedores se debe dar a los consumidores, especialmente en el comercio virtual.

### **4.5.3. E-market places.**

Una tercera manera de hacer negocios en la web son los llamados e-market places o B2B, business to business, que son sitios de intercambio de bienes y servicios entre empresas, normalmente con reglas preestablecidas. Puede tratarse de sitios en que se hacen licitaciones para la adquisición de bienes o servicios, o que derechamente transitan transacciones. Incluso se dan situaciones en que no media participación alguna de personas solicitando y aceptando, sino que el sistema solicita bienes automáticamente si otro sistema acusa el término de determinado stock de productos. ¿En qué momento participó la voluntad de las partes[12].

## **4.6. CARACTERÍSTICAS**

Principales características de la contratación electrónica[13]

- Velocidad y escalabilidad.
- Tecnología avanzada, pendiente de patente, que ofrece un mercado electrónico líquido y transparente para poder realizar complejas operaciones combinadas y “spread”, así como opciones electrónicas.
- Cotizaciones agrupadas.
- Straight-through processing (STP – procesamiento directo).
- Determinación de precios implícita.
- Creadores de mercados para garantizar una mayor liquidez.
- Accesibilidad desde cualquier parte del mundo mediante conexiones directas y nodos de telecomunicaciones instalados en importantes centros financieros
- Es una red abierta, debido a que cualquier persona puede acceder a ella.
- Es interactiva, debido a que el usuario genera datos, navega y establece relaciones.
- Es internacional en el sentido de que permite trascender las fronteras nacionales.
- Existe multiplicidad de operadores.

- Remite una comunicación en “tiempo real” y una “desterritorialización” en las relaciones jurídicas.
- Existe un nuevo espacio “El cyberspacio” totalmente distinto del espacio físico.
- Tiene una naturaleza “no territorial” y comunicativa
- “El espacio virtual” similar al espacio real, por cuanto no está fijo no es localizable, mediante pruebas empíricas como por ejemplo el tacto..

## **4.7. FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS**

### **4.7.1. Formación del consentimiento: oferta y aceptación**

Previo al análisis de los momentos de la oferta y la aceptación, es necesario tener en cuenta que detrás de cualquier contrato celebrado por medios electrónicos existen personas, aun cuando las máquinas respondan por procesos automatizados. Alguien las programó para dar tales respuestas. "Por ello, en estos supuestos de contratos por medios informáticos, todo el andamiaje de la teoría general del contrato sigue vigente, simplemente el método es novedoso pero emitir y aceptar ofertas continúa siendo el mismo hecho que responde a conceptos jurídicos ya conocidos"[14].

Partiendo de la base que existe consentimiento, subsiste el problema jurídico de determinar cómo y cuándo éste surge. En consecuencia, deben analizarse los elementos de este acuerdo, conforme se ha hecho tradicionalmente: la oferta y la aceptación.

La doctrina señala que hay oferta cuando la "declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a la que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente". Esta es la llamada teoría del espejo. Por otra parte, la oferta puede ser expresa o tácita, siendo tácita la que "se induce de ciertos hechos que revelan en su autor la intención inequívoca de celebrar un contrato" señalando como ejemplo los artículos que se exhiben en el escaparate de un almacén con una etiqueta mencionando su precio.

Un segundo problema a dilucidar, de acuerdo a las normas del Código de Comercio, es si se trata de relaciones entre ausentes o presentes, de modo de determinar el momento en que se forma el consentimiento.

Trataremos de analizar si las normas existentes en estas materias el Código de Comercio son suficientes para encuadrar la contratación electrónica, o si éstas requieren modificaciones.

#### **4.7.2. Ofertas contenidas en catálogos y ofertas permanentes.**

Siguiendo a ALESSANDRI, "deben considerarse como meras proposiciones todas aquellas ofertas o sugerencias de contratar". Agrega que quienes mantienen ofertas permanentes por tener industrias, comercios o servicios a disposición del público no tienen la obligación de contratar con el primero que acepte. ALESSANDRI, citando a PLANIOL y RIPERT, dice: "El hecho de abrir un almacén, una tienda o una oficina no importa una oferta obligatoria, sino únicamente una invitación a contratar".

Sin embargo, es difícil pensar que las costumbres comerciales actuales, sumadas a las normas sobre no discriminación ampliamente aceptadas, y las agresivas campañas de marketing que incluyen permanentemente avisos e impresos con ofertas de bienes y precios determinados, incluso por períodos determinados, no constituyen una oferta en tales términos que, de acuerdo al artículo 101 del Código de Comercio, sólo se requiera la aceptación pura y simple de la otra parte para que se perfeccione el contrato, previa concurrencia al establecimiento comercial.

Esta misma duda aparece en los contratos electrónicos B2C, donde a diferencia del comercio "real", no es necesario ir a ninguna parte, sino sólo pulsar el botón hacer un click de aceptación en la casilla correspondiente para que la adquisición del producto sea cursada. Los sitios web no constituyen una mera exposición de productos para ser revisados, una invitación a comprar. Los sitios web, más que un catálogo, se definen como tiendas virtuales, que cuentan con individualización de los productos, su precio, medios de pago, de manera que apretando un botón se expresa el consentimiento para la adquisición de los productos, que en consecuencia serán despachados por el proveedor electrónico. Algunos tienen sus

procesos tan automatizados que señalan el número de bienes disponibles y contestan inmediatamente los pedidos.

Sin embargo, aún así, si siguiéramos la doctrina clásica, equiparando una tienda virtual a una tienda real se trataría de invitaciones a hacer ofertas.

En un reciente trabajo sobre la materia, Jorge Wahl, señala "De vuelta al caso del proveedor que opera un sitio de ventas en línea y abierto al público tal actividad, unida al empleo de métodos destinados a la captación de "visitantes", e incluso la simple "exhibición" en línea de los productos y términos de comercialización al público en general, satisfaría el supuesto contemplado en la Ley de Protección al Consumidor, pero no el texto del inciso 2º del artículo 105 del Código de Comercio que supone el "envío" de un mensaje a destinatarios determinados. Así las cosas, se estaría a lo menos, frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor".

Una tercera opinión sobre esta materia, y que nos deja más dudas aún sobre qué postura tomar, postula que si bien la Ley del Consumidor regula la obligatoriedad de las ofertas, la sanción para su incumplimiento es meramente infraccional, multa en beneficio del fisco, y no establece un cumplimiento forzoso salvo para las promociones u ofertas que además el cumplimiento puede ser por equivalencia, de manera que no hay real protección para el consumidor.

Adoptar una u otra posición, entre varias consecuencias, es una materia relevante para efectos de determinar el lugar y oportunidad de la formación del consentimiento, ya que ello fijará la ley que rige al contrato.

La posición tradicional favorece al comercio, ya que éste tendrá la última palabra para aceptar o rechazar la oferta de compra, además de fijar la jurisdicción de los tribunales en su domicilio.

#### **4.7.3. Ofertas entre ausentes.**

En la actualidad podría definirse como ofertas entre personas presentes que deben dar respuesta inmediata, o ausentes, en cuyo caso, la oferta se realiza por escrito y existe un plazo para su aceptación, ya que ésta no puede estar vigente

permanentemente. Ahora bien, el medio electrónico permite hacer ofertas entre ausentes pero con comunicaciones simultáneas, lo que de ninguna manera podría considerarse como una propuesta verbal, ya que éstas se realizan por medios electrónicos, que para todos los efectos, como lo establece la Ley 19.799, se tendrán por escritas. Ahora, el plazo para dar la respuesta podrá ser de 24 horas como lo dice el artículo 98 del Código de Comercio, o a vuelta de correo, que curiosamente, hoy en día, con el correo electrónico que es como generalmente viajan estas comunicaciones, serán más expedito. Jorge Wahl propone el criterio de la razonabilidad para determinar la cuestión del tiempo empleado en la respuesta, criterio que ya manejan los tribunales y dados los cambios en las tecnologías, parece más adecuado que establecer plazos ciertos para las respuestas oportunas.

#### **4.8. PRINCIPIOS BASICOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

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

##### **4.8.1. Principio de equivalencia funcional.**

Establece que aquella tecnología que permita cumplir las mismas funciones, en las redes, que una determinada institución jurídica, debe recibir los mismos efectos. Es decir, comienza a tener importancia la función que cumpla, y no el medio que se emplee en aras a ser válido como documento contractual. Ya en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la codificación del Derecho Mercantil Internacional recoge la noción de documento escrito, en su Art. 6°. Inciso 1, estableciendo que “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que contiene éste es accesible para su ulterior consulta”. De este modo, podemos entender el mensaje de datos por su definición contenida en la misma Ley, entendida como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares,

como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o telefax”.

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

Ahora bien Las excepciones a este principio son varias:

- La equivalencia es sólo respecto del documento escrito o declaración oral privados, ya que la equivalencia no llega al documento solemne, público o notarial salvo disposición nacional específica (que no existe).
- La equivalencia no es un impedimento para que la legislación nacional regule casos en los que no sea sostenible, está habilitada la exclusión del sometimiento determinados documentos y firmas (inmobiliarias, sucesiones, familia,...).
- El soporte electrónico de una declaración viciada no produce el saneamiento de la misma, al igual que el papel escrito.

#### **4.8.2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.**

Se trata de establecer que la contratación electrónica es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas, es decir, el objetivo es adaptar las nuevas normas a los aspectos

electrónicos de las relaciones negociales sin alterar el derecho aplicable a dichas relaciones con independencia del soporte mediante el cual son contraídas.

#### **4.8.3. Principio de neutralidad tecnológica.**

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

Así, las regulaciones que no son neutrales desde este punto de vista (tecnológico), tienen la consecuencia inmediata de ser negativos para el desarrollo de mercado, porque expulsa del mismo a las tecnologías que no han sido reconocidas por la regulación jurídica, que son, por tanto, ilegales.

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

Como es natural, no es fácil observar este principio en todos los aspectos jurídicos del C-E, ya que por ejemplo, con la firma electrónica, la Directiva europea no adopta un tratamiento neutral con la misma, sino dualista, al decantarse por establecer una disciplina privilegiada para la tecnología de firma electrónica más extendida en la práctica contemporánea, es decir, aquellas basadas en una doble clave (pública y privada), y en la intervención de un Prestador de Servicios de Certificación de firma electrónica avanzada.

#### **4.8.4. Principio de buena fe.**

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

#### **4.8.4.1. Clases.**

- 1 Buena fe subjetiva
- 2 Buena Fe objetiva

#### **4.8.5. Principio de libertad contractual.**

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

1. En materia de confidencialidad de los datos electrónicamente intercambiados con fines negociales, los cuales no son libremente negociables en la UE y otros países. En España habrá que estarse a la Ley orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.
2. Régimen de responsabilidad contraída por las partes relacionadas electrónicamente y su disponibilidad contractual, ya que no siempre es posible ni en cualquier relación, por ejemplo entre empresarios y consumidores (B2C: Business To Consumers).
3. Régimen de libertad empresarial de establecimiento como Prestador de Servicios de Certificación de firmas electrónicas y el reconocimiento nacional de firmas certificadas en el extranjero, lo que supone un gran freno en el C-E internacional.

#### **4.8.6. Principio de regulación mínima.**

Establece la conveniencia de evitar que el comercio se regule en exceso, porque se afirma que este exceso de regulación pondrá en peligro la aparición de los nuevos negocios en Internet, impidiendo que se desarrolle la sociedad telemática. Un exceso de regulación da lugar a que la ley se convierta en una barrera al comercio electrónico. Las distintas posturas ante este principio son variadas: desde los defensores del mismo, sobretodo empresas involucradas en el comercio

electrónico, que apoyan una autorregulación exclusiva de las empresas que realizan este tipo de comercio (ejemplo de esto lo encontramos en el Global Business Dialogue on Electronic Commerce, foro mundial de estas empresas), a los moderados, que abogan por reconocer que hay que evitar las barreras pero siempre aceptando que es mejor una regulación global que múltiples regulaciones locales desconectadas entre sí. Por último, los que se oponen a este principio sostienen que el Derecho puede facilitar el comercio electrónico, creando las condiciones idóneas para que se desarrolle.

## **4.9. EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ELECTRONICO**

### **4.9.1. Oferta contractual.**

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

### **4.9.2. Aceptación de la oferta.**

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

Debe realizarse mediante firma electrónica para mayor seguridad. En este caso, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan hacia la Teoría de la Recepción, entendiéndose aceptado desde que el individuo recepta el documento y llega a su poder confirmado.

### **4.9.3. Momento y lugar del contrato.**

El art. 1262 CC establece que “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

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

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

Es aplicable a la contratación electrónica, exigiendo la jurisprudencia:

- Que los contratantes se encuentren separados entre sí.
- Que exista un intervalo de tiempo entre el momento de la oferta y el momento en que se acepta.

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

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

#### **4.9.4. Perfeccionamiento del Contrato Electrónico**

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

forma cuando se emite la respuesta cosa que ignora el oferente por un lapso de tiempo o cuando ésta se recibe por el destinatario.

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

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES**

#### **5. LIII**

##### **5.1. CONCLUSIONES.-**

Internet ha posibilitado que la “Sociedad de la Información” se estructure como una sociedad post industrial cuyo principal avance tecnológico es la digitalización. Para el modelo clásico del ciclo de negocios, la alteración tecnológica es el tipo de fenómeno global más importante después de las fluctuaciones económicas.

Por otra parte, la información se convirtió en el cuarto factor económico superando a las materias primas, trabajo y capital, con una especial particularidad: el modelo informático está caracterizado por costos bajos con tendencias declinantes, lo que permite inferir el desarrollo de una nueva cultura técnica.

Ahora bien, la referencia a esta tendencia mundial en la era de la globalización permite sostener que el comercio electrónico en la Argentina está produciendo una verdadera revolución en las transacciones comerciales, dado que importa un nuevo paradigma en la negociación y en los sistemas de contrataciones al tiempo que significa un cambio cultural.

Esta revolución virtual implica una redefinición en el ámbito del derecho de las tradicionales nociones de jurisdicción, competencia, ámbitos de validez espacial y temporal, entre otras, dado que devienen conceptualmente inadecuadas en relación al ciberespacio y la globalización de la “Sociedad de la Información”. Por otra parte, en el ámbito político y social, impulsa una redefinición del rol del Estado y del protagonismo privado.

Creemos que una respuesta normativa a los requerimientos de la “Sociedad de la Información” respecto de los avances tecnológicos y conforme a los estándares internacionales, posibilitaría el posicionamiento de nuestro país respecto de las tendencias mundiales. A su vez estas disposiciones facilitarían las posibilidades de crecimiento en el campo de la economía local e internacional, la celeridad para la obtención de información, la eficiencia de la administración pública, la

modernización de áreas como educación, salud, trabajo, entre otros tópicos que contribuirían a una eficiente administración de los recursos públicos.

Este objetivo se refuerza, toda vez que, la mayoría de las disposiciones hasta ahora vigentes pueden considerarse inadecuadas e insuficientes, otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes y, en general, entrañan desafortunadamente la consecuencia de que se imponen los principios locales tradicionales que no satisfacen las necesidades de las prácticas modernas.

El marco jurídico a sancionarse debe prever la regulación de contenidos, determinar el momento y el lugar de perfeccionamiento de las transacciones comerciales; o de lo contrario fijar pautas generales acerca de la emisión de la oferta, recepción de la aceptación y acuse de recibo de acuerdo a reglas generales establecidas en la ley modelo de UNCITRAL, el acceso público a la red, etc.

No obstante lo expuesto, manifestamos que a pesar del vacío regulatorio en nuestro derecho resulta necesario armonizar las normas existentes y, solo cuando existen situaciones no previstas, deberá recurrirse a una legislación al respecto. Deben aplicarse los derechos básicos del consumidor, ya que la legislación especial a sancionarse no debe derogar el nivel de protección existente.

Pensamos que con la sanción de la Ley de Firma Digital, en los próximos años, se dará impulso al Comercio Electrónico, facilitándose además las comunicaciones seguras en todo el ámbito de la administración pública y también del Poder Judicial.

## **Bibliografía.-**

ACO CATALDO, Raúl, 1980 Metodología de la Investigación Científica. Editorial Universo S.A. Lima Perú

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo 1994, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Revisada, Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 23era. ed., Ed. Heliasta.

Gaceta Oficial de Bolivia, Código Civil, Bolivia.

Hernández, Sampieri Roberto, Carlos Fernández Collado, y Pilar Baptista Lucio, Metodología de la Investigación, México, Mac Graw-Hill, 2003.

<http://www.degerencia.com>

Por Sergio Gajardo Ugas, Aplicación de e-Commerce en las PyMES

<http://www.degerencia.com/articulos.php?artid=389>

<http://www.degerencia.com>

Por Luis Fernando Sánchez Maldonado, Como desarrollar su estrategia en 7 pasos.

<http://www.degerencia.com/articulos.php?artid=610>

<http://www.degerencia.com>

Por Santiago Bonet, Motivos reales del bajo nivel de implantación de las TIC en las pymes

<http://www.degerencia.com/articulos.php?artid=623>

[http://www.grupoe.com/Web/ser\\_comercio\\_electronico.asp](http://www.grupoe.com/Web/ser_comercio_electronico.asp)

Grupo E - Negocios en Internet, Tamaulipas y Revolución #43-A, Col. Centro - Hermosillo, Sonora, México

<http://www.ilustrados.com>

Por: Mario González, Ciberculturales de la Globalización

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpZpAlpAVATWTQIXqj.php>

<http://www.ilustrados.com>

Por: Ricardo F. Potts, Comercio Electrónico Herramientas para los negocios del Tercer Milenio.

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyupEEVZuJWXDgwPj.php>

<http://www.ilustrados.com>

Por: Jaime Neilson, Comercio Electrónico

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpZEppVlplgkadOkYB.php>

<http://www.masterdisseny.com>

Por: Víctor Hugo Benítez.

<http://www.masterdisseny.com/master-net/articulos/art0065.php3>

<http://www.monografias.com>