

POSIBLES PROBLEMAS Y PREGUNTAS QUE SE PLANTEAN EN EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Doctor en Ciencias Mención Derecho; Especialista en Derecho Procesal; Especialista Derecho Internacional Económico y de la Integración; Abogado (UCV); Profesor de Derecho Civil III-Obligaciones (UCV); Profesor de Protección de Datos (UBA).

Resumen

Ante la realidad cotidiana de nuestras vidas en las que utilizamos cada vez más los medios tecnológicos, es indudable que tiene también repercusión en el ámbito jurídico, incluyendo lo relativo a la materia contractual, motivo por el cual cobra relevancia poder determinar de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano, el momento en el cual se perfecciona el contrato, para poder establecer el momento en que surgen los derechos y obligaciones.

Palabras clave: Contratos a distancia. Tecnología. Perfeccionamiento. Contrato electrónico. Contrato público. Contrato privado.

POSSIBLE PROBLEMS AND QUESTIONS ARISING IN THE IMPROVEMENT OF DISTANCE CONTRACTS

Abstract

Faced with the daily reality of our lives in which we increasingly use technological means, it is undoubted that it also has repercussions in the legal field, including that related to contractual matters, which is why it is important to be able to determine in accordance with the legal systems, the moment in which the contract is perfected, in order to establish the moment in which the rights and obligations arise.

Keywords: Distance contracts. Technology. Perfection of the contract. Electronic contract. Public contract. Private contract.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

*Cuanto más grande es la dificultad,
más gloria hay en superarla¹*

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, nos planteamos esbozar de manera rápida y no detallada, algunos aspectos que tienen que ver con el perfeccionamiento de los contratos celebrados a distancia, en especial los relativos a aquellos que se realizan a través de las tecnologías de información o comunicación (Tics).

Por lo que vistas las complejidades y dificultades que se pueden plantear en la celebración de los mismos, su eficacia, validez, normativa aplicable, es que se hará especial referencia en lo relacionado con el perfeccionamiento de los mismos, así como se mencionarán algunas de las soluciones que se han dado y las que se consideran adecuadas, todo ello sin pretender ser exhaustivos y agotar el tema.

I. GENERALIDADES

La contratación entre dos personas alejadas entre sí no es algo nuevo para el mundo jurídico, desde hace ya mucho tiempo se empleaba el correo postal y el telégrafo, pero en nuestros días esta modalidad de relación contractual ha crecido enormemente gracias al desarrollo de las tecnologías de la información, que nos han permitido acceder a nuevas herramientas y nuevos métodos de consumo, negociaciones, relaciones, intercambio de bienes y servicios, entre otros, especialmente gracias a Internet u otros medios de telecomunicación.

En este tipo de negociaciones, es indudable que se producen nuevos beneficios para sus participantes, ya sean como vendedor, cliente, comerciante, empresario, etc., ya que no tendrán que incurrir en una serie de costos que se encuentran asociados con los distintos tipos de contratos y actividades que efectúen, en particular con los de compraventa (como sería el caso del desplazamiento o transporte). Permiten también, que se pueda tener un mayor número de ofertas de bienes y servicios y un significativo poder de decisión en la contratación y adquisición de los mismos, así como contar con más

¹ Epicuro de Samos (342 a.c – 270 a.c.). filósofo griego.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

flexibilidad tanto en lo geográfico, como en el horario para realizar las actividades y contratos que se deseen.

No obstante, las ventajas de las que pueden disponer, pudiesen verse afectadas desde el punto de vista legal, al tratarse de una materia compleja, que en algunos países llega a tener un extenso marco jurídico regulador, en otros poco y en otros ninguno, siendo que en Venezuela es escasa la misma.

De allí, que uno de los aspectos relevantes en este tipo de relaciones, es el conocer y determinar las circunstancias y condiciones bajo las cuales se consideran válidos los contratos celebrados a distancia. A este respecto, las disposiciones del Código Civil² venezolano sobre contratos son igualmente aplicables a los contratos celebrados a distancia, ya que según dispone el artículo 1.140 *“Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales,”*³ y por ende, se deben dar también las condiciones esenciales para su validez establecidas en el artículo 1.141 *eiusdem*.

De este modo, los contratos a distancia son un modo particular de negociación, distribución o contratación, en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia constituye el mecanismo principal para ofrecer los bienes, productos o servicios a una clientela determinada o indeterminada y de potencial de futuros consumidores, clientes o contrapartes, así como a cualquier otro sujeto necesitado de algún bien o servicio. Así, estos contratos se realizan en una operación que se desarrolla en tres fases o etapas fundamentales: 1) el usuario, consumidor o parte contractual recibe la oferta del producto o servicio que se puede realizar a través de una técnica de comunicación a distancia por una descripción escrita, visual u oral, con indicación de las condiciones contractuales; 2) sobre esta base, la contraparte manifiesta su voluntad, empleando también una fórmula cualquiera de comunicación a distancia para entrar en contacto con la otra parte y 3) más tarde se recibe el producto o servicio en los términos establecidos.

² Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinaria de 26 de Julio de 1982.

³ Artículos 110 a 115 del Código de Comercio.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

En razón a esta utilización de instrumentos y medios informáticos de comunicación, no se producirá la presencia física simultánea de las partes contratantes en ningún momento, característica diferenciadora fundamental entre los contratos celebrados a distancia y los presenciales.⁴

Por lo tanto, para la validez de un contrato a distancia, rigen las mismas condiciones que si se tratara de un contrato tradicional, debiendo concurrir el consentimiento libre de los contratantes, un objeto cierto y una causa real y lícita.

Sin embargo, en los contratos celebrados por medios electrónicos o telemáticos, no siempre resulta sencillo verificar el requisito del consentimiento (y que se debe dar sin error, dolo o violencia), lo cual es esencial, en virtud de los artículos 1.141 y 1.146 del Código Civil venezolano,⁵ para determinar la perfección de los mismos.

Las transacciones electrónicas en nuestro país, tendrían regulación en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁶ (artículo 15)⁷ y la Ley Orgánica de Precios Justos⁸ (artículos 2 y 55),⁹ las cuales al tener carácter especial relacionado con la materia,

⁴ Usualmente, en la *World Wide Web*, cuando se trata de actividades comerciales, el consumidor no tiene por qué contratar sin reflexionar sobre lo que adquiere, cosa que sucede en los contratos realizados fuera de establecimientos mercantiles, donde sí se corre el riesgo de que la mercancía recibida no se corresponda con sus deseos, a la oferta o publicidad, o que sea defectuosa, por lo que se le concede un período para privar de eficacia al contrato, mediante el desistimiento unilateral, no con objeto de que puede reflexionar, sino para examinar con tranquilidad el producto comprado o característica del servicio contratado.

⁵ Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinario de 26 de julio de 1982.

⁶ Gaceta Oficial N.º 37.076 de 13 de diciembre de 2000.

⁷ **Artículo 15:** “En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.”

⁸ Gaceta Oficial N.º 40.340 de 23 de enero de 2014.

⁹ **Artículo 2:** “Son sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, así como de las normas y regulaciones de rango sublegal que se dictaren con base en él, las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades económicas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos. Se exceptúan aquellos sujetos que, por la naturaleza propia de la actividad que ejerzan, se rijan por normativa legal especial, así como aquellos sujetos que, de manera expresa, sean excepcionados por el Presidente o la Presidenta de la República con ocasión de planes de desarrollo regional o tratados y convenios válidamente suscritos por la República.”

Artículo 55: (...) “Quien dirija un grupo estructurado o grupo asociado de personas para la comisión del delito previsto en este artículo, será sancionado de conformidad con la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. Igualmente será sancionada la reventa a través de medios electrónicos, publicitarios o de cualquier otra índole que conlleve a la comisión de la infracción” (...).

Antes esto estaba regulado de mejor manera en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, señalado en su articulado que establecía: **Artículo 31:** “...cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de

Sacha Rohán Fernández Cabrera

se aplican con preferencia, pero para los aspectos no regulados, se aplicarán de forma supletoria las disposiciones relativas a los contratos en general. También está la Resolución N.º 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica.¹⁰

A este respecto, es asimismo importante conocer el momento y el lugar en que se perfeccionan este tipo de contratos, ya que ello nos permitirá conocer aspectos relevantes a tener en cuenta en caso que pudieran presentarse controversias que deban resolverse por vía judicial, tal sería el caso de requerir determinar: 1) la ley aplicable al momento del nacimiento de la obligación, 2) el momento en el que se empiezan a computar los plazos para ejercer las correspondientes acciones judiciales, 3) la jurisdicción o el juzgado territorialmente competente. Todo lo anterior es relevante, en razón que, puede ocurrir que en los contratos a distancia las partes intervinientes que no siempre comparten el mismo ámbito geográfico ni temporal, lo cual hace que no resulte fácil de determinar estos aspectos.

Además, se debe tomar en consideración qué tipo de tecnología, tanto software como hardware es usado, aplicación, programa, etc., para poder determinar el efecto y alcance de los derechos y obligaciones a los fines de establecer cuándo se perfecciona el contrato. Así, este tipo de contratos a distancia se pueden dividir en: 1) los contratos por correo, mediante un sistema de contratación en el cual el mensaje impreso es el soporte principal para ofrecer el bien, producto o servicio, siendo que este mensaje impreso sobre papel puede adoptar formas diversas: a) catálogo, b) ofertas hechas para *mailing*; y, c) anuncios en prensa; 2) los contratos por teléfono; 3) los contratos por televisión; 4) los contratos por radio y 5) los contratos mediante uso de instrumentos informáticos o telemáticos.

cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales”.

Artículo 32: *“Los proveedores de bienes y servicios dedicados al comercio electrónico deberán prestar la debida atención a los intereses de las personas y actuar de acuerdo con prácticas equitativas de comercio y la publicidad. Los proveedores no deberán hacer ninguna declaración, incurrir en alguna omisión o comprometerse en alguna práctica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta y discriminatoria. Las proveedoras o proveedores dedicados al comercio electrónico deberán llevar y conservar un completo y preciso registro de las transacciones que realicen por un periodo de cinco años. Los deberes comprendidos en este artículo serán de estricto cumplimiento, sin menoscabo a las obligaciones que determine otra normativa legal”.*

¹⁰ Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

De este modo, también los contratos electrónicos se pueden clasificar en: 1) *directos e indirectos*, en donde: a) en *los directos*, el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles y/o servicios se producen *on line*, como ocurre en las transacciones sobre software y música; mientras que b) *los indirectos*, son los utilizados para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución; 2) *según los sujetos intervinientes* en: a) *Business to Business* (B to B o B2B), que son los celebrados entre empresas; b) *Business to Consumer* (B to C o B2C),¹¹ que se dan entre empresas y consumidores, incluyendo los llamados malls virtuales, que incluye tanto las empresas que ponen a la venta productos en la web de distintos comercios del mundo (por ejemplo, Alibaba.com, Ebay.com, Amazon.com) como las tiendas de ropa, zapatos, libros o electrodomésticos que comercializan sus productos a través de páginas web; c) *Consumer to Consumer* (C to C o C2C), que son los celebrados entre consumidores que interactúan directamente entre sí, como es el caso de las páginas de subastas en línea (Deremate.com, eBay.com, Mercadolibre.com) en las cuales los particulares ponen a la venta sus bienes y otros particulares los compran; d) *Business to Government* (B to G o B2G), que son los perfeccionados entre empresas y alguna dependencia del Estado; e) *Consumer to Government* (C to G o C2G), que relacionan a los consumidores con el Estado y e) *Government to Government* (G to G o G2G), que son los celebrados entre distintos organismos del Estado; 3) *EDI e internet*: a) los *EDI* (*electronic data interchange*), son los contratos celebrados mediante el intercambio electrónico de datos, en los cuales el acuerdo se alcanza a través de la comunicación de computadora a computadora, los cuales generalmente están precedidos por un acuerdo de intercambio de datos en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones; también se denomina como contratos celebrados en un entorno cerrado; b) por otro lado, los que se perfeccionan en *Internet* son considerados como propios de las redes abiertas y se caracterizan porque permiten la comunicación interactiva entre interlocutores sin relación previa, creando herramientas que incrementan la productividad, mejoran la calidad y generan nuevos métodos para llegar al cliente; 4) *Totales y parciales*: a) los *contratos totales* son aquellos en los cuales

¹¹ Se llaman *consumer to consumer*, porque el que lo vende es un consumidor en primer lugar, es decir, son para artículos de segunda mano. No obstante, en el caso de mercado libre, es complicado clasificarlo, también en el caso de Amazon, porque ambas compañías se dedican a distintas empresas ya que comercializan productos propios, revenden productos de terceros y además las personas pueden poner productos usados que sería lo que entiendo como C2C.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

es electrónico tanto su nacimiento como el cumplimiento de las prestaciones debidas; b) en los *contratos parciales* el elemento electrónico se presenta sólo en el nacimiento o en la ejecución, donde el consentimiento es electrónico pero las prestaciones se satisfacen materialmente; y 5) *on line* y *off line*: a) los *contratos celebrados on line* son aquellos en los cuales el consentimiento se perfecciona en tiempo real; b) los denominados *contratos off line* en los que para su conclusión no existe una conexión instantánea.

Como si fuera poco, también se debe tener en consideración que las principales formas de los contratos son: 1) contratos unilaterales y bilaterales; 2) onerosos y gratuitos; 3) conmutativos y aleatorios; 4) reales y consensuales; 5) formales y consensuales; 6) principales, accesorios y derivados; 7) instantáneo, de tracto sucesivo o ejecución diferida, 8) obligatorios o resolutorios, 9) nominados o innominados, 10) de libre discusión o de adhesión, 11) individuales o colectivos, 12) simples o complejos, 13) civiles o administrativos (públicos), entre otras formas de clasificación. Varios de estos contratos se encuentran regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio,¹² así como en el resto de la legislación general y especial, según la materia y especialidad.

Aunado a lo anterior, se encuentran los llamados *principios rectores del comercio electrónico*, que se refieren a los diversos principios generales relativos a este tipo de comercio que resultan fundamentales para determinar los alcances de la contratación en tal ámbito, los cuales surgen generalmente del análisis del articulado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico¹³ y de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas,¹⁴ aunque también existen otras legislaciones modernas que los consagran. Entre estos están: a) la equivalencia funcional y no discriminación entre soportes, entre los actos jurídicos manifestados mediante soportes materiales y aquellos en los que la información es creada, guardada o procesada en soportes electrónicos; b) la neutralidad tecnológica, donde los ordenamientos normativos sobre la materia deben ser, en la medida de lo posible, neutrales para evitar su caída en la obsolescencia ante el avance imparable de la

¹² Gaceta Oficial N.º 475 Extraordinaria de 21 de diciembre de 1955. Los cuales se aplican de manera general y de manera supletoria en todos aquellos casos en que no estén regulados los contratos o tengan algún vacío.

¹³ Tomado de la página web http://www.paginaspersonales.unam.mx/app/webroot/files/1719/Leccion_2_Ley_Modelo_sobre_comercio_electroni.pdf. Consulta realizada el 20 de febrero de 2021.

¹⁴ Tomado de la página web <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>. Consulta realizada el 20 de febrero de 2021.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

tecnología; c) la inalteración o inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, que tiende a evitar una modificación sustancial de las reglas del derecho común que rigen las relaciones comerciales, relativa a que el reconocimiento de la validez y eficacia de la información almacenada en soportes electrónicos no debe traducirse en una innecesaria duplicidad normativa; d) la buena fe, siendo que este principio debe primar en el marco del comercio electrónico debido a las situaciones de desequilibrio que genera el avance tecnológico, particularmente en los contratos celebrados entre empresas y consumidores; y e) la libertad de pacto, relativo a la libertad contractual, como expresión esencial de la autonomía de la voluntad, constituye un principio de nuestro sistema jurídico que permitió el desarrollo del comercio electrónico.

Esto hace que se ha de tomar en cuenta el tipo de contrato que se celebra, además de la tecnología empleada y la legislación aplicable, para poder determinar cuándo se perfecciona el contrato que se realice en concreto.

II. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El perfeccionamiento de un contrato es el momento en el que éste inicia su existencia, validez y vigencia, siendo vinculante desde ese instante para las partes que lo han celebrado o suscrito. Las fases por las que pasa un contrato desde su gestación hasta su extinción son:

- La generación.
- La perfección.
- La consumación.

En cuanto al momento de la perfección, los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil venezolano, indican que el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, además de indicar otros aspectos relativos a la aceptación, plazos de la misma, revocación de la aceptación, entre otros aspectos. Igualmente, en el caso de los contratos celebrados a distancia, así como lo efectuados entre personas ausentes, el Código de Comercio venezolano, en su artículo 112, establece que los contratos celebrados entre personas que residan en distintas plazas,

Sacha Rohán Fernández Cabrera

no se perfecciona hasta tanto la aceptación no llegue al conocimiento de la parte proponente en el plazo por él fijado, o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según sea la naturaleza del contrato. De esta manera, se evita que el prestador del servicio difiera u obstaculice voluntariamente en su favor la recepción de la aceptación emitida por el consumidor, bastando con que ésta llegue a su círculo de conocimiento.¹⁵

En este sentido, se debe entender igualmente que se presume celebrado y perfeccionado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, lo cual es fácil de observar cuando se trata de un contrato típico por escrito, no así cuando nos encontramos ante un supuesto de contratación a distancia, especialmente si se emplean medios electrónicos o cualquier otro tipo de tecnología, lo que significa que usualmente será en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, y en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor o cliente, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

En tal sentido, hay que recordar que el artículo 15 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, indica que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos, sin establecer nada respecto a cuándo se perfecciona el contrato, por lo que pudiera incluso ser desde donde se considera emitido el mensaje, pero a nuestro criterio ha de seguirse lo antes señalado.

Otro riesgo o problema que se plantea en la contratación a distancia, está en el modo en que las partes o los consumidores han de prestar válidamente su consentimiento a la hora de adquirir bienes o servicios a través de los distintos medios informáticos disponibles, ya que dependiendo de la plataforma tecnológica que se utilice, esto podrá variar. Así nos encontramos ante un supuesto en el que los medios tradicionales por los que se manifiesta la voluntad de contratar (ya sea verbal o escrita, pero en todo caso entre

¹⁵ Para el supuesto del artículo 112 del Código de Comercio, se aplican también los usos. No así, en el caso del contrato entre personas distantes que se encuentren en la misma plaza que es el supuesto del artículo 111 *eiusdem*, en este caso se creemos que no se podría aplicar ni lo relativo a la naturaleza y mucho menos a los usos porque no hay uso contra ley.

presentes) son reemplazados por otros elementos o conductas que pueden comprometer su autenticidad.¹⁶

También se debe observar que no se produzcan vicios en el consentimiento libre y consciente por parte del consumidor,¹⁷ cliente o contraparte en relación al producto o servicio ofrecido, si se llega a presentar oscuridad en este tipo de transacciones, que junto con la falta de conocimiento en tecnologías de la información y el uso de herramientas de contratación telemática, puede provocar que las partes menos habituadas a emplear medios electrónicos y tecnológicos para realizar sus actividades y contrataciones, ignoren la verdadera naturaleza contractual de la operación, y que hacer un “clic” en la pestaña de "aceptar" en una página web supone la prestación de su consentimiento. Por ello, es importante que el prestador del servicio¹⁸ proporcione información antes de formalizar el contrato, como puede ser las características del bien o servicio ofrecido, los gastos de entrega y transporte, los distintos trámites que deben seguirse para formalizar el contrato o las condiciones generales de la contratación, las obligaciones y derechos que se asumen, entre otros.¹⁹

Igualmente se pueden tomar otras medidas de precaución de naturaleza técnica (como los códigos de identificación de usuario o contraseñas de acceso, programas de seguridad, uso de *blockchain*) y legales, destinadas a asegurar la integridad en las declaraciones de voluntad de las partes intervinientes y acreditar su autoría, para que el oferente se obligue a confirmar a su contraparte, cliente, consumidor, etc., la recepción de su aceptación, pudiendo establecer incluso la posibilidad de recurrir a un tercero de confianza que archive las declaraciones de voluntad o bien emplear el soporte electrónico en el que conste el contrato como prueba documental en un juicio, tal como ocurre en España.

¹⁶ Tal sería el caso de que el correo electrónico no sea utilizado por su titular sino por un tercero, o que quien escriba por WhatsApp se otro distinto al dueño del teléfono celular, entre otros.

¹⁷ Aunque menos frecuente, también se pudiera dar un vicio del consentimiento del proponente o negocio.

¹⁸ Que pudiera ser quien comercializa el producto o servicio por la plataforma electrónica o quien proporciona la plataforma electrónica, ello dependerá de quien efectivamente tenga la obligación de dar el producto o servicio, a veces serán ambos.

¹⁹ Suministrar este tipo de información es exigido en la legislación de países como España con la *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico* o Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Lo cierto es que el consentimiento debe ser claro y manifiesto, por lo que la falta de respuesta ante una oferta, no se ha de considerar que se aceptan los términos del contrato y mucho menos pretender que existe un contrato por una prestación no solicitada, como sería el caso de los servicios de telefonía o algunos productos bancarios, con lo cual no se obligaría al consumidor receptor de los bienes o servicios no solicitados a su custodia o devolución.

De los párrafos anteriores ya observamos, que es importante determinar el momento de la perfección de un contrato, lo cual, cuando las personas contratantes están ubicadas en la misma localización no tiene ninguna dificultad. Sin embargo, los problemas pueden comenzar a surgir cuando las partes están separadas físicamente, lo cual, como hemos mencionado, sucede cada vez más a menudo, gracias a la aplicación de las nuevas tecnologías dentro del proceso de contratación.²⁰

III. CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Además de los aspectos mencionados previamente, también se debe tener presente que una cosa son los contratos civiles y mercantiles y otra las contrataciones con el Estado, en sus diversas manifestaciones político-territoriales, centralizada, descentralizada, con autonomía personal, entre otros.²¹

De manera general, podemos decir que los contratos que se celebren con la Administración Pública se perfeccionan con su formalización, donde se encuentran los llamados “contratos menores” (que no requieren licitación y se perfeccionan con su adjudicación), los “contratos basados en un acuerdo marco” (que en principio tampoco requieren licitación y se perfeccionan con su adjudicación), o en casos de la contratación

²⁰ En España la Ley 34/2002, de 11 julio, que modificó los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio estableció que:

“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, habiéndose la 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.”

²¹ España tiene la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre Órganos del Estado, cuyo artículo 36 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula la perfección de este tipo de contratos.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

directa (artículos 76 y ss. de la Ley de Contrataciones Públicas,²² que tampoco requieren licitación) y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionan con su adjudicación (necesitan de licitación y también se perfeccionan con su adjudicación, previo al proceso licitatorio).

Aunque el perfeccionamiento del contrato viene dado por la formalización o por la adjudicación, momento desde el que las partes quedan obligadas a su cumplimiento, se exige la constitución de ciertas garantías, con carácter previo a su formalización, tal como se describe en la Ley de Contrataciones Públicas, además, se debe tener presente que estamos ante un tipo de contrato de carácter formal, pues las entidades del sector público no pueden contratar verbalmente.

Igualmente se debe tener presente que en las modalidades excluidas en cuanto a la selección de contratistas según el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, son: 1) la prestación de servicios profesionales y laborales, 2) la prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia, 3) la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero, 4) la adquisición de obras artísticas, literarias o científicas, 5) las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes, 6) los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante y 7) la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública. En lo que respecta a las contrataciones electrónicas, se encuentran regulados en la Ley de Contrataciones Públicas desde el artículo 79 al 81. En todo caso, la perfección de los contratos administrativos se produce mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.

Igualmente, se debe recordar que el legislador exige requisitos diferentes para el perfeccionamiento del contrato en las distintas tipologías contractuales existentes en el mundo del derecho (contratos reales, consensuales, solemnes o formales, públicos, privados, entre otros); los contratos consensuales se perfeccionan por el mero consentimiento, los contratos reales requieren para su perfección, no sólo el

²² Gaceta Oficial N.º 6.154 Extraordinaria de 19 de noviembre de 2014.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

consentimiento de las partes, sino también la entrega de la cosa; y los contratos formales necesitan para su perfección, además del consentimiento, una forma determinada; en los contratos a distancia se produce la perfección del contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación, tanto si en aquel instante la conoce, como si no la quiere conocer (por ejemplo, no abre el correo electrónico) faltando a la buena fe; en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos (por ejemplo, el cajero automático) hay consentimiento desde que se produce la aceptación a través de la máquina.²³

Todos estos elementos y particularidades se han de tomar en consideración en lo relativo a los contratos celebrados con la Administración Pública en sus distintas manifestaciones y posibilidades, a los fines de poder determinar cuándo se produce el perfeccionamiento del contrato.

IV. TEORÍAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE PERSONAS DISTANTES

Antes de tratar de indicar algunas disposiciones aparentemente aplicables de nuestro ordenamiento jurídico, diremos que tradicionalmente se han reconocido, en doctrina, las siguientes teorías para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes:

Teoría de la declaración o emisión, la perfección del contrato tiene lugar desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación. A esta teoría se le critica que, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática, no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, que no se considera justo que un contratante -el oferente- quede vinculado por una declaración que ignora por completo.

²³ En todo caso, habrá que ver si esa transacción electrónica es un contrato o la ejecución de un contrato ya que previamente pudo haber sido no electrónico. En el contrato de cuenta bancaria, en el cual, al igual que con la transferencia, el banco se obliga a entregar el dinero si el cuentahabiente tiene fondos en su cuenta, lo que también sucede en la transferencia, así parte de la doctrina acoge la teoría del mandato, aunque existen otras.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Teoría de la expedición o remisión, surge buscando posiciones que atenuaran los efectos negativos de la teoría de la emisión. En esta teoría, no sólo es necesario que el aceptante haya declarado su voluntad de aceptar, sino que se requiere, además, que la haya dirigido a su destinatario con la intención de que éste pueda conocerla.

Teoría de la cognición o del conocimiento, agrega más exigencias al requerir la perfección del consentimiento, ya que no sólo exige la declaración de voluntad del aceptante sino además, que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente. Con esta teoría se trató de solucionar las críticas formuladas a la teoría de la declaración, colocándose en el extremo opuesto, pues esta vez, deja desprotegido al aceptante ya que, podríamos plantearnos el caso que el aceptante del contrato haya hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle, para que su aceptación llegara a conocimiento del oferente, pero por alguna circunstancia esto no ha sucedido u ocurrido, por un hecho que le es imputable a este último (el oferente), con lo cual cabría preguntarnos ¿es justo que la declaración de aceptación quede ineficaz y que por consiguiente no exista contrato?, pareciera que la respuesta lógica es que no.

Por último está la *teoría de la recepción*, que se puede ver como una modalidad de la teoría del conocimiento, en cuanto a que considera que no es necesario que el oferente haya tomado efectivo conocimiento de la aceptación para que el contrato quede perfeccionado bastando para tal propósito que la aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente, por lo que si éste no ha tomado conocimiento de aquella es un hecho imputable sólo a él y, en consecuencia, el aceptante no tiene porque sufrir las consecuencias de su actuar negligente.

En este sentido, se ha de mencionar que las reglas generales de la teoría general del contrato y de las obligaciones, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, parten de la hipótesis más simple de que las partes se encuentran presentes, lo cual conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se forme en el mismo instante en que se ha producido la aceptación así como, en el lugar en que ésta se ha efectuado, circunstancias que en muchos casos, además, coincidirán con el lugar de emisión de la oferta.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Además, en materia de comercio electrónico, existe el *principio de la equivalencia funcional en el comercio electrónico*, antes mencionado, el cual se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas,²⁴ que se refiere a que las manifestaciones de voluntad por medios electrónicos, tienen la misma función que las realizadas por medios físicos, con lo que, el acuerdo electrónico de voluntades, tiene los mismos efectos jurídicos que el contrato firmado en papel, y los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos equivalen a los suscritos en forma manuscrita, e incluso oral. En definitiva, esto implica aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

V. ¿LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS SON UNA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES?

En cuanto al problema de la determinación de la perfección del contrato electrónico, cuando éste se desarrolla entre personas que no están frente a frente, cabe hacerse la pregunta de, si estos constituyen realmente los supuestos del negocio jurídico electrónico o de una modalidad de contratación entre ausentes.

La manifestación de la voluntad y el consentimiento de las partes de celebrar un contrato debe ser expresado de manera libre y sin vicios de la voluntad, ya sea por correo electrónico o por adhesión a un documento en la Web, o a través de cualquier otro medio, donde este contrato evidencia el principio consensual del derecho contractual, el cual existirá siempre y cuando no requiera de formalidades especiales señaladas por la ley.

Se debe considerar que la oferta en Internet, es una declaración unilateral de la voluntad por la cual, la parte que la hace propone la celebración de un contrato a una o

²⁴ “*Los mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos...*”

Sacha Rohán Fernández Cabrera

más partes o al público en general, en donde los efectos jurídicos de la oferta son independientes de la aceptación.

Se habla de que, si la aceptación en Internet debe de ser implícita o explícita, en general, estimando que la persona a la que se le hace la oferta no puede quedar obligada por su silencio, no obstante, puede ser implícita cuando ya existe un flujo regular de negocios entre las partes mediante el uso de Internet como medio de comunicación y que han establecido una relación comercial permanente, basada en un contrato principal celebrado previamente.

En el caso venezolano se aplica lo establecido en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, donde se indica la facultad de condicionar los efectos jurídicos del mensaje de datos, a la recepción del acuse de recibo emitido por el destinatario en caso que sea previsto por las partes dicho acuse de recibo, el cual debe determinar la forma, el método y el plazo para realizarlo. En el caso de existir un acuerdo sobre el plazo para la recepción del acuse de recibo, la no recepción del mismo, dentro del plazo estipulado, ocasionará que se tenga la aceptación como no emitida, pero en el caso de que no exista un acuerdo previo, sobre el plazo de la recepción del acuse de recibo con la aceptación, esta ley establece que el mensaje de datos se tendrá por no emitido, si el destinatario no envía el acuse de recibo dentro de las veinticuatro horas contados a partir de la emisión del mismo.

La posición mayoritaria en cuanto a la normativa y la doctrina, es la de entender los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes, ello en razón de que en un principio las nuevas tecnologías fueron desarrolladas casi exclusivamente como medios de comunicación a distancia - función esta que hoy en día esta evidentemente sobrepasada-, no obstante, actualmente se comienza a cuestionar que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, según los criterios tradicionales que se han utilizado para dar tal calificación a los contratos.

Frente a esto debemos preguntarnos: 1) si es posible que el negocio jurídico electrónico se celebre entre presentes, debido a que en un principio sólo estaba considerado como una hipótesis negocial a distancia y 2) si la formación del

Sacha Rohán Fernández Cabrera

consentimiento electrónico entre personas distantes físicamente puede ser explicado de acuerdo a las reglas clásicas que gobiernan la formación del consentimiento entre ausentes.

En tal sentido, aunque la contratación electrónica se originó como un fenómeno comunicacional entre personas distantes físicamente, hoy en día, en razón a los avances tecnológicos y comerciales recientes, en aspectos tales como suscripción, archivo y prueba del documento electrónico, aplicaciones informáticas, se puede concluir que el formato electrónico será preferido cada vez más por una mayoría de personas para suscribir documentos de naturaleza negocial que se encuentran en el mismo lugar de celebración,²⁵ ello debido principalmente al hecho de que se transita decididamente desde el documento en soporte de papel al documento en soporte electrónico o de data informática, mucho más si tomamos en consideración las seguridades que brinda el sistema de *blockchain*.

Por ello, se debe de distinguir qué tipo de tecnología se está utilizando, así algunos doctrinarios siguiendo el criterio jurisprudencial español consideran a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes,²⁶ tal como lo efectúa igualmente los países del "*commonlaw*", en particular en Estados Unidos e Inglaterra, donde los contratantes que se comunican por teléfono son considerados que están presentes.²⁷ En tal sentido, la *ratio legis* de los que consideran la comunicación telefónica como una especie negocial entre presentes se encuentra en la circunstancia que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido de contacto, como si estuvieran

²⁵ Debe tenerse en cuenta que el que se encuentren en el mismo lugar no significa que no haya distancia (ver el artículo 111 del Código de Comercio). Lo que se conoce como documento electrónico que permite suscribirlo sin necesidad de desplazarse a la notaría y podrán transmitir, a dónde deseen y en cuestión de segundos, cuantas copias autorizadas del documento requiera. En tal sentido, la Ley del Notariado de 2014, en su exposición de motivos y en sus artículos 2, 24, 25, 35, 68, 75 numerales 13, 15 y 18, y 76, permiten a los notarios y registradores el manejo electrónico del documento, la firma electrónica y la base digital de datos, unidos a los conocidos trámites de traslado y habilitación, que convergen en un servicio eficiente e idóneo para los usuarios y usuarias.

²⁶ Lacruz y otros 2ª Ed. revisada por F. Rivero. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*. (Madrid: Editorial Dykinson Vol. 1º, 2ª Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, 2000), p. 384; Valentín Carrascosa, Mª. A. Pozo y E.P. Rodríguez. *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*. Granada: (Segunda Edición, Editorial Comares, 1999) 25; Miguel Ángel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*. (Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, 2001) 170, 170, entre otros.

²⁷ Así señala Luigi Ferri. *La Autonomía Privada*. (Granada: Ed. Comares, 2001) 141.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

en el mismo lugar, independientemente del distanciamiento o la lejanía existente entre las partes, similar a lo que ocurre con el uso del télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación, porque ello no impide el conocimiento simultáneo del momento en que se unen las declaraciones de voluntad, al utilizar un medio de comunicación que elimina la diferencia de tiempo en la emisión de las declaraciones de oferente y aceptante, igual puede ocurrir con otros medios informáticos de comunicación como el WhatsApp, zoom, ciscowebex, viper, u cualquier otra herramienta que permita tener ese efecto de inmediatez, calidad del diálogo y seguridad, siendo contratos de formación instantáneas.

Esto lo diferenciaría de la contratación entre ausentes que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica o correspondencia, en la que sí existe un intervalo de tiempo entre el emisor y destinatario o aceptante y oferente, en donde media interrupción o un espacio de tiempo jurídicamente relevante.²⁸

No obstante, para poder determinar si los contratos que se celebran con el uso de estas herramientas y medios informáticos, nos permiten considerar que esas convenciones son realizadas en calidad de ausentes o presentes de las partes, no es algo siempre muy sencillo de determinar, sino que por el contrario la búsqueda de soluciones puede llegar a ser bastante compleja, sobre todo cuando:

1) En cuanto a la relatividad que han adquirido en Internet los conceptos de tiempo y espacio, sobre todo en el aspecto filosófico y jurídico, por lo que para distinguirlas de las ideas clásicas se las ha denominado virtuales.²⁹ Por eso, no tiene sentido hablar de horas hábiles u horario comercial ya que las transacciones comerciales han desarrollado sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones, lo cual junto a la inmediatez de las comunicaciones electrónicas, hace que no tenga, en la mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción

²⁸ Sin embargo, en países como España, según lo establecido en el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, en su artículo 1.1, parece considerar que el contrato electrónico con condiciones generales es una especie de contrato a distancia, sin ser dogmático sobre el punto. También, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 38.1 prescribe que se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.

²⁹ Se ha llegado incluso a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los husos horarios.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

de una comunicación electrónica, además de no importar el lugar del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional contractual.

Por eso, en la Web se considera que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, lo cual es un efecto de la globalización y de la aldea global.

2) El otro problema estaría vinculado a que las nuevas tecnologías de la información, que incluye medios de comunicación muy diversos, sobre los cuales hemos mencionado algunos y que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos de formación del negocio jurídico entre presentes o entre ausentes.

Así, lo relativo a los conceptos de tiempo y espacio en Internet, vinculado con este segundo problema, al analizar la comunicación por correo electrónico que, en principio se asimila a la comunicación por carta tradicional, se debe tener presente que éste puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del mundo, lo que hace que las aprehensiones de los legisladores de épocas pasadas relativas a la demora en la recepción de las comunicaciones, no se justifican. De este modo, esta prevención, efectuada para la comunicación vía correo electrónico, se suele hacer extensiva a la mayoría de los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, presumiendo una falta de continuidad en los procesos de comunicación a distancia, lo cual no siempre se da en el caso de la formación del consentimiento electrónico, con lo cual se hace evidente la insuficiencia de los conceptos clásicos para explicar adecuadamente las hipótesis de contratación electrónica.

En todo caso, mediante las nuevas tecnologías se tiene simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales, por lo que una parte de la doctrina considera que estaríamos en presencia, en una especie de contratación entre presentes, para los efectos previstos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico,³⁰ que aunque lo consideremos, como regla general, esta admite excepciones en atención a las diversas

³⁰ Rodolfo Fernández Fernández. *La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*. (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001), 34.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

características de los diferentes medios pertenecientes a las tecnologías informáticas utilizadas.

Las nuevas tecnologías, no sólo constituyen un avance técnico o tecnológico en relación con los medios de comunicaciones que existían antes de su aparición y que permiten en varias ocasiones que se establezcan comunicaciones idénticas a las que pueden desarrollarse entre personas presentes, debido a que estos contratos aunque se generen y ejecuten a distancia, en remoto o con ausencia y distancia física, usualmente no está presente la distancia temporal, pareciéndose mucho más a la contratación física o presencial usuales, funciona como si las partes estuvieran "cara a cara", sobre todo al contar con programas, aplicaciones y tecnología que se hacen estándar en el ciberespacio, las cuales consisten y permiten que esos intercambios sean en tiempo real tanto en las ofertas, como en las aceptaciones y manifestaciones de voluntad. Un ejemplo de esto lo serían, las comunicaciones por vídeo conferencian en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente, percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz, que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

Todo esto evidencia que hoy en día un proceso comunicacional no depende de la distancia física sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento, para de esta manera determinar si es entre ausentes o no, lo cual se debería emplear como regla generalmente válida para todos los medios de tecnologías de comunicación e información que se pueden usar hoy en día, a los fines de determinar si consisten o no en un proceso ininterrumpido de comunicación y, si por ello, han de ser calificados como contratos celebrados entre presentes.

Para tal determinación de esta simultaneidad, la telefonía IP y la vídeo conferencia por Internet son los medios que menos problemas presentan, como ocurre con la comunicación telefónica, que se considera una especie de contratación entre presentes, por lo que el mismo criterio debería aplicarse por analogía a la comunicación similar realizada por la Red y la telefonía IP,³¹ la cual aparentemente funciona igual a la telefonía

³¹ *Internet Protocol*, sistema de comunicación telefónica realizada vía Internet, por medio de al menos dos computadores. No obstante en el entorno tecnológico de Internet, cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación, pudiendo provocar en ocasiones incertidumbre.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

tradicional aunque sobre bases tecnológicas diferentes.³² Por ello, la vídeo conferencia por Internet se le debe aplicar la misma solución, ya que se trata de una especie de comunicación telefónica mejorada, en el que además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen.

En lo referente al Chat, este se trata igualmente de un proceso comunicacional en tiempo real, ya que exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibándose los mensajes entre los receptores y emisores y por ende sus respuestas en cuestión de segundos entre las partes, siendo también un proceso fluido de comunicación, aunque como en el caso anterior en la tecnología a pequeñas interrupciones, pero las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la voluntad de la otra y la aceptación a una oferta contractual determinada.

En cuanto al correo electrónico, mencionamos nuevamente que, por el contrario, es considerado generalmente, una especie de contratación entre ausentes, por tratarse de un proceso de comunicación no sucesivo continuo o interrumpido, debido a que pueden transcurrir horas o días hasta que el mensaje de correo electrónico sea leído por su destinatario. Sin embargo, si se aplica la teoría de la recepción antes mencionada y se observan normas del derecho comparado como el artículo 11.1 de la Directiva de Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, el perfeccionamiento del negocio jurídico se produce, generalmente, casi instantáneamente, ya que lo que se exige no es que el destinatario haya leído el correo sino que éste haya llegado a la órbita de su conocimiento, lo que ocurre en el instante en que el mensaje ha ingresado en la cuenta de correo electrónico que el destinatario tiene en un determinado servidor, con independencia del momento en que decida recuperar y tomar conocimiento del mensaje.

La formación del consentimiento electrónico vía Internet o página Web, no se puede dar en una respuesta unitaria en cuanto a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, por lo que es necesario realizar la distinción entre páginas Webs

³² En la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones que las partes hacen -frases- viajan a su destino en paquetes de información independientes por vías completamente diferentes dentro del mismo proceso, no existiendo como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto, donde las interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso comunicativo tan evidente que, aunque se produzcan interrupciones el proceso de fluido, a pesar de no ser en un canal bidireccional permanentemente abierto, como la que se da entre los presentes, se puede considerar como tal.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, por lo que, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea e interactiva, se deberá considerar como que la contratación fue entre presentes y, en caso contrario, como entre ausentes.

No obstante, con estos medios telemáticos, informáticos y de comunicación moderna por Internet, no siempre será sencillo determinar si estamos en presencia o no de un contrato entre presentes o ausentes a los fines de establecerlas reglas de la formación del consentimiento, con lo cual queda en evidencia la insuficiencia de las normas existentes para tratar adecuadamente los aspectos relativos a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías. Definitivamente, la contratación electrónica seguramente será cada vez más usada por sus ventajas como un medio de formalización contractual entre personas presentes, con lo cual se notará el anacronismo y la inaplicabilidad de buena parte de la incipiente regulación que hay en nuestro país sobre contratos electrónicos, así como que la caracterización del negocio jurídico electrónico según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes, se presentan muchas variables que hacen que no sea tan sencillo su categorización ya que difiere de la contratación tradicional, siendo necesario la introducción en el ordenamiento jurídico de soluciones que sean compatibles con la realidad tecnológica actual.

VI. MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Visto lo anteriormente dicho, el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico no es fácil de determinar, sobre todo al usar los esquemas tradicionales elaborados para la contratación entre presentes o ausentes, motivo por el cual es una de las cuestiones más debatidas en la nueva temática contractual electrónica.

Así, la aceptación como declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y dirigida al oferente, en la cual comunica su conformidad con los términos de la oferta, es importante poder determinarla para observar si se perfecciona el contrato, por lo que para que la aceptación sea válida tiene que ser congruente con la oferta, coincidiendo por completo en todos sus términos; ser oportuna, es decir, emitida durante

Sacha Rohán Fernández Cabrera

la vigencia de la oferta; dirigida al oferente y guardar la forma requerida, así es que nuestro Código Civil en el artículo 1.137, contempla que la aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio; si llega fuera del plazo, el autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte.

En lo relativo a los contratos en línea, éstos deben ser aceptados por medio de una declaración expresa de voluntad, la cual usualmente es por medio de una conducta que exterioriza la intención de aceptar la oferta pulsando en el botón donde se produzca la aceptación, aunque también pudiese aceptarse descargando un software de la red o cualquier tipo de información que sea objeto del contrato, la cual es perfectamente admisible, al no exigirse ninguna formalidad específica para su manifestación, de forma tal que puede ser expresada por medio de un mensaje de datos, o por medio de cualquier otra manera previamente establecida.

De este modo, determinar el momento de la celebración del contrato es importante en la medida en que permitirá saber desde cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato, así como los derechos y obligaciones que de ella emanen para cada parte. Para ello, se utilizan las teorías ya mencionadas de: a) la declaración, b) la emisión, c) la recepción y d) la cognición.

Esto tiene relevancia ya que, según los casos y los países o nacionalidades involucrados en el contrato, las soluciones propuestas no armonizaran forzosamente entre ellas, aunque como mencionamos, la teoría de la recepción ha sido generalmente adoptada en el campo del comercio internacional, la misma que ha sido propuesta en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), aunado a que en el comercio electrónico, intervienen ciertos elementos adicionales y particulares, como que, para la recepción de la declaración de voluntad, no sólo se deberá tener en cuenta la ubicación física del oferente y del aceptante, sino también se tendrá en consideración el sistema informático que recibe y envía tal aceptación.

El lugar de recepción de la aceptación, se entiende a partir del concepto de sistema informático, mientras que el lugar de emplazamiento es el que se estima para determinar

los momentos de emisión y recepción de la aceptación.³³ Se considera como solución más apropiada que se realice un pacto expreso establezca el lugar del establecimiento comercial como el de celebración del contrato, para evitar los equívocos causados por la separación geográfica.

En razón de esto, para poder determinar el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico se debe considerar, en primer lugar, la existencia de normas especiales sobre la materia, nacionales y en derecho comparado, ante la ausencia de regulación expresa y completa en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos observar la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico,³⁴ que en su artículo 2. a), entiende por servicios de la sociedad de la información aquellos servicios en el sentido del apartado 2, del artículo 1, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, que concibe, a su vez, por “servicio” todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, “a distancia”, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

La aplicación de esta normativa o Directiva sobre Comercio Electrónico no se limita en su aplicación al ámbito civil, ya que su considerando 18, en relación al concepto de servicio de la sociedad de la información, excluye a las comunicaciones entre personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, al estimar que no constituyen un servicio de la sociedad de la información y, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la misma. Otras materias excluidas son las del artículo 1.4. de la Directiva mencionada que

³³ El sistema informático es todo medio técnico por el que se transmite, recibe y archiva una aceptación, que podría referirse a una *Red* de comunicaciones o un servidor, el cual es útil para determinar el momento de celebración del contrato electrónico por Internet, al cumplir, en el medio electrónico, una función semejante a la ubicación física de las partes. Una cosa es el lugar de recepción de la aceptación electrónica y otra el lugar del establecimiento del oferente, lo ideal es que coincidan ambos lugares. Entendiendo que el lugar del establecimiento es el espacio físico del oferente; su sede social o sede principal, para los casos en que el oferente tenga más de una y cuando el lugar de emplazamiento del sistema informático no coincida con el lugar del establecimiento del oferente, debe entenderse como lugar de celebración del contrato a este último, salvo que exista pacto en contrario.

³⁴ Sin embargo, existen muchos supuestos de aplicación no cubiertos por la mencionada normativa, ya que dicha legislación se formuló específicamente para el comercio electrónico y no a la contratación electrónica o negocio jurídico electrónico, donde estas últimas se refieren a materias propias de la teoría general del derecho común. Además el ámbito de aplicación de esta normativa excluye los contratos celebrados entre particulares, ya que el objeto de la misma es el comercio electrónico y a las relaciones entre comerciantes *-business to business (b2b)* y *business to consumer (b2c)*- y entre comerciantes y consumidores.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

dispone que ésta no establece normas adicionales de derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia; igualmente el artículo 1.5 excluye de su ámbito de aplicación: a) las materias de fiscalidad; b) las cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; c) las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles; d) las siguientes actividades de los servicios de la sociedad de la información; las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales, las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

Así observamos que, la Unión Europea no ha permanecido indiferente ante la problemática generada por este tipo de contratación, y los contratos a distancia fueron objeto de la Directiva 97/7/CE y 2000/31/CE, entre las otras previamente mencionadas. En España, está la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, contiene en sus arts. 38 a 48 la primera regulación a nivel estatal sobre las Ventas a Distancia, y antes de esta ley algunas comunidades autónomas disponían de una normativa sobre esta materia, las cuales han sido objeto de reforma tras la aprobación de la Ley 47/2002 para la transposición al Ordenamiento Jurídico interno de la Directiva 97/7/CE, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

A. Reglas generales para la determinación del perfeccionamiento.

Parece ser el criterio general y actual en la doctrina respecto a las nuevas tecnologías que, sin importar la distancia física entre las partes, la contratación electrónica, debe ser considerada una especie o tipo de contratación entre presentes, siguiendo las reglas generales para este tipo de contratación, donde la proposición como la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en el mismo instante, por lo que la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento en el negocio jurídico electrónico no debería ser un problema, ya que éste será el instante en que conocerá la aceptación el oferente, coincidiendo con cualquiera de las etapas en que pueda encontrarse la aceptación, como lo son la declaración, la emisión, la recepción y el conocimiento.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Ahora, en cuanto a aquellos contratos que son considerados como un tipo de contratos entre ausentes, como el correo electrónico, ante la rapidez de la velocidad con que se desplazan las comunicaciones telemáticas, como ya mencionamos en los párrafos anteriores, esto minimiza las diferencias de tiempo que se daban en el pasado entre las personas distantes, con lo cual también se podría dudar de la calificación del correo electrónico como una especie de contratación entre ausentes, ya que se perfeccionan cuando la aceptación emitida llega al sistema informático del oferente, según la teoría recepticia, con lo que se pone en duda tal distinción, sobre todo porque en la gran mayoría de los casos, el momento de la declaración o emisión coincidirá, con el de la recepción, o al menos, la diferencia entre ambos momentos no podrá ser considerada un espacio de tiempo jurídicamente relevante, por lo que podría ser perfectamente posible calificar casuísticamente algunos de estos procesos como instantáneos y, en consecuencia, entre presentes.

Sin embargo, no se puede negar la posibilidad de que en el correo electrónico pueda transcurrir un lapso jurídicamente relevante de tiempo entre la aceptación y el conocimiento o recepción de la misma por el oferente, por lo que se podría ver como un negocio jurídico sucesivo o interrumpido y, por ende, entre ausentes debiendo tal situación ser resuelta, según hemos dicho afirma mayoritariamente la doctrina nacional, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 112 y 115 del Código de Comercio, disposición que, según lo dicho, parece adscribirse originariamente a la teoría de la recepción.³⁵

En Europa, donde algunos países aplican la teoría de la declaración, ésta se ha ido sustituyendo por la teoría del conocimiento y, luego, por la teoría de la recepción, ya que a la teoría de la declaración se le crítica porque no reconoce el carácter recepticio que

³⁵ “**Artículo 112.-** *El contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto, si la aceptación no llega a conocimiento del proponente en el plazo por él fijado o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio. El proponente puede dar eficacia a una aceptación extemporánea, dando inmediatamente aviso al aceptante.*

Cuando el proponente requiera la ejecución inmediata del contrato sin exigir respuesta previa de aceptación, y ésta no sea necesaria por la naturaleza del contrato y según los usos generales del comercio, el contrato es perfecto al comenzar la otra parte su ejecución.

En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias al llegar a conocimiento de la parte a quien van dirigidas.”

“**Artículo 115.-** *Cuando las partes residan en distintas plazas, se entenderá celebrado el contrato para todos los efectos legales, en la plaza de la residencia del que hubiere hecho la promesa primitiva a la propuesta modificada y en el momento en que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del mismo.”*

En otros países como España, se aplica la teoría de la declaración.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

debe asignársele a las declaraciones contractuales y porque no se considera justo que el oferente quede vinculado por una declaración que ignora por completo, como dijimos en los párrafos anteriores.

De este modo, en el caso del correo electrónico, el momento en que el mensaje de correo electrónico sea enviado por el servidor de la cuenta de correo electrónico del aceptante, será el momento de la declaración, lo cual estará diferido al instante de recepción del servidor del correo electrónico del oferente, lo cual pasa en un intervalo insignificante de tiempo, sobre todo para la aplicación de las reglas generales relativas a la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

B. Algunas normas de derecho comparado sobre el comercio electrónico para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico.

Podemos encontrar la Directiva de la Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, su artículo 11.1, que en lo relativo al *acuse de recibo*, en lo mercantil, establece que el prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, y que se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen hayan podido tener acceso a los mismos, optando por una solución vinculada a la teoría de la recepción.

Esta norma tiene la finalidad de garantizar la integración jurídica comunitaria con el objeto de establecer un auténtico espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información. Por tanto, la Directiva ha atendido al principio de subsidiariedad al tratar algunos puntos específicos que planteen problemas para el mercado interior y al principio de proporcionalidad, al limitarse con sus disposiciones al mínimo necesario para conseguir el objetivo del correcto funcionamiento del mercado interior. Esta normativa se complementa con la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

En la contratación Internacional, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías establece en su artículo 18.2, que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, por lo que si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya

Sacha Rohán Fernández Cabrera

fijado o si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, según las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente, producirá o no efectos, con lo cual esto está vinculado con la teoría de la recepción de la aceptación por parte del oferente para la determinación del momento de perfección del contrato.

El criterio anterior corresponde a la tendencia de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como estadounidenses, y que se confirma en el artículo 2:205 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que en el epígrafe de "*Time of Conclusion of the Contract*", apartado 1º, dice que si una aceptación ha sido enviada por el destinatario de la oferta se concluye el contrato cuando la aceptación llega al oferente, siendo que en una línea similar, en los principios de Unidroit se dispone en su artículo 1.9 que "*la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien va dirigida*" y, "*se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal*", acogiendo también el criterio de la teoría de la recepción.

En España, está la Ley 34/2002 de Comercio Electrónico, se ocupa tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no habían sido atendidos previamente por la regulación española RD-Ley 14/1999.

En México se produjeron reformas el 23 y 29 de mayo de 2000, del Código Civil Federal (artículo 1805) y del Procedimientos Civiles Federales y las reformas del Código de Comercio en 2000 y 2003, así como la Ley Federal de Protección al Consumidor, incorporando artículos sobre la firma electrónica, donde todos estos cuerpos normativos consideran como presentes a los contratantes.

En cuanto al comercio electrónico esta lo establecido en la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre comercio electrónico y en la Directiva sobre comercio electrónico.

De acuerdo a esta normativa, existen dos condiciones necesarias para considerar una aceptación emitida en el entorno electrónico: a) no basta que la aceptación haya salido del sistema informático del aceptante, sino que además entre a otro y b) se requiere que

Sacha Rohán Fernández Cabrera

dicho sistema, esté bajo el control del oferente o de un tercero. Todo esto ha sido reconocido por la CNUDMI en el inciso 1 del artículo 15°, por lo que para determinar el momento de emisión de la aceptación es necesario tener en claro el concepto de entrada de dicha declaración electrónica, siendo importante para entender y usar correctamente los conceptos de llegada o recepción en el medio electrónico.³⁶

Así el momento de recepción de la aceptación por internet coincide exactamente con el momento de entrada de dicha declaración electrónica en el sistema informático del oferente o del designado por éste, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 15° de la CNUDMI, considera el momento de recepción de la aceptación electrónica. Se debe tomar en cuenta que los momentos de emisión y recepción de la aceptación son consideraciones independientes del hecho que el sistema informático en el que entra dicha aceptación se encuentre emplazado en lugar distinto de aquél en el que se tiene por recibida, lo cual es importante para determinar el lugar de celebración del contrato, pues éste es entendido de forma diferente de la ubicación del mencionado sistema.

En este punto podríamos distinguir tres posibles modelos normativos diferentes que se pueden dar con relación a la contratación electrónica: 1) una propuesta de cláusulas para que las partes incorporen en sus contratos; 2) un proyecto de convención internacional sobre la materia, y 3) el llevado actualmente por algunos países europeos como España, que es uno de los países que con mayor detalle ha regulado la temática, sobre lo cual ya hemos escrito previamente y damos por reproducido.

El *primer modelo* referido a las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio Internacional (CCI, o ICC en sus siglas en inglés) con sede en París, que fueron aprobadas en el año 2004 como las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico (ICC eTerms2004), así como una Guía para la contratación electrónica (ICC Guide to eContracting), en donde existen dos cláusulas contractuales modelo: a) *la primera* de ellas concede plena validez a los mensajes electrónicos para generar derechos y obligaciones entre las partes, y también para servir como prueba,

³⁶ La entrada de la aceptación en un sistema informático, es el momento en que puede ser procesada en el mismo, cuando se hace "accesible" a su destinatario final que es el oferente, por lo que debe coincidir con la disponibilidad de la aceptación para ser procesada en el sistema informático del oferente.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

mientras que b) *la segunda* define los momentos de envío y recepción, como lo hace el Proyecto de Convención de la UNCITRAL.

Estas cláusulas buscan facilitar la negociación electrónica del contrato, así como dotarlo de mayor seguridad jurídica, ya que están pensadas para la contratación electrónica entre comerciantes, sin que se hayan concebido para negociar con consumidores, ofreciendo una exhaustiva guía complementaria a los ICC eTerms, en la que se explica cómo procede aplicar en cada contrato las cláusulas.

El *segundo modelo*, es el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) que aprobó un proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, durante su 38° período de sesiones que tuvo lugar en Viena del 4 al 15 de julio de 2005, la cual incluye aquellas cuestiones consideradas trascendentes, habiendo sido tomadas muchas de sus disposiciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996. Algunas de sus normas evidencian principios o reglas generales de la contratación que reciben inspiración directa de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que establece normas de teoría general de los contratos. Esta Convención, que se aplica a los “mensajes de datos”, define a éstos como toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como por ejemplo, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, por lo que rige para los mensajes intercambiados entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes, aun cuando uno de esos Estados no sea contratante, en la medida en que la ley de un Estado contratante fuese la aplicable.

El artículo 10 del proyecto de Convención, siguiendo la cláusula 2 de los ICC eTerms 2004, especifica el momento y lugar en que los mensajes electrónicos se entienden como enviados o recibidos, entendiendo como definición de “envío” *“el momento en que una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, distinto del momento en que entra en otro sistema de información”*, por lo que fue elegida para reflejar de forma más inmediata la noción de “envío” en un entorno no electrónico. En cuanto a la recepción, indica que la comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperado el mensaje por el destinatario en

Sacha Rohán Fernández Cabrera

una dirección electrónica que él haya designado, con lo cual evidencia que el destinatario tiene posibilidad de acceder libremente al mismo.

Así, los criterios de emisión y recepción tanto del proyecto de Convención como de los eTerms de 2004, tienen como objetivo especificar dichos momentos en un entorno electrónico, sin fijar el criterio determinante para la perfección del contrato. De allí que una norma importante en materia de formación del contrato es el artículo 12 de la Convención, señalando que: *“no se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos”*.

De esta forma, podemos observar algunas de las normativas que sirven de guía para regular lo relativo a los contratos a distancia celebrados a través de los TICs o tecnologías de información y comunicación, en el mundo.

CONCLUSIONES

Podemos observar que el momento de la perfección del negocio jurídico electrónico no es fácil de determinar, aunque la informática produce nuevos beneficios y desventajas, pero se presentan problemas con la aplicación de las reglas clásicas para la contratación entre presentes o ausentes, las cuales van perdiendo cada vez más vigencia con las nuevas tecnologías.

De este modo, para establecer el momento de perfección del consentimiento electrónico a través del empleo de los principios tradicionales, a la mayoría de los medios informáticos, tecnológicos y electrónicos de transmisión de la voluntad, se pueden

Sacha Rohán Fernández Cabrera

considerar que son una especie de contrataciones entre presentes, al tratarse de procesos inmediatos de formación del consentimiento en los que no es posible apreciar espacios de tiempo jurídicamente relevantes, ante lo que pareciera no aplicable la posición de considerar esas contrataciones como entre personas distantes, aunque las partes se encuentren a miles de kilómetros de distancia, al ser anacrónica y atemporal con nuestra realidad actual.

Se puede decir, que la transmisión electrónica de la voluntad, tiene como características su rapidez e inmediatez, lo que debe llevar a replantear las consideraciones jurídicas sobre el perfeccionamiento del negocio jurídico entre personas distantes, planteadas antes de la aparición de las nuevas tecnologías, por lo que se podría afirmar que hoy en día es irrelevante el tiempo que media entre la emisión y la recepción de una comunicación electrónica, con lo cual el elemento que era determinante en el pasado para discriminar las diversas consecuencias que podía producir el optar por las señaladas teorías de la declaración, de la emisión, de la recepción o del conocimiento entre personas presentes o ausentes, las cuales pierden sentido, sobre todo cuando observamos la rapidez y la celeridad que exigen las transacciones en general y en especial las comerciales, ahora es irrelevante por cuanto la recepción del mensaje electrónico se produce prácticamente en el mismo instante que en el de su emisión.

Lo cierto es, que resultan anacrónicas nuestras reglas aplicables a la formación del consentimiento electrónico, por todas las razones dichas en este trabajo, siendo necesaria una legislación al respecto, que siga las tendencias mundiales, tomando en cuenta la globalización mundial y adscribirse a la teoría de la recepción, adoptada por los principales proyectos de unificación del derecho privado y considerada también por la doctrina, al ser la teoría que ofrece más ventajas desde el punto de vista lógico y de la seguridad jurídica.

Así, observamos que no es sencillo este tema y como existen muchos problemas y preguntas a plantear sobre el perfeccionamiento de los contratos a distancia, ya que es el momento en el que éste inicia su existencia, validez y vigencia y se presume celebrado, por lo que es importante conocer y determinar las circunstancias y condiciones bajo las cuales se consideran válidos, tales como:

Sacha Rohán Fernández Cabrera

- Se deben determinar qué tipo de contratos está presente, dentro de las diferentes clases existentes, ya que para su validez (a distancia o presencial), rigen las mismas condiciones que si se tratara de un contrato tradicional pero con los elementos propios a considerar según la tecnología utilizada, ya que el legislador exige requisitos diferentes para el perfeccionamiento del contrato en las distintas tipologías contractuales existentes en el mundo del derecho, además también se debe tener presente que una cosa son los contratos civiles y mercantiles y otra las contrataciones con el Estado.
- Se debe observar si hay pluralidad de personas y capacidad de las mismas.
- Se ha de observar cuál es el objeto (cierto) del contrato y la causa (lícita, interés),³⁷ junto con los formalismos exigidos por el contrato, la manifestación de voluntad y lugar de celebración.
- Se ha de determinar el momento de la celebración del contrato para que en la medida en que se pueda, establecer desde cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato, así como los derechos y obligaciones que de él emanen para cada parte, incluyendo el derecho a resolución del contrato. Para ello, se utilizan las teorías ya mencionadas de: a) la declaración, b) la emisión, c) la recepción y d) la cognición.
- Se ha de determinar si se trata de contratos entre presentes o ausentes, lo cual puede traer consigo el problema de establecer la hora y el lugar de cierre del contrato, que establece el momento de transferencia de la propiedad y riesgo, debido a que no se producirá la presencia física simultánea, por lo que son aplicables las reglas generales de la teoría general del contrato y de las obligaciones, aunque actualmente se parte de la hipótesis de que las partes se encuentran presentes, lo cual conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se forme en el mismo instante en que se ha producido la aceptación así como en el lugar en que ésta se ha efectuado, pero no es algo

³⁷ No olvidemos, que en relación a la causa se puede hablar de: causa final, causa eficiente, causa objetiva, causa subjetiva, causa abstracta, causa del contrato, causa de la obligación, causa inmediata, entre otras, siendo además que existen legislaciones que eliminaron la causa como Francia en su reforma del Código Civil del 10/02/2017.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

siempre muy sencillo de determinar y puede ser complejo, pero lo cierto es que hay una relatividad que han adquirido en Internet los conceptos de tiempo y espacio, ante la simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales, con lo cual se evidencia que hoy en día un proceso comunicacional no depende de la distancia física sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento, debiendo realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, ya que en los sistemas electrónicos de comunicación bidireccional en línea e interactiva, se deberá considerar como entre presentes y, en caso contrario, como entre ausentes.

- Además, los contratos por Internet pueden dar origen a múltiples controversias, las cuales necesitan ser resueltas desde el punto de vista jurídico, por su carácter global, donde existan varias legislaciones en pugna, debiendo observar si se ha de recurrir al Derecho Internacional Privado para la solución del conflicto.
- Con las nuevas tecnologías se quiebran las barreras entre jurisdicciones físicas y no hay necesidad o posibilidad de tener en cuenta los tradicionales actos físicos que a menudo determinan la ley aplicable, ya que las partes estén posiblemente ubicados en jurisdicciones diferentes, por lo que no se pueden imponer conceptos territoriales tradicionales en los usos comerciales de Internet ya que ello tiene implicaciones dramáticas, exponiendo al usuario de Internet a regulaciones incoherentes.
- Se ha de tomar en cuenta el tipo de contrato que se celebra, además de la tecnología empleada (tipo de software y hardware) y la legislación aplicable, para poder determinar cuándo se perfecciona el contrato en particular que se realice, aplicando las leyes especiales y luego ley general.
- Se ha de tener presente el hecho de la vulnerabilidad de los datos por falta de seguridad física, por falta de seguridad lógica y por falta de seguridad jurídica, por ello se pueden tomar medidas de precaución de naturaleza técnica (como los códigos de identificación de usuario o contraseñas de acceso, programas de seguridad, uso de blockchain) y legales destinadas a asegurar todo lo vinculado a estos contratos y las declaraciones de voluntad.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

- Estos puntos anteriores, en algunos casos, puede implicar la aplicación de diferentes áreas del derecho, normas o régimen o ley de país aplicable (Civil law, commonlaw, derecho civil o derecho consuetudinario), jurisdicciones, competencias, entre otros elementos, sobre todo al haber muchos sistemas judiciales nacionales que difieren y tiene criterios jurídicos totalmente diferentes a este respecto, por lo que para poder determinar el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico se debe considerar, la existencia de normas especiales sobre la materia, nacionales y en derecho comparado, ante la ausencia de regulación expresa y completa en nuestro ordenamiento jurídico.
- Además se deben tomar en cuenta otros aspectos que se pueden presentar como la teoría de la imprevisión.

Visto lo anterior, el perfeccionamiento de un contrato usualmente será en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, por lo que el pacto expreso en tal sentido se considera como solución más apropiada y en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor o cliente se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, todo esto, para evitar los equívocos causados por la separación geográfica.

En cuanto a la validez del consentimiento, sin vicios, variará según la plataforma tecnológica que se utilice, en el que los medios tradicionales por los que se manifiesta la voluntad de contratar (ya sea verbal o escrita, pero en todo caso entre presentes) son reemplazados por otros elementos o conductas que pueden comprometer su autenticidad, ya que debe ser expresado de manera libre y sin vicios de la voluntad, ya sea por correo electrónico o por adhesión a un documento en la Web, o a través de cualquier otro medio, donde este contrato evidencia el principio consensual del derecho contractual, el cual existirá siempre y cuando no requiera de formalidades especiales señaladas por la ley.

La oferta en Internet, es una declaración unilateral de la voluntad en donde los efectos jurídicos de la oferta son independientes de la aceptación. Además, la aceptación en Internet debe de ser implícita o explícita, donde la persona a la que se le hace la oferta no puede quedar obligada por su silencio, pero puede ser implícita cuando ya existe un flujo regular de negocios entre las partes y han establecido una relación comercial

Sacha Rohán Fernández Cabrera

permanente, basada en un contrato principal celebrado previamente, tomando en cuenta que en materia de comercio electrónico, existe el *principio de la equivalencia funcional*, y el acuerdo electrónico de voluntades y los actos jurídicos, tiene los mismos efectos jurídicos que el contrato firmado en papel e incluso oral, por lo que los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

La contratación electrónica seguramente será cada vez más usada por sus ventajas como un medio de formalización contractual que permite que sea considerado entre personas presentes, teniendo nosotros un anacronismo e inaplicabilidad de buena parte de la regulación que hay en nuestro país sobre contratos electrónicos, así como que la caracterización del negocio jurídico electrónico según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes debe ser aplicada con cuidado ya que no es tan sencillo su categorización ya que difiere de la contratación tradicional, siendo necesario la introducción en el ordenamiento jurídico de soluciones que sean compatibles con la realidad tecnológica actual.

BIBLIOGRAFÍA

Carrascosa, Valentín, M^a. A. Pozo y Rodríguez, E.P. *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*. Granada: (Segunda Edición, Editorial Comares, 1999).

Código Civil venezolano, Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinario de 26 de julio de 1982.

Código de Comercio, Gaceta Oficial N.º 475 Extraordinaria de 21 de diciembre de 1955.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. (Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, 2001).

Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 2005, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º L 281 de 23/11/1995 p. 31-50.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

Directiva 98/48/CE, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º 217, de 5 de agosto de 1998, páginas 18-26 .

Directiva de Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º 178, de 17 de julio de 2000, páginas 1-16.

Fernández Fernández, Rodolfo. *La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*. (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001).

Ferri, Luigi. *La Autonomía Privada*. (Granada: Ed. Comares, 2001).

Lacruz y otros 2ª Ed. revisada por F. Rivero. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*. (Madrid: Editorial Dykinson Vol. 1º, 2ª Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, 2000).

Ley de Contrataciones Públicas, Gaceta Oficial N.º 6.154 Extraordinaria de 19 de noviembre de 2014.

Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, 15 de enero, Boletín Oficial del Estado núm. 15 de 17 de Enero de 1996.

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Ley 34/2002, 11 de julio, Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, fecha de adopción, 5 de julio de 2001.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, fecha de adopción, 12 de junio de 1996 (el artículo 5 bis suplementario fue adoptado en 1998).

Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial N.º 40.340 de 23 de enero de 2014.

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial N.º 37.076 de 13 de diciembre de 2000.

Resolución N.º 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica, Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.

