

Contratos telemáticos. Su naturaleza jurídica (en la legislación mexicana)

Loredo Álvarez, Alejandro

2006

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1177>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>

SERIE ESTUDIOS JURIDICOS

CONTRATOS TELEMATICOS

Su naturaleza Jurídica

(En la Legislación Mexicana)

2

ALEJANDRO LOREDO ALVAREZ



UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
PUEBIA

SERIE ESTUDIOS JURIDICOS

**CONTRATOS TELEMATICOS,
SU NATURALEZA JURIDICA**

(En la Legislación Mexicana)

ALEJANDRO LOREDO ALVAREZ

2



UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
PUEBLA
2006

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA PUEBLA

Dr. Fernando Fernandez Font.
Rector.

Mtra. Maria Eugenia Mena Sanchez
Directora General Academica.

Dr. Carlos Escandon Dominguez
Director General de Promocion y Desarrollo Institucional.

Lie. Luis Gonzales Cosio Elcoro
Director del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades.

Abog. Felipe M. Carrasco Fernandez
Coordinador de la Licenciatura en Derecho.

Lie. Oscar LeOn Valle
Profesor de tiempo completo de la Licenciatura en Derecho.

Abog. Felipe Miguel Carrasco Fernandez.
Coordinador de la Serie Estudios Juridicos
De la Universidad Iberoamericana Puebla

Primera Edicion junio 2006.

Copyright © en tñ3mite.

Derechos Reservados por:

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA PUEBLA.

Bld. Del niño poblano 2901 Reserva territorial atlixayotl, Puebla, Pue.

La presentación, encuadernación, diseño gráfico y demás características tipográficas de esta obra son propiedad de: PROVEEDORA DEL ABOGADO, S.A. DE C.V. 16 de Septiembre 4706 Loc. A Col. Las Palmas. Puebla. PUE.

Impreso en Mexico.

Printed in Mexico.

**TOS TELEMATICOS,
SU NATURALEZA JURIDICA**

(En la Legislación Mexicana)

I. ENTORNO TECNOLÓGICO.

Jorge Luis Borges decía que " todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es lo que se hace con ellas."

El acelerado desarrollo de las tecnologías ha introducido cambios en costumbres y hábitos en el entorno privado y público del hombre de fines del siglo XX. La economía, las relaciones humanas, la cultura y la política se ven tocadas por las denominadas nuevas tecnologías de la información, el gran motor de cambio de nuestra sociedad. Marshall McLuhan sostenía que "todos los artefactos del hombre, el lenguaje, las leyes, las ideas, las herramientas, la ropa y los ordenadores son extensiones del cuerpo humano. Todo artefacto es un arquetipo y la nueva combinación cultural de nuevos y viejos artefactos es el motor de todo invento y conduce además al amplio uso del invento, que se denomina innovación". Un ejemplo, la civilización Maya, inventaron el concepto del cero, hecho que según los expertos precedió al descubrimiento equivalente hecho por los hindúes, y también desarrollaron un calendario a base de agudas observaciones científicas y cálculos muy precisos. El cero maya, concepción prehispánica insertada hoy en el cosmos digital.

Estamos en la tercera "ola" de Alvin Toffler, que corresponde al desarrollo de las tecnologías de la información. La sociedad actual está inmersa en esta tercera transición. Las nuevas tecnologías ponen a disposición de cualquier persona una cantidad de información incontable e inimaginable; la muestra es el Internet. Una red mundial de infinitas computadoras interconectadas entre sí que permiten la comunicación y el intercambio de información entre usuarios en lugares distintos.² Los usuarios acuden directamente a las

¹ McLuhan M. y B.R. Powers (1993) *La Aldea Global*, 2 ed., Barcelona: Gedisa, 203.

² El carácter irrelevante del espacio físico ha llevado a acuñar el término ciberespacio, creado por el novelista William Gibson, en un relato breve llamado *Burning Chrome*, posteriormente fue desarrollado en la novela *Countdown* en 1984, y se refiere a una alucinación mediante la cual se podía sentir como real un espacio que en realidad es generado por un ordenador y no tiene una correlación con la realidad física, como lo refiere Ignacio Garrote, véase nota 3.

fuentes de informacion y se convierten ellos mismos en productores.³

La Sociedad de la Informacion es una de las expresiones, acaso la mas promisorias junto con todas sus contradicciones de la globalizacion contemporanea, que ha ganado presencia en Europa, en donde ha sido muy empleado como parte de la construccion del contexto para la Union Europea. Un concepto amplio de la Sociedad de la Informacion nos llevaria a definirla, de acuerdo con Javier Cremades ⁴ en un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros para obtener y compartir cualquier informacion, instantaneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera.

La incorporacion de estos nuevos medios a la vida economica y social supone una serie de ventajas, pero tambien desventajas, como todo fenomeno, desafios a los derechos basicos de las personas, la libertad esta siendo vulnerada. Aumenta la capacidad del "cibernauta" de expresarse en libertad pero en soledad, el navegante feliz, pero socialmente cada vez mas aislado⁵ y sin capacidad critica⁶: ha nacido el netcitizen.⁷ Sartori, completa la arremetida al afirmar que "*un conocimiento mediante imagenes no es un saber en el sentido cognoscitivo de termino y que, mas que difundir el saber, erosiona los contenidos del mismo*".⁸

El derecho no puede permanecer ajeno al cambio tecnologico, este debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas

³ Garrote Fernandez-Diez, Ignacio, *El derecho de autor en internet*, 2a.ed., Granada, 2001, p. 5.

⁴ Cremades Javier *et al* (coords), *La nueva ley de internet*, Madrid, la Ley- Actualidad, 2003, coleccion Derecho de las Telecomunicaciones, p. 78.

⁵ Lorenzetti Ricardo, *Comercio electronico*, Argentina, Abeledo-Perrot, p. 23.

⁶ Rodota Stefano, "LibertA, oportunitil, democrazia e infonnazione ", *Internet e prilla c;y: qua'i regole?* citado por Lorenzetti R., op.cit. nota 5.

⁷ *netcitizen11.S*, tennino tornado de Branscomb, Anne, "Anatomy, autonomy and accountability: challenges to the first amendment in cyberspace", the Yale Law Journal, vol. 104, 1995, p. 1639, citado por Lorenzetti, R., vease nota 5.

⁸ Sartori, Giovanni. *Homo videns. la sociedad teledirigida*, Mexico,P. 61, 2005.

das del uso de las nuevas tecnologías de la información. Preocupa, como ha quedado planteado, ante la irrupción de la informática en la sociedad y su influencia sobre las relaciones jurídicas, la necesaria elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho a tal impacto.

El comercio realizado por medios electrónico es ya una realidad. Lo que antes simplemente se imaginaba ya es cotidiano. Cuando la gente escucha el término de comercio electrónico en una primera instancia lo asocia directamente a las ventas que realiza una empresa a través de Internet, lo cierto es que no están tan lejos de la realidad ya que se refieren a un tipo especial de comercio electrónico que es la venta electrónica. Comercio electrónico es un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos, es decir que incluiría medios tales como el fax, el telex, el teléfono, los EDI (electronic data interchange) e Internet. Sin embargo, limitaremos su alcance y consideraremos al comercio electrónico como la parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas y abiertas) mediante la relación entre oferta y demanda, para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y de costos.

La Comisión Europea define al comercio electrónico como cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico on-line de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío on-line de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (Trade Sharing), subastas y servicios post-venta. Para la uruguaya Silvana Newman⁹ es:

⁹Newman Rodríguez Silvana, "Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española"
http://www.ventanalegal.com/revista/entanal2al_aoroximacion.htm

Cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no solo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.

El comercio electrónico es atribución de la contratación electrónica, ¹⁰ que nos remite a definir el acuerdo de voluntades en el ámbito electrónico con fines mercantiles. Creemos que es posible acercarnos y entender al contrato electrónico con palabras nuevas simples y llanas respecto a las ya manejadas por la doctrina. El llegar a su conceptualización es el propósito.

II. PRINCIPIOS CONTRACTUALES.

La obligatoriedad de los contratos es un principio básico del derecho civil, desde el derecho romano se enuncia con la fórmula *pacta sunt servanda*. Hans Kelsen propone que la obligatoriedad del contrato deriva de la libertad del individuo para contratar, por ¹⁰ que al intervenir en la creación de esta norma de conducta llámese contrato, funciona como un legislador de la suya propia, sin que le sea posible sustraerse unilateralmente a su observancia por un posterior cambio de voluntad: "La convención que vale después de la celebración, es precisamente la norma o el orden convencional, creado por tal procedimiento, norma u orden a los cuales quedan sometidos los sujetos cuya conducta se encuentra reglamentada en ese orden."¹⁰ En esta línea, concordamos con el maestro Recasens Siches para quien en "la obligatoriedad del contrato intervienen diversas valoraciones que se combinan entre sí, para comprometer nuestra conducta para el futuro en ciertos puntos concretos, por ¹⁰ que la volun

¹⁰ Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado. analizado desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, España. Editora Nacional 1974. p. 113.

¹¹ Recasens Siches, Luis "El contrato. Su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar" *Revista de la escuela nacional de jurisprudencia*, México T.VIII num. 29, pp. 93-124.

tad declarada en la celebracion del acto juridico debe adquirir firmeza hasta su cumplimiento, no obstante que la voluntad psicologica haya cambiado."11

En nuestro derecho positivo mexicano contrato es el acuerdo de dos o mas personas para crear o transmitir derechos y obligaciones. El Código Civil para el Distrito Federal considera al contrato como primera fuente creadora de obligaciones, la mas importante de todas diuldola como modelo de principios generales, aplicables por extension a todo acto juridico.

Este acto juridico tiene elementos de existencia o estructurales ademas de requisitos para surtir efectos juridicos. Los elementos de existencia para que nazca un contrato son el acuerdo de voluntades o consentimiento, el objeto, y en ciertos casos, la solemnidad.

El consentimiento es el acuerdo de dos o mas voluntades sobre la produccion de efectos de derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestacion exterior. Es un elemento compuesto porque se forma de dos o mas voluntades y que al unirse una recibe el nombre de propuesta, oferta o policitud y la otra de aceptacion. Es decir el consentimiento esta compuesto de dos elementos: la propuesta y la aceptacion. El consentimiento puede ser expreso o tacito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tacito resultara de hechos o de actos que se presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente, Hans Kelsen sostiene que todo hecho juridico debe ser susceptible de ser comprobado o que es posible por medio de datos exteriores y sensibles, un minimum de formalismo resulta inevitable. 12

La voluntad se manifiesta cuando el hombre se vale de medios sencillos para darla a conocer como es el caso de la escritura, y es tacita cuando se ejecutan hechos que demuestran que se han celebrado. Planiol y Ripert 13 nos refie

120p. cif. Nota 9.

13 Planiol, Marcelo y Ripert, George. *Tratado practico de derecho civil/frances*, Cuba, Cultural 1940, pp. 9 y 10.

10 ALEJANDRO LOREDO ALVAREZ.

ren que "la manifestacion es tilcita 0 implicita cuando se trata de cualesquiera otros hechos 0 actos que no pudieran explicarse si faltara el consentimiento".

En efecto el contra to celebrado sin la forma legal sera valido, no obstante, si puede probarse su celebracion por que

conste la voluntad de las partes de manera fehaciente 0 de manera indubitable.

La oferta 8610 es eficaz cuando se hace a persona determinada, es decir al oferente potencial, y, debe contener los elementos esenciales del contra to que se desea celebrar, habra que detallar la oferta, ya que en correspondencia la aceptacion requiere que sea lisa y llana, que pueda expresarse en un simple si.

El articulo 1807 delCodigo Civil, sigue la teoria de la recepcion, prescribe que el contrato se forma en el momenta en que el proponente reciba la aceptacion. Con la aceptacion de la oferta, queda la convencion validamente concluida y la norma contractual resulta creada, aitrn cuando la voluntad real del proponente haya cambiado en el momenta de la conclusion. 14

El percibir diferencias entre el contrato tradicional y el electronico, en su forma de consentimiento, de perfeccionamiento y la prueba el mismo implica cambios sustanciales en 10 elementos clasicos de la teoria contractual que acabamos de revisar.

El contrato mercantil tiene como funcion principal ser el instrumento juridico que posibilita el comercio entre 10s individuos, reglamentado la circulacion de la riqueza economica 0 10s valores susceptibles de reducirse a una apreciacion pecuniaria, de acuerdo a los intereses de las partes que en el intervienen.15

Estudiar esta nueva manera de convenir las voluntades nos hace desprendernos de nuestro mapa mental juridico.

l-JOp. cit. Nota 9.

lSDefinición a partir del concepto de contrato ch-il, Vease T. AZUa Reyes, Sergio, *Teoria General de las Obligaciones*. Mexico, Poma, 1993, p. 49.

Coincidimos con el tratadista argentino Ricardo Lorenzetti que la contratación actual está en continua evolución, hay relaciones por adición, de consumo entre particulares y /o grandes industrias, por lo que no es sensato mantenerse en la simplicidad, porque ello conduce a la esterilidad e ineficacia de las herramientas jurídicas, hay que aceptar la diversificación generando respuestas diferenciadas,¹⁶ adaptar el derecho a las necesidades sociales, la pluralidad es una característica de la posmodernidad.¹⁷

La incorporación de las nuevas tecnologías de la información a la sociedad y por tanto en el mundo contractual del derecho, tienen indudablemente que modificar aspectos importantes como el lugar del perfeccionamiento del contrato, el tipo, incluso el propio contenido del contrato sobre el que recaera el acuerdo, *alma mater* del mismo, como lo argumentan los españoles Carrascosa, Pozo y Rodríguez en su espléndida obra de la contratación informática.¹⁸ De igual forma, Barriuso Ruiz¹⁹ afirma que la contratación electrónica es una nueva forma de expresar, transmitir y en un nivel superior de manifestar la voluntad y por tanto el consentimiento, distinta a la tradicional o analógica, que demanda una regulación específica.

Un rasgo del tema que no es prudente soslayar, es el punto de la deshumanización del contrato que describe Lorenzetti,²⁰ ya no hay un consenso basado en la yuxtaposición de voluntades, sino en actos unilaterales de autonomía que se exponen sin mezclarse, donde concurren intereses al utilizar lenguajes distintos, hay acuerdo pero no contrato,²¹ se saca ventaja de la tecnología al obtener un costo bajo en la transacción.

¹⁶ *op. cit.* Nota 5, p. 169.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Carrascosa Lopez, Valentin, *et al.*, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Granada, Comares, 1999.

¹⁹ Barriuso Ruiz, Carlos, *La contratación electrónica*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 95.

²⁰ Véase la Hamada deshumanización del contrato. *op. cit.*, nota 4 p. 167.

²¹ Natalino. Irti. "Scambio senza accordo", citado por Lorenzetti - R. *op. cit.* Nota 5.

Aceptar el contrato electrónico dentro del marco jurídico vigente no es difícil, toda la teoría general del contrato ha sido construida siguiendo los principios de la teoría liberal que tiene como fin último la libertad, y su manifestación jurídica en el denominado principio de autonomía de la voluntad y consecuentemente en la libertad de forma del acto jurídico.

III. CONTRATACION TELEMÁTICA

Hasta hoy las principales aproximaciones conceptuales y doctrinales para explicar la contratación electrónica han sido provenientes del derecho informático, el cual, si bien fue en un inicio el único vehículo viable para estudiar este acto jurídico, no lo es más, pues su objeto preponderante de estudio son los bienes y servicios informáticos, esto es, su materia son los contratos en que la prestación consista en un bien informático, y por tradición o inercia se quiere mantener dentro de su objeto de estudio.

En el glosario que incluye al final de su libro, el Dr. Julio Tellez Valdes define la informática de la siguiente manera: "Ciencia del tratamiento racional, particularmente por máquinas automáticas, de la información considerada como el soporte de conocimientos humanos y de comunicaciones en los aspectos técnico, económico y social. Conjunto de disciplinas científicas y de técnicas específicamente aplicables al tratamiento de datos efectuado por medios automáticos."²²

Podemos decir, en pocas palabras, que la informática es el conjunto de técnicas que nos posibilitan la manipulación rápida (automática) de información; lisa y llanamente eso es la informática.

Respecto del derecho informático Daniel Ricardo Altmark, nos explica que "es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática."²³ Así, se propone como derecho

²² Tellez Valdes, Julio, *Derecho informático*, 3ª. Ed., México, McGraw-Hill 2004, p. 440.

²³ Altmark, Daniel Ricardo, "La etapa precontractual en los contratos informáticos", en *Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, Buenos Aires: De Palma, 1987, vol. I, p. 18.

informatico el conjunto de principios y normas que regulan los efectos juridicos nacidos de la con-espondencia entre el Derecho y la Informatica. Es la rama del derecho especializado en la tematica de la informatica, sus usos, aplicaciones e implicaciones legales. El Derecho Informatico alude uncamente a la informatica, como tratamiento de la informacion por medios automatizados; y expresiones tales como Nuevas Tecnologias.

Asimismo, Miguel Angel Davara Rodriguez define el contrato informatico como aquel cuyo objeto sea un bien o ser vicio informatico -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informatic²⁴, y si celebramos un contra to de ese tipo mediante un medio electronico se denomina contra to telematico.²⁵ Se puede decir que este tipo de contrato es una especie dentro del contrato informatico, el contrato electronico se realiza mediante la utilizacion de algUn elemento electronico cuando este tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formacion de la voluntad o el desarrollo de la interpretacion futura,²⁶ por lo que el comercio electronico no es sino una nueva modalidad para la formacion del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos.²⁷ De igual forma, Catherine Mantilla Sanchez²⁸ nos dice que los contratos informaticos son aquellos que establecen las relaciones juridicas respecto de las prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso y goce de bienes informaticos, y prestar servicios informaticos. En este sentido tambien concluye Tellez Valdes.

Se aprecia en estas definiciones vertidas que no hay una concepcion clara de lo que se debe de entender por contrato

²⁴ Davara Rodriguez, Miguel Angel, *Manual del derecho informatico*, Navarra, Edit. Aranzadi, SA 2001.

²⁵ *Ibidem*

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Rico Carrillo Mariliana en Validez y regulacion legal del documento y la contratacion electronica. Revista Alfa-redi. <http://www.alfa-redi.com/iridi-articulo.shtml?x=422>

²⁸ Mantilla Sanchez, Catherine Ivette, "Contratos Informaticos" VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informatica, Lima, 2000 <http://comunidad.derecho.om:congreso/DOncencia8.html>

electrónico, haciendo complicado diferenciar los términos de contratación informática y electrónica.

En la aproximación de la definición de nuestro tema de estudio coincidimos con las ideas de los destacados autores españoles, Miguel Asensio, Moreno Navarrete, Barriuso Ruiz, y el chileno Pinochet Olave, que ven en la voluntad expresada por medios electrónicos, el nacimiento del llamado contrato electrónico. Este es el género y el contrato informático la especie que tiene por objeto particular la intermediación de bienes y servicios informáticos. A pesar de existir otra posición dogmática en Davara Rodríguez como ya se vio, y en Ricardo Lorenzetti, quien sostiene que el contrato telemático se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial.²⁹ El medio incide en la etapa de formación y transmisión de la voluntad contractual y en el modo de celebración.³⁰

Las expresiones contratos electrónico o telemáticos son sinónimos por referir a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual.

IV. RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS TELEMÁTICOS.

No obstante que la doctrina actual reconoce una forma electrónica de consentimiento más que un contrato electrónico con naturaleza propia que justifique su denominación, nuestro derecho legal vigente admite lo contrario. Da validez a los acuerdos pactados en ese medio, así como otorga plena prueba a los documentos distintos en soporte de papel. Los códigos Civil Federal y el de Comercio, en sus artículos 1811 y 89 bis, respectivamente determinan:

Artículo 1811.- La propuesta y aceptación hechas por telegrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad

²⁹ *op. cit.* nota 2), p. 173

³⁰ En el ámbito de la Ley General del Contrato, el acuerdo contractual atraviesa tres etapas: la generación, la perfección y la consumación, véase Castán I. José, *Derecho Civil/Español. Compendio*, Madrid, tomo III. 10.ª ed., Madrid, 1967, p. 463.

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

Artículo 89 Bis.- *No se negaran efectos jurídicos validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que este contenida en un mensaje de datos.*

Podemos apreciar que se ha incorporado el principio de no discriminación y de equivalencia funcional.³¹ La equivalencia funcional, en palabras claras de Mariliana Rico Carri l 10:32

"se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la Junción jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumple igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. La equivalencia Juncional 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. »

31 En el documento de exposición de motivos del Decreto de reforma del comercio electrónico en México se indica que: " ..En términos generales la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera universal, y en caso de un litigio el juez o tribunal tendrán que allegarse de medios de prueba indirectos para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida. Esta situación ha originado que empresas fijen sus inversiones orientadas a realizar transacciones por medios electrónicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias." " ..Es necesario dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa."

32 *Gp. cit.*, nota 26.

Al instrumentar las operaciones comerciales por estos medios, el concepto inicial de comercio electrónico se amplía a todas las manifestaciones del mercado, porque las nuevas operaciones virtualmente instantáneas pueden minimizar los costos de comercialización. Las diversas formas de manifestación del consentimiento que previene el nuevo capítulo relativo al comercio electrónico del Código de Comercio,³³ así como los contratos de adhesión que se regulan y su reconocimiento como medios y cargas de prueba en juicio, y la autenticidad de su celebración mediante su certificación por un tercero ajeno a la operación comercial, tienen como principal objetivo proteger al usuario informático, en su doble faceta, como receptor-emisor de mensajes electrónicos, que aceleran la celebración y cumplimiento de operaciones comerciales, con lo cual las operaciones realizadas entre ausentes adquieren una nueva dimensión al aprovechar los avances tecnológicos.

Sostenemos que el contrato telemático o electrónico no se limita al objeto de un bien o servicio informático, es más que eso, es aquel contenido en soporte electrónico y perfeccionado también digitalmente. La particularidad distintiva de los contratos concluidos por medios electrónicos o telemáticos, a través del envío de mensajes recíprocos entre las partes, se encuentra precisamente en el vehículo utilizado para la emisión de las correspondientes declaraciones de voluntad, circunstancia de la que derivan los condicionamientos para su admisión y las peculiaridades de su régimen.

En este sentido, coincidimos con Pinochet Olave³⁴ que el contrato electrónico es el contrato escrito contenido en so

&

33 Los motivos que dan origen a la Iniciativa de reforma para regular satisfactoriamente

el comercio electrónico, son: "Los importantes avances en la electrónica, que han transformado la manera en que las sociedades trabajan, aprenden y se comunican entre sí. La creciente evidencia internacional de cómo las tecnologías de la información contribuyen a mejorar la productividad de las empresas. El comercio electrónico es un elemento que permitió al sector productivo nacional aprovechar la revolución informática, pues representa una poderosa estrategia para impulsar la competitividad y la eficiencia de las empresas mexicanas de todos tamaños."

34 Pinochet Olave, Ruperto, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Barcelona, 2001, p. 44.

porte electrónico y firmado digitalmente por las partes. Su forma electrónica no es requisito *sine qua non* para existir, pues elevaríamos el soporte material a elemento de existencia, olvidándonos del consentimiento expresado en ese medio que es la característica determinante de su clasificación.

Su clasificación dentro de los contratos :

Es un contrato sinalagmático, produce obligaciones para ambas partes; oneroso, crea ventajas y cargas recíprocas; conmutativo, desde que se celebra las prestaciones que se deben los contratantes son ciertas; innominado, no se encuentra regulado en la legislación formal, se requiere de la formalidad de hacerlo constar por "escrito" digitalmente.

En relación con otros contratos: es simple, produce las obligaciones típicas del mismo contrato; principal, existe por sí mismo, tiene autonomía jurídica; definitivo, termina al cumplirse la finalidad que persiguen las partes.

En virtud de que la naturaleza del contrato electrónico se encuentra en la expresión de la voluntad (consentimiento) en ese medio inmaterial, la doctrina argumenta que más que contratos electrónicos existen contratos electrónicamente consentidos,³⁵ contratos en que la voluntad se expresa electrónicamente, por lo que la diferencia de un contrato tradicional de un contrato electrónico es tan solo la formación del mismo, la forma de prestación del consentimiento. Lo cierto es que, si solo la oferta es electrónica, el contrato no lo será, ya que para considerarse electrónico debe celebrarse o perfeccionarse de ese modo,³⁶ tal y como lo preceptúa nuestro Código comercial:

Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telegrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedaran perfeccionados desde que se reciba la

³⁵ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Contratos electrónicos*. Madrid, Marcial Pons, 1999, p.35.

³⁶ *Ibidem*. p. 46

aceptación de la propuesta 0 Las condiciones con que esta fuere modificada.

Actualmente estos preceptos regulan el comercio por Internet, al establecer el momento en que se procuren las consecuencias jurídicas en la celebración de los actos de comercio por medios electrónicos. La ley modelo sobre comercio electrónico preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) fue para nuestros legisladores la guía para ajustar al Código de Comercio en el tema del comercio electrónico.

La declaración de la voluntad en los contratos electrónicos se ha puesto a debate en virtud de que se alega que puede ser emitida con independencias de las partes al poder la máquina computadora hacerlo en lugar del hombre; disentimos de esa idea, aunque la máquina pueda estar programada para actuar por sí misma, no es un sujeto independiente, así lo explica Moreno Navarrete, "si afirmamos que existe un consentimiento electrónico, estaríamos diciendo que existe una voluntad electrónica y negando, al mismo tiempo, la naturaleza humana del concepto,"³⁷ hecho para nosotros disparatado, ya que solo el hombre posee inteligencia, raciocinio y voluntad para obligarse con otro ser humano. El hombre es el único capaz de crear, miremos al derecho moral de autor.

Todo contrato tiene una forma, así sea la sencilla afirmación, consistente en un movimiento de cabeza para aceptar una proposición o el escrito conteniendo las cláusulas. La forma, en Ihering, representa el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva, a su vez Díez-Picazo señala: "El concepto de forma hace referencia a un medio concreto que el ordenamiento jurídico exige para la exteriorización de la voluntad"³⁸. De este modo, la voluntad se expresa cuando el hombre se vale de medios sencillos para darla a conocer como es el caso de la escritura, y es tácita cuando se ejecutan hechos que demuestran que se han celebrado.

³⁷ *Ibidem* p. 35

³⁸ Díez-Picazo Luis, *et al.*, *Sistema de derecho civil*.....il. \01. I Madrid, Tecnos, 1978, p. 580

La regla en el derecho mexicano es el consensualismo ya que para la legitimación del contrato no se requieren formalidades determinadas, la excepción es la formalidad. De acuerdo a nuestro Código de Comercio en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y terminos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Un aspecto notorio en el Código comercial es que no hay conflicto en llevar la formalidad al ámbito electrónico, vemos el artículo 93:

Artículo 93.- Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en el contenido se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que este sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, este y las partes obligadas podrán} a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Se puede afirmar que hay unanimidad en reconocer como regla general que los contratos obligan a su cumplimiento a quienes lo concertaron, desde el artículo 1134 del Código de Napoleón se ha precisado que los convenios legalmente firmados equivalen a ley para aquellos que los han celebrado. Nuestro Código Civil vigente reproduce esta idea en los artículos 1792 Y 1796.

El artículo 1796, luego de establecer la obligación de las partes respecto al contrato agrega que deberán cumplirse las consecuencias que segun su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. El Legislador determinó que los contratantes pactan dos tipos de obligaciones, que ambas deben ser cumplidas, unas las expresas, son aquellas que caracterizan al negocio en su individualidad, como son la cosa y el precio en la compraventa, sin cuya determinación esta no existirá.; las otras obligaciones son tácitas, es decir sobreentendidas pero igualmente obligatorias, las partes las callan básicamente porque esta demás expresarlas ya que de todos modos deberán acatarlas, son propias de la naturaleza del contrato celebrado, y quedan comprendidas en los funbitos de la buena fe, del uso o de la ley.

De conformidad a nuestro marco jurídico consideramos que es irrelevante que las partes estén presentes o ausentes, ni siendo este el caso, que sostengan una comunicación instantánea, el artículo 1811 del Código Civil Federal, ya citado, da respuesta a las inquietudes que los estudiosos plantean del tema de la contratación entre ausentes, al sancionar en su parte última: "Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos." Omite la presencia física o comunicación simultánea de las partes, donde la ley no distingue no cabe distinguir.

V. AMBITO INTERNACIONAL.

Un contrato celebrado en México podrá ser regido cuanto a su formación por la ley mexicana *lex loci contractus*, y eventualmente por la ley extranjera por lo que se refiere a

los efectos jurídicos que deban surtir efecto en el extranjero (art. 13 del Código Civil a *contrario sensu*). En el caso inverso, si se trata de un contrato celebrado en el extranjero podrá ser regido en cuanto a su formación por la ley extranjera y tendrá efectos jurídicos en México, si esta conforme a las disposiciones del artículo 6 del Código Civil (la libertad de determinar las condiciones a que se sujetara el contrato sin más límite que el del orden público). La ley aplicable a la formación de un contrato entre ausentes variará según se trate de un acto jurídico, efectuado en México o en el extranjero. Si la oferta o póliza es emitida en México, de acuerdo al sistema de la "recepción" reconocido por el Código Civil vigente (art. 1807) la ley aplicable a la formación del contrato será la ley mexicana. Si por el contrario, la oferta o póliza es efectuada en el extranjero, variará de acuerdo a la ley del oferente, quedando en este caso, la calificación a cargo de la ley extranjera aplicable.

Respecto de la ejecución del contrato consideramos importante dejar apuntada al menos una posibilidad, que consiste en saber si de acuerdo al derecho positivo mexicano las partes pueden regir sus obligaciones de conformidad a disposiciones consuetudinarias de carácter internacional (contratos tipo, condiciones generales, reglas para la interpretación de términos comerciales internacionales, etc.). Nosotros pensamos que sí. La costumbre y los usos son fuente del derecho mercantil positivo mexicano (arts. 280, 590, 726, 731, 854, 896, 1132 del Código de Comercio entre otros). Opinión que se encuentra avalada por la doctrina; Joaquín Rodríguez y Rodríguez, mexicano estudioso del derecho mercantil, afirma que "la aplicación de la costumbre... mientras no sea contra ley, no contradice el texto expreso del artículo 10 del Código Civil, ni disposición constitucional alguna".³⁹

Si las partes no hubieran elegido explícitamente la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos según el Principio de

³⁹ Rodríguez y Rodríguez, J., *Derecho Mercantil*, México, México, Ed. Porrúa, 1974. T. I p. 21.

Proximidad (lugar de la residencia habitual o de la administración central del prestador de servicios, lugar del establecimiento principal o del establecimiento que realiza la prestación).

Dos referencias internacionales pueden ayudar en la complicada aplicación de la legislación aplicable en la contratación internacional: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, suscritos por los países del ámbito de la Unión Europea. El Convenio de Roma establece cuál es la ley aplicable, en las relaciones contractuales en litigio cuando este se presente ante los tribunales de cualquiera de los estados miembros de la Unión Europea, con independencia del domicilio o nacionalidad de las partes. El Convenio tiene carácter de norma obligatoria, excluye la posibilidad de acuerdo entre las partes sobre la aplicabilidad o no del Convenio en sí, y de conflicto, viniendo a sustituir a las previamente existentes en los Estados miembros. El Convenio establece para la determinación de la ley aplicable el Principio de Autonomía de las partes. Las partes podrán elegir libremente la ley aplicable al contrato electrónico, sin que necesariamente tenga que existir ningún tipo de vinculación entre el ordenamiento seleccionado por las partes y el contrato. El hecho de que las partes acuerden por escrito la ley rectora del acto jurídico evita la incertidumbre sobre la ley aplicable a los contratos electrónicos y favorece la elección de la norma que más se adapte a las transacciones de este tipo en Internet. Cuando las partes no han hecho uso de su libertad para establecer la ley aplicable el Convenio de Roma se inclina por el Principio de Proximidad, según el cual el contrato se va a regir por la ley del estado con el que presenten los vínculos más estrechos, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000,⁴⁰ relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

⁴⁰ El apartado I del art. 9 consagra los principios de la contratación electrónica, entre los cuales el principal se traduce en la obligación impuesta a los Estados comunitarios en el sentido de que sus respectivas legislaciones permitan y garanticen la celebración de contratos por medios electrónicos, con igual valor y eficacia que la reservada para los contratos perfeccionados a través de los foros tradicionales.

madan, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

BIBLIOGRAFÍA

ALTMARK, Daniel Ricardo. "La etapa precontractual en los contratos informáticos", en *Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. I Buenos Aires: Desalma, 1987.

AZDA REYES, Sergio. *Teoría General de las Obligaciones*, Mexico, Editorial Porrúa Hnos., 1993.

BARRIUSO RUIZ, Carlos. *La contratación electrónica*, Madrid, Dikynson, 1998.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Intelectual*, Madrid, 1978.

CORRASCOSA, Valentin, GONZÁLEZ AGUILAR, Audilio, FERREYROS SOTO, Carlos. *Los Tratados en las Sociedades de la Información*, Editorial Comares, S.L. Granada, 2004.

CARRASCOSA, Valentin, POZO, Ma. A. y RODRIGUEZ, E. P. *La Contratación Informática; el nuevo horizonte contractual; los contratos electrónicos e informáticos*, 2a Edic. Granada, Comares, 1999.

DA V ARA RODRIGUEZ, Miguel Angel, *Manual de Derecho Informático*, Barcelona, Aranzi, 1997.

DE MIGUEL ASECIO, Pedro A., *Derecho Privado en Internet*, Madrid, Civitas, 2000.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción teoría de los contratos*, Vol. I 3a Edic. Madrid, Civitas,

~ 1996.

GAROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. *El Derecho de autor en Internet*, 2a Edic. Granada, 2001.

GUTIERREZ Y GONZÁLES, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, Mexico, Porrúa, 1995.

LORENZETTI I., Ricardo. *Comercio electrónico*, Argentina, Abeledo-Perrot, 2001.

MANTILLA SANCHEZ, Catherine Ivette. "Contratos Informáticos" VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Lima, 2000.
<http://comunidad.derecho.orgf/congreso/ponencia8.html>

McLUHAN M. I. Y B. R. Powers (1993) *la Aldea Global*, 28 ed. Barcelona, Gedisa 2003.

MORENO NAVARRETE, Miguel Angel. *Control de los Contratos Electrónicos*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

PINOCHET OLA VE, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2001.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, George. Tradido *Práctico de Derecho Civil Francés*, Cuba, Cultural, 1940.

RECASENS SICHES, Luis. "El contrato. Su ubicación en el derecho y su fuerza de obligar" *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, T. VII, núm. 29.

RICO CARRILLO, Mariliana. "Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica" *Revista alfa-redi* <http://www.alfa-redi.com/rdiarticulo.shtml?n=422>

RODRIGUES Y RODRIGUEZ J., *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1974.

TELLEZ VALDES, Julio. *Derecho Informático*, 38 Ed., México, McGraw-Hill, 2004.

Esta obra se terminó de imprimir el:

18 de junio de 2006. En 10s taUeres de:

PROVEEDORA DEL ABOGADO, S.A. de C.V. 16 de septiembre 4706-Loc A Col. Las Palmas Puebla, Pue. C.

P. 72550 Tel. 01222.211-0338 Con un tiraje de 500 ejemplares mas 10s excedentes par reposición



El presente número de la Serie Estudios Jurídicos titulado "Contratos Telemáticos", continúa con la característica de esta serie, constituida por colaboraciones de especialistas jurídicos que abordan temas fundamentales de actualidad derivados de las transformaciones del derecho.

Alejandro Loredó Álvarez, abogado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) Especializado en Materia de Propiedad Intelectual, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) Ginebra Suiza, diplomado en inversión extranjera y derecho empresarial miembro del Instituto Mexicano de Derechos de Autor A.C. Catedrático de diversas universidades en el país, abogado de la firma "Loredó Hill abogados" asesor jurídico de la Sociedad de Autores y Compositores de música S. de A. de I.P. Artículos publicados en diversas revistas jurídicas nacionales, extranjeras y en la revista de derecho informático de la República de Argentina.



UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
PUEBLA

